

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

GEORGE ALEXANDRE FREIRE GOMES

A CRÍTICA CÉTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO AO LIBERALISMO CLÁSSICO
POR Kelsen E HART E A RESPOSTA DE DWORKIN SEGUNDO A LEITURA
MORAL DA CONSTITUIÇÃO

SÃO LEOPOLDO
2009

GEORGE ALEXANDRE FREIRE GOMES

A CRÍTICA CÉTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO AO LIBERALISMO CLÁSSICO
POR KELSEN E HART E A RESPOSTA DE DWORKIN SEGUNDO A LEITURA
MORAL DA CONSTITUIÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.


Orientador: Prof. Dr. WLADIMIR BARRETO LISBOA

SÃO LEOPOLDO
2009

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "A crítica cética do positivismo jurídico ao liberalismo clássico por kelsen e hart e a resposta de dworkin segundo a leitura moral da constituição", elaborada pela mestranda **George Alexandre Freire Gomes**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

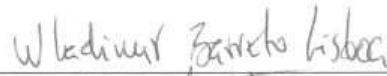
São Leopoldo, 27 de agosto de 2009.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

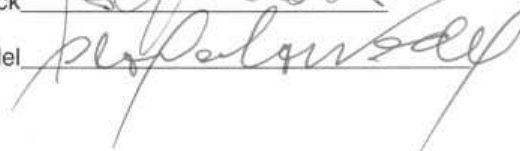
Presidente: Dr. Wladimir Barreto Lisboa



Membro: Dr. Alfredo Carlos Storck



Membro: Dr. Antônio Carlos Nedel



A realização do presente trabalho somente foi possível com o apoio incondicional de minha família, base de tudo.

Também foi imprescindível a orientação e a paciência do Professor Doutor Wladimir Lisboa.

E não posso deixar de lembrar a fundamental colaboração do amigo Sr. Christophe Michel.

Para todos eles o meu sincero agradecimento.

RESUMO

Este trabalho de dissertação de mestrado é resultado de um estudo científico retrospectivo a respeito das distinções entre a essência igualitária do liberalismo clássico e as obras positivistas de Hans Kelsen e Herbert Hart. Esses autores, embora tragam no conteúdo de suas teorias traços liberais, não impedem que a hermenêutica jurídica seja invadida por decisionismos e arbitrariedades, justamente porque defendem a literalidade exacerbada das regras jurídicas como forma de interpretação. Na busca de uma resposta e de caminhos alternativos frente à incapacidade do positivismo de promover uma hermenêutica compatível com os ideais liberais, democráticos e igualitários, traz-se a teoria de Dworkin. Esse, ao defender a reunião entre direito e moral, busca uma nova forma de leitura do direito a fim de afastar a discricionariedade das decisões judiciais e, assim, alcançar maior segurança jurídica nas relações sociais.

Palavras-chave: Liberalismo clássico. Positivismo. Discricionariedade judicial. Moral. Democracia. Liberalismo igualitário. Igualdade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 HISTÓRICO DO LIBERALISMO	8
2.1 Sieyès e o recomeço pela revolução.....	12
2.2 Benjamin Constant	17
2.3 A democracia de Tocqueville	22
2.4 O individualismo de Stuart Mill	25
2.5 Síntese do liberalismo	30
3 A CRÍTICA CÉTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO: KELSEN E HART	32
3.1 Raízes democráticas da teoria de Hans Kelsen.....	32
3.2 Kelsen, Freud e a desconstrução da natureza humana	39
3.3 Kelsen e o liberalismo	46
3.4 Kelsen e a visão de mundo (<i>Weltanschauung</i>)	70
3.5 A idéia de discricionarietà em Herbert Hart	73
4 DWORKIN E A MORALIDADE DO DIREITO	82
4.1. O Direito visto como um trunfo	85
4.2 A leitura moral da Constituição segundo a concepção liberal de Dworkin	87
4.3 O argumento da democracia	90
4.4 Duas concepções de Estado de Direito	92
4.5 Herbert Hart <i>versus</i> Dworkin	93
4.6 A crítica de Dworkin ao positivismo	95
4.7 Dworkin e a discricionarietà.....	98
4.8 Os princípios e a regra de reconhecimento: a crítica de Dworkin	106
5 CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS.....	114

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação de mestrado é a exposição de um estudo científico retrospectivo que resulta de algumas indagações a respeito da incapacidade do positivismo jurídico contemporâneo em fornecer uma teoria adequada no âmbito de um Estado Democrático de Direito no que concerne ao controle e limite das decisões judiciais dentro de um quadro que se revela, ao final, de pura decisão ou discricionariedade.

Para realizar o estudo que segue, faço primeiro um breve levantamento histórico do liberalismo desde suas raízes francesas e britânicas segundo autores como Sieyès, Constant, Tocqueville e Stuart Mill com vistas a possibilitar a relação desta teoria política com a visão hermenêutica de Kelsen, Hart e, posteriormente, Dworkin.

Abordo, ainda, as tentativas de Hans Kelsen e de Herbert Hart, através de suas teorias positivistas, de possibilitarem a aplicação do direito com base tão somente nas regras jurídicas.

De Kelsen, abordo o instrumentalismo da democracia em sua teoria que serviria para possibilitar a tolerância das idéias individuais, residindo para ele na liberdade intelectual a verdadeira forma do liberalismo. Além disso, também a aplicabilidade do direito, que segundo sua teoria resulta numa moldura criada através da observação da lei, dentro da qual os aplicadores escolhem uma dentre as várias respostas possíveis ao caso concreto, é analisada.

Ainda quanto a Kelsen, a relação que sua obra tem com a teoria psicanalítica de Sigmund Freud e as implicações que tal relação podem ter causado na obra do jurista austríaco quanto a sua visão de mundo e a seu entendimento da natureza humana será investigada.

Sobre Hart, mostrar-se-á a incapacidade do sistema positivo de Direito em alcançar todas as possíveis ocorrências no caso concreto em virtude da sempre potencial textura aberta das regras jurídicas, permitindo-se, assim, que os juízes, responsáveis pela aplicação da lei tenham um espaço discricionário onde escolhem, conforme valores próprios, as soluções para as demandas que lhes são apresentadas.

Quanto a Dworkin, utilizo sua definição de liberalismo e sua teoria da leitura moral da constituição para tentar apresentar, ao final do trabalho, uma resposta àquilo que o autor entende como uma deficiência na aplicação do direito conforme os positivistas a pensam.

Assim, tendo em vista que o conteúdo da presente dissertação tem relação com a análise da decisão judicial segundo critérios morais que sejam legítimos para a interpretação da constituição, este trabalho está vinculado à linha de pesquisa número um do Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, que tem como seu objeto “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”.

2 HISTÓRICO DO LIBERALISMO

Embora seja o liberalismo caracterizado pela diversidade de idéias - de certo modo semelhante à própria diversidade moderna - que impede uma definição simples do que seja esta doutrina, existem alguns aspectos que podem ser ressaltados e verificados em quase todas as obras dos pensadores liberais e que vão influenciar na teoria que Dworkin constrói visando superar as incapacidades positivistas da interpretação do Direito.

É quase um consenso histórico que o liberalismo nasceu com a Revolução Gloriosa na Inglaterra em 1688. Essa, por sua vez, trouxe à tona os ideais de tolerância religiosa e de governo constitucional.¹ A tolerância social frente às diferenças individuais e a defesa contra os abusos do poder do Estado são as marcas historicamente determinantes do liberalismo.

Na origem, o liberalismo estava atrelado à necessidade de teorização do Estado Constitucional que intimamente liga-se a uma ampla margem de liberdade civil, essa fundamentada em elementos da teoria dos direitos humanos. Na origem, a reivindicação de direitos tinha o cunho negativo de todo poder que estivesse em contraposição aos direitos individuais. Com o tempo, à idéia de direito negativo soma-se a idéia de direito positivo, fato que acabou permitindo uma visão do direito como algo a ser construído e permitiu a superação da idéia de direito absoluto, como se fosse algo já dado.

De outro lado, a evolução do liberalismo traz em seu bojo a idéia de constituição de nações e de governo do povo, este transvertido nas formas representativas e democráticas de exercício. Surgem as idéias de direitos fundamentais a fomentar os textos constitucionais em contraposição aos antigos privilégios, insustentáveis frente à idéia de igualdade política liberal.

¹ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p. 16.

É a liberdade, quando vista como algo positivo, que traz consigo um passo adiante em relação à liberdade negativa, pois se torna a possibilidade de participação efetiva do cidadão nas decisões das políticas do Estado e transfere para as mãos da comunidade a autodeterminação coletiva.

Não por acaso, num texto em que tece comentários sobre a tradição do século XIX, Anthony Arblaster expressa da seguinte forma a idéia de relação entre o liberalismo e a liberdade: “A liberdade, para os liberais, continua a significar, antes de tudo, a liberdade em relação ao controle, à pressão, às restrições e à ingerência do Estado.”² Se para o liberalismo incipiente o principal objetivo do Estado seria a defesa dessas liberdades de maneira igual para todos, os liberais modernos também não se afastaram muito desta concepção, mas acrescentaram outros objetivos que o Estado deveria perseguir paralelamente à liberdade.

Com a modernidade, cuja origem confunde-se com a do próprio liberalismo, um novo homem passa a ter papel central na concepção de mundo, um ser sujeito de direitos e portador do poder enquanto instância política. O direito passa a ter papel central também e com ele os ordenamentos jurídicos. Nesse ponto, o papel de aplicação do direito passa a ser fundamental na medida em que carrega consigo todas as conquistas liberais obtidas ao longo da história. E, se o homem passa a ser o centro dos direitos, ele é universal. Nesse sentido manifesta Arnaud:

Esta universalidade tem validade tanto aqui quanto do outro lado do mundo. [...] Deste modo existe um certo número de regras universais. [...] Regras simples e, portanto, seguras. A segurança jurídica é também um conceito chave deste paradigma [...]³

No entanto, para o positivismo, o paradigma é outro. O universalismo dá lugar ao relativismo característico de relações jurídicas subjugadas a uma economia de mercado cuja visão epistemológica, de raiz positivista, está fundamentada sob uma visão atemporal e:

² ARBLASTER, A. 1984, *apud* PETTIT, Roth, tradução de Magda Lopes, *Dicionário de filosofia do direito*, coordenação: Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 58.

³ ARNAUD, André Jean. Os espaços democráticos na era da globalização. Qual o futuro para o direito e para os Estados? *Revista de Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 37. n. 99, jan./abr. 2004. p. 148-149.

[...] o mundo é construído a partir de um programa que Deus ou uma mão invisível, pouco importa, programou inicialmente. Então nós, os indivíduos, procuramos descobrir a chave deste programa.⁴

O que hoje se observa é a maximização da complexidade, da qual o positivismo epistemologicamente não dá conta. Não basta mais somente a igualdade das pessoas diante de um conjunto de regras abstratas numa sociedade de mercado onde trabalha-se com abstrações e, portanto, onde as regras feitas para casos concretos são ineficientes.⁵

Para dar conta da complexidade e de suas conseqüências na aplicação do direito, é possível um entendimento a respeito da discricionariedade judicial segundo as idéias liberais que se disseminaram a partir da França e da Inglaterra desde o século XVIII. Um liberalismo pensado como se fosse algo semelhante e mais próximo possível ao que Ortega y Gasset assim expressa:

[...] é o direito assegurado pela maioria às minorias e, portanto, o apelo mais nobre que já ressoou no planeta. [...] a determinação de conviver com o inimigo e ainda, o que é mais, com um inimigo fraco.⁶

Dos governos absolutistas em que soberano, a corte e o clero podiam tudo em nome da ordem e da sobrevivência do corpo social, às idéias de liberdade individual frente à opressão da maioria, passando pela discussão da democracia representativa, muitos anos de desenvolvimento transcorreram, levando nações antes dominadas pela intolerância e discriminação ao apogeu econômico, cultural e social.

Daí a importância de um levantamento das necessidades prementes de uma época em que acirradas disputas políticas deram início ao desenvolvimento do direito como fonte de garantias sociais e individuais frente ao poder estatal. A

⁴ ARNAUD, André Jean. Os espaços democráticos na era da globalização. Qual o futuro para o direito e para os Estados? *Revista de Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 37. n. 99, jan./abr. 2004.p. 150.

⁵ *Ibid.*,p. 153.

⁶ GASSET, Ortega y. *A rebelião das massas*. Rio de Janeiro: Ibero-americano, 1959, p. 34.

constitucionalização das nações, bem como a crescente orgia de leis⁷ criam um novo papel para o direito e conseqüentemente da função interpretativa das leis.

Nesse sentido, duas famílias liberais serão analisadas para que se possa apanhar em conjunto os pontos centrais de uma tradição que, apesar de sua aparente diversidade, mantém um núcleo comum em torno da luta pela emancipação do indivíduo frente à tradição que se lhe opunha.

O estudo de Sieyès justifica-se, nesse contexto, por haver sido esse autor um baluarte na denúncia dos privilégios mantidos pelo Antigo Regime, que representavam um empecilho à instauração de uma nova ordem centrada no indivíduo e na autonomia da vontade.

Na França, podemos destacar dois momentos distintos: Num primeiro momento, o da fundação democrática a partir da derrubada de um regime monárquico que privilegiava nobres e clero em detrimento da maioria da população. Num segundo momento - da autocrítica - quando já instalado o novo regime, a busca da correção daquilo que se mostrava errado na nova ordem. Para uma análise desses diferentes aspectos, serão estudados, Sieyès, Benjamin Constant e Tocqueville.

Ao contrário dos franceses que buscavam construir uma ordem social, os ingleses buscavam justificá-la. Na Inglaterra, Stuart Mill e sua luta pela liberdade do indivíduo frente ao poder e as intolerantes idéias da maioria que sufocavam as diferenças. Para Mill, o desenvolvimento social depende da possibilidade de desenvolvimento dos talentos individuais que, no entanto, somente é possível no respeito às diferenças individuais, pois assim, permite-se que novas idéias geradas na cabeça dos grandes homens possam levar a sociedade ao progresso.

⁷ Expressão do jurista americano Grant Gilmore utilizada por Mauro Cappelletti e que se refere à expansão da produção legislativa do estado em áreas antes não reguladas, expansão que ocorreu principalmente nos estados sociais ou *welfare states*. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 39.

2.1 Sieyès e o recomeço pela revolução

É claro que há abusos na França; esses abusos favorecem alguém;⁸

É sem dúvida este o espírito que envolve a França no fim do século XVIII e que promove o turbilhão de mudanças que se desenvolveriam dali para frente.

Dentre os autores que defendem uma nova ordem de cunho mais igualitário para a imensa maioria discriminada e formadora do Terceiro Estado está Sieyès, participante direto como deputado dos Estados Gerais – depois transformados em Assembléia Nacional⁹ - da formulação das bases teóricas e legais que sustentariam a Revolução Francesa.

Sieyès queria levar a França ao que chamou de “terceiro momento político” no qual o país adentraria numa época de representatividade do poder da comunidade.¹⁰

Segundo Sieyès, quando da primeira época, os indivíduos viviam como seres isolados com premente necessidade de reunirem-se, sendo a soma destas vontades o bastante para a formação de uma nação.

Na segunda época, a reunião de indivíduos dá azo à ação da vontade comum. Não bastava unirem-se, tinha-se que produzir e organizar os bens públicos, criando-se, dessa forma, um objetivo comum sem o qual não haveria um todo capaz de agir. Essa concepção deixa para trás uma nação formada por pequenas nações para, ao contrário, criar uma só vontade. Sieyès inaugura aquilo que as federações modernas iriam ratificar depois, ou seja, a nação formada pelo “querer viver juntos.”¹¹

⁸ SIEYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 26.

⁹ VIEIRA, José Ribas. Prefácio de *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

¹⁰ SIEYES, *op. cit.* p. 46.

¹¹ TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3, p. 91.

Num terceiro momento, com a impossibilidade de exercício direto das vontades comuns, os associados delegam o exercício do poder a alguns dentre eles, um governo que responderá pelo eficaz resguardo dos interesses de toda a comunidade.

A delegação de poder, no entanto, não significa que a sociedade abra mão de seus desejos, mas, o contrário, abre tão somente mão do exercício direto dos mesmos com a única finalidade de mantê-los ainda possíveis. Mas, uma vez que tais poderes são inalienáveis, sua delegação necessariamente será limitada ao ponto em que torne o exercício do poder o bastante para a manutenção da boa ordem.

Além disso, para que o poder exercido em nome de toda nação não seja corrompido a ponto de tornar-se contrário aos próprios interesses comuns, faz-se necessária a criação de limites que venham a ser incluídos no documento de constituição do país, pois, antes de tudo, é a nação que existe como associação legítima, voluntária e livre¹².

Nestas circunstâncias, o liberalismo político pode ser visto como uma dupla regulamentação entre a sociedade e o Estado, na qual a função deste Estado é restrita a proteção da propriedade, liberdade e a segurança da sociedade.¹³ Mesmo assim, Sieyès tem o cuidado de conclamar à propriedade, mas de uma forma que este direito não seja um instrumento a promover ainda mais a dominação aristocrática que a França da época apresentava:

[...] existe a influência da propriedade: esta é natural, não a condeno. Mas é preciso convir que ela não deve ser uma vantagem dos privilegiados e, por isto, podemos temer, com razão, que ela lhes dê seu poderoso apoio contra o Terceiro Estado.¹⁴

¹² SIEYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 50.

¹³ TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3, p. 83.

¹⁴ SIEYES, *op. cit.*, p. 15.

As denúncias dos privilégios do Antigo Regime são mais do que a revolta de um excluído, mas início de uma definição moderna de comunidade. O privilégio é visto como algo contrário à idéia de direito e ao princípio da reciprocidade da lei. Além disso, o universo de exceção criado perverte o corpo social. Para Sieyès, a casta privilegiada age como verdadeiro parasita do país, por isso, não pode ter papel algum na organização social, dado que sua missão não advém do povo e seu objeto é de cunho particular. Desse modo, a exclusão dos privilegiados é antes de tudo um meio para o alcance da melhor integração dos indivíduos.

A idéia do fim dos privilégios conduz naturalmente à idéia da tábua rasa que, em Sieyès, segue duas modalidades. Primeiro refere à contradição que existe na tradição quando pretende ser fundadora. Para o racionalismo de Sieyès, qualquer referência histórica serviria para afastar a realidade política presente naquele momento. O racionalismo funcionava como a solução pelo possível diante do conflito entre o real e o desejável¹⁵. A tábua rasa é menos do que função destrutiva, tem como escopo permitir melhores condições de possibilidade de liberdade abrindo caminho para a refundação e a racionalização dos princípios através da moral, isto por que:

A moral é que nos dirá o que deveria ter sido feito, e afinal, só ela poderia fazê-lo. É preciso sempre voltar aos princípios simples, como mais poderosos que todos os esforços do gênio.¹⁶

A refundação de Sieyès localiza-se dentro de uma trilogia conceitual com a qual trabalha o indivíduo (direitos do homem), a nação (soberania) e a representação. Sua argumentação propõe uma visão histórica mais conceitual do que factual que lhe permite vislumbrar estas três épocas, ou momentos lógicos, na formação das sociedades políticas.

A terceira época, então, caracteriza-se pelo advento da vontade representativa em detrimento da vontade real. Aqui Sieyès afasta-se do Contrato Social de Rousseau, pois neste a vontade geral é inalienável e indivisível, o que não

¹⁵ TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3, p. 88.

¹⁶ SIEYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 46.

pode manter-se quando a vontade é representada. Surge uma forma de representação em que os deputados, mais do que representantes de determinada parcela do povo, o são da vontade geral.

Para Sieyès é preferível a colaboração mediata do povo na feitura das leis, primeiro pela maior divisão de tarefas da vida moderna que torna uma classe política profissional algo corriqueiro e, segundo, porque a separação Estado-Sociedade é condição para a liberdade, pois evita os males da encarnação indevida da vontade geral.

Sieyès pretende tornar possível uma democracia representativa onde os cidadãos, embora mantenham poder de influência sobre os representantes, não mais possuam acesso direto na feitura e na execução das leis. A eleição, ao invés de ser um direito, torna-se uma função exercida pela cidadania.

Isso possibilita a institucionalização da vontade geral. A Assembléia equipara-se a um corpo que forma uma unidade a partir de uma pluralidade. Esse modelo permite pensar o Estado como a resultante de ações individuais, um sistema racional de vontades individuais e, assim sendo:

É impossível conceber uma associação legítima que não tenha como objeto a segurança comum, a liberdade comum, enfim, a coisa pública [...] as pessoas se dizem: poderei me entregar tranqüilamente a meus projetos pessoais, irei atrás da minha felicidade como quiser, certo de só encontrar como limites legais aqueles que a sociedade me prescreve pelo interesse comum [...]¹⁷

O deslocamento da vontade geral para a assembléia traz duas conseqüências: essa vontade torna-se uma idéia, pois que agora é emanção dos representantes e não do próprio povo e, como segunda conseqüência, a possibilidade de não mais ser conforme a própria vontade geral.

¹⁷ SIEYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 69.

Entretanto, quando a própria legislatura e as diversas partes da constituição fossem contraditórias entre si, seria a própria nação, como vontade anterior a tudo e independente de qualquer formalização positiva, o juiz supremo.

Conforme avançava a revolução, tornava-se maior a preocupação de Sieyès com a possibilidade de uma ditadura legislativa. Na medida em que se torna uma preocupação central no seu pensamento, Siéyes apontará para a solução através da criação de um júri garantidor da constitucionalidade das leis, que serviria como minimizador das contradições entre as decisões legislativas e as leis fundamentais da vontade geral. Diz o autor francês:

Por outras palavras, considero o júri constitucionário: 1) como instância de recurso na ordem constitucional; 2) como oficina de propostas das alterações da constituição que o tempo possa exigir; 3) finalmente, como complemento de jurisdição natural das lacunas da jurisdição positiva.¹⁸

O poder constituído como uma espécie de poder delegado nada pode fazer para mudar as condições de sua delegação. As leis constitucionais servem apenas para regular e organizar o corpo legislativo e os demais corpos ativos, sendo, por isso, fundamentais no sentido de não poderem ser alteradas por estes corpos.¹⁹ Os corpos legislativos, por sua vez, teriam a função de criar as leis ordinárias que protegem cidadãos e o interesse comum, eis que “o corpo representativo está sempre, para o que se tem que fazer, no lugar da própria nação”.²⁰

Portanto, a vontade nacional é a origem de toda legalidade e somente sendo fiel a esta é que o poder será considerado legal. A formalização positiva é para Sieyès garantia de liberdade de uma nação, mas é independente daquela. Basta que esteja presente a vontade da nação para que cesse todo o direito político “como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo.”²¹

¹⁸ TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3 p. 95.

¹⁹ Cf. SIEYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 48.

²⁰ *Ibid.*, p. 57.

²¹ *Ibid.*, p. 51.

2.2 Benjamin Constant

Enquanto para Sieyès o problema central consistia em como mudar de época e instalar a soberania popular, Constant tinha como ponto de partida de sua reflexão a condenação do terror gerado por um despotismo de características inéditas. Para Constant, o advento do princípio da soberania popular gerou dois perigos concretizados historicamente: um despotismo com força sem precedentes e o risco constante do caos político.

O primeiro perigo surge com a perversão da representação da soberania popular. Para Constant, o fim das mediações tradicionais que freavam a autoridade monárquica conduz a outro poder dotado de força e arbitrariedade inéditas:

Esses representantes da vontade geral terão poderes ainda mais formidáveis na medida em que se podem autodenominar meros instrumentos dessa alegada vontade e possuir meios necessários de coação e de sedução para garantir que ela se manifeste da maneira que lhes seja conveniente. O que nenhum tirano ousaria fazer em seu próprio nome esses últimos legitimam pela extensão ilimitada da autoridade política sem peias. Eles buscam o aumento dos poderes de que necessitam no proprietário da autoridade política, ou seja, no povo, cuja onipotência está lá apenas para justificar tal usurpação. [...] Quando não se reconhece limite para a autoridade política, os líderes do povo num governo popular, não são defensores da liberdade.²²

O segundo problema adviria da proliferação exacerbada da função legislativa o que causaria a possibilidade da produção ilimitada de leis e conseqüentemente a regulação de situações e atos que não seriam da alçada do governo deliberar, daí resultando uma onda de desobediência e insegurança quanto ao conteúdo legal. Se essa lei já não obriga a todos, a dissolução política seria necessariamente conseqüente:

A proliferação de leis, mesmo nas circunstâncias mais ordinárias, falsifica a moralidade individual. [...] Os atos deixam de ser bons ou maus por si mesmos, mas dependem da aprovação ou proibição da lei [...] a regra do justo e do injusto não mais reside na consciência

²² CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 63-64.

dos homens e sim no desejo dos legisladores. Moralidade e sentimento íntimo passam por imensa degradação através dessa dependência a algo externo, tornam-se meros acessórios - [...] Caso [alguém] viole proibições e ordens, que a ele parecem arbitrárias, corre os mesmos riscos da infração de regras de moralidade externa. Não traria esta injusta igualdade de conseqüências uma confusão para todas as suas idéias? Será que suas dúvidas, sem distinção, não abrangeriam todas as ações que a lei proíbe ou requer [...] Obrigar os homens a abrir mão de coisas que não são moralmente reprováveis ou impor-lhes deveres que a moralidade não demanda deles significa não só fazer com que sofram, mas também depravá-los.²³

Para Constant, era necessária a superação desta contradição que afetava os governos democráticos a quem acusava de justificarem-na através de um argumento falacioso de que “é melhor obedecer às leis do que aos homens.”²⁴ Mesmo que admitisse o diagnóstico contra-revolucionário, Constant não admitia suas conclusões reacionárias, tendo em vista que acreditava que o homem moderno não poderia recuar até o ponto onde chegaram as nações livres da antiguidade, cujos princípios de liberdade utilizados para manterem a quase ilimitada intervenção na esfera política de seus cidadãos, o próprio autor reconhecia serem opostos aos princípios de liberdade que defendia.²⁵

Esse recuo fica evidente se as idéias contra-revolucionárias são defrontadas com a forma como o progresso humano se apresenta segundo Constant. Para ele quatro grandes revoluções sucederam-se: o fim da teocracia; da escravatura; dos feudos; e da nobreza como privilégio. Nessa evolução, o escravo passa do *status* teocrático de “coisa” para o de homem sem direitos na escravatura civil, direitos estes que lhe são concedidos quando se torna servo dos feudos. Finalmente, na época da nobreza, passa à condição de desprivilegiado em relação àquela. Uma vez presente a vontade de concretização da igualdade, necessário, então, fazer-se a revolução.²⁶

²³ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 130-132.

²⁴ *Ibid.*, p. 132.

²⁵ *Ibid.*, p. 579.

²⁶ Cf. TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3 p. 98-99.

No entanto, os erros cometidos durante a Revolução Francesa faziam com que a liberdade individual fosse maculada em nome do interesse público, conforme assevera Constant:

Durante a Revolução Francesa, quando o curso dos acontecimentos levou ao poder homens que haviam adotado a filosofia de forma preconceituosa, esses homens pensaram que podiam fazer o poder público funcionar como o viram operar nos Estados livres da antiguidade. Acreditaram que tudo ainda hoje deveria se submeter à autoridade coletiva, que a moralidade privada precisava se calar ante o interesse público, que todas as violações da liberdade civil seriam revistas pelo desfrute da liberdade política no seu sentido mais amplo.²⁷

Muito desse espírito que a revolução carregava devia-se aos seus maiores influenciadores, dentre eles o abade de Mably, o qual, segundo acusava Constant, tinha como objetivo a influência da lei não somente sobre as ações, mas sobre os pensamentos dos indivíduos.²⁸ Constant acreditava justamente no contrário, que os indivíduos deveriam ter o poder de desfrutar de liberdade para agirem como quisessem em assuntos que somente a eles interessassem,²⁹ mesmo porque acreditava que “onde o indivíduo não é coisa alguma, o povo também não é nada.”³⁰

Constant pensava que o caminho da humanidade em direção à perfeição poderia ser interpretado como o progresso da igualdade. A igualdade dos antigos caracterizava-se pela existência da individualidade do homem somente enquanto cidadão. O todo suplantava o individual. No entanto, “o progresso da humanidade assemelha-se ao dos indivíduos.”³¹ Para o homem moderno surgiu uma oportunidade diametralmente oposta ao do homem antigo. O individual passou a ser mais importante do que o total. O indivíduo tornou-se anterior ao social, mas essa separação não poderia tornar-se o fim deste último.

Se para os antigos liberdade significava a garantia de que os cidadãos possuíam a maior parcela possível de exercício do poder político, para os modernos,

²⁷ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 603-604.

²⁸ Cf. *Ibid.* p. 606.

²⁹ *Ibid.* p. 629.

³⁰ *Ibid.* p. 631.

³¹ *Ibid.* p. 597.

ao contrário, a liberdade “é tudo o que garante aos cidadãos independência do governo.”³²

Cada um destes modelos de liberdade comporta um risco: o modelo holístico-participativo dos antigos, de aniquilar a independência privada; e o modelo individualista-representativo dos modernos, de perder em participação aquilo que ganham em individualidade. Para Constant, a soberania do homem antigo:

[...] não era, como em nossos tempos, uma suposição abstrata. A vontade das pessoas tinha influência real e não era suscetível à falsificação mendaz ou à representação corrupta. [...] Hoje, a massa de cidadãos é convocada a exercer sua soberania apenas de forma ilusória. As pessoas ou são escravas ou são livres; mas nunca estão à frente das decisões. [...] entre os antigos, a extensão do poder político constituía prerrogativa de cada cidadão. Na atualidade, ela consiste nos sacrifícios que os indivíduos fazem.³³

Para compreender o Terror da Revolução³⁴ interessava compreender que a história de liberdade e igualdade possibilitou que fosse criada uma concepção de representação de tipo holística que vislumbrava a eliminação da separação povo-poder, eliminando também o perigo daquilo que chamou de despotismo da vontade geral que consistia num:

[...] poder popular sem limites, dogmas que são pretextos para todas as nossas sublevações e que têm sido apresentados como princípios da liberdade, quando são precisamente o contrário.³⁵

Segundo Constant, é de Rousseau que parte a base teórica que permitiu o uso da liberdade como sustentáculo das tiranias, porque ao conservar a idéia de que o poder é causa da sociedade, quando é apenas seu efeito, permitiu que um desvio da vontade geral gerasse um poder ilimitado:

³² CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 596.

³³ *Ibid.* 581.

³⁴ É como ficou conhecido o período (1793-1794) no qual os jacobinos se organizam para defender a Revolução. Sob o comando de Robespierre a Constituição é suspensa e são criados o Comitê de Salvação Pública e o Tribunal Revolucionário, encarregado de prender e julgar os traidores da Revolução.

³⁵ CONSTANT. *op.cit.* p. 634.

Rousseau distingue as prerrogativas da sociedade das do governo. Essa distinção só é admissível quando a palavra “governo” é entendida num sentido muito restrito. Rousseau, no entanto, a tomou na acepção mais ampla, como se fosse a reunião não só de todos os poderes constituídos como também de todas as formas constitucionais de os indivíduos contribuírem entre eles na expressão dos desejos individuais para a formação da vontade geral.³⁶

Para articular a relação entre Estado e sociedade de modo a evitar ao mesmo tempo o despotismo e a anarquia, Constant acreditava que o Estado, longe de ser um mal necessário, era uma criação que visava impedir que os membros da sociedade prejudicassem-se mutuamente. Assim, não chega a ser um mal, a não ser para os culpados, aquilo que antes de tudo é um bem. O Estado torna-se um mal quando extrapola sua esfera de ação, mas daí já não age mais como Estado, mas como usurpador do poder que lhe foi concedido, algo que ocorria quando o Estado fazia uso das instituições chamadas por Constant de “morais” muito utilizadas pelos antigos, mas que, para ele, já não tinham mais aplicabilidade frente às circunstâncias de um tempo moderno:

As instituições que denomino morais, em oposição às puramente políticas, são aquelas que, como a censura ou o ostracismo atribuídos à sociedade, ou a um certo número de homens, constituem uma jurisdição discricionária que não opera de acordo com princípios legais ou jurídicos, mas segundo uma idéia vagamente concebida do caráter moral de certos indivíduos, de suas intenções e do perigo que podem representar para o Estado.³⁷

A solução de Constant parte de um meio de permitir a aplicação do princípio da soberania do povo sem que este traia a si próprio. Para tanto, ele acreditava na representação tal como Sieyès, mas diferente deste, numa forma de representação que garantisse a distinção entre Estado e sociedade e que evitasse uma soberania absoluta em prol da expressão da dúvida. Ou seja, a representatividade deveria ser autocrítica.

³⁶ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 60.

³⁷ *Ibid.* p. 600.

2.3 A democracia de Tocqueville

Tocqueville não acreditava que a revolução - embora fosse fiel aos princípios pregados por esta - fosse o melhor caminho para a implementação da situação de “igualdade de condições” que só a democracia seria capaz de estabelecer em França. Achava, inclusive, que o verdadeiro valor da Revolução Francesa de 1789 era demasiadamente exagerado.³⁸ Ao contrário de Sieyès, Tocqueville, de família nobre da Normandia, não via na classe aristocrática francesa um mal em si, ao contrário, não deixou de elogiar o passado feudal do país ao qual imputava como causa da própria revolução.³⁹ Para ele, a ilusão que havia quanto à Revolução Francesa impediu que esta fosse vista como aquilo que era, ou seja, somente regulação, coordenação e legalização dos “efeitos de uma grande causa, em vez de ter sido ela própria essa causa.”⁴⁰

Tocqueville acreditava na institucionalização da liberdade como forma de inverter a tendência à centralização e personalização do poder. Mas, ao mesmo tempo em que era um grande entusiasta das democracias, via nelas mais do que uma tendência natural de imposição do poder da maioria. Para ele “É da própria essência dos governos democráticos o fato de o império da maioria ser absoluto; porque, fora da maioria, não há nada que resista nas democracias.”⁴¹ Por isso, não hesitava em atribuir ao Estado tão somente a condição de garantidor da liberdade individual sem interferência naquilo que as pessoas entendiam por felicidade.

A maioria tomada coletivamente era, na visão de Tocqueville, como um indivíduo, tinha características e preferências próprias que podiam ser contrárias aos interesses de qualquer outro indivíduo, ou no caso, da minoria. O autor não acreditava, portanto, que a concessão do poder total à maioria fosse diferente de entregar o poder nas mãos de qualquer homem, pois haveria a mesma tendência

³⁸ Cf. TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3 p. 108.

³⁹ Cf. MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p. 88.

⁴⁰ TAVOILLOT, *op.cit.*, p. 109.

⁴¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005. Livro 1 p. 289.

natural de abuso do poder concedido. Isso, mais que inconcebível, era “uma linguagem dos escravos”⁴² e esta era, segundo o autor, a linguagem da igualdade no socialismo, não da igualdade na democracia.

Não obstante, Tocqueville não negava que havia um poder social acima de qualquer outro poder. Ao contrário, acreditava que:

É, pois, realmente o povo que dirige e, muito embora a forma do governo seja representativa, é evidente que as opiniões, os preconceitos, os interesses, até as paixões do povo não podem encontrar obstáculos duradouros que os impeçam de produzir-se na direção cotidiana da sociedade.⁴³

Portanto, esse poder traz sempre consigo um perigo à liberdade toda vez que não encontre em seu caminho algum freio que lhe impunha algum tipo de moderação, porque mais do que o poder de um monarca, o poder exercido pela maioria que Tocqueville observou na América agia tanto sobre a vontade como sobre as ações, impedindo tanto o fato quanto o desejo de fazer. Tocqueville viu que os efeitos da tirania da maioria nos Estados Unidos faziam-se notar no caráter dos americanos e eram a principal causa porque acreditava não ter encontrado muitos grandes homens na política daquele país.⁴⁴

Foi então nas leis e no poder concedido aos legistas daquele país longínquo que Tocqueville encontrou o melhor instrumento para barrar os desvios que a democracia apresentava. Para ele, era no primado do direito afirmado pela igualdade de todos perante a lei que se reconhecia que todos os cidadãos são dignos. Estava evidente que não poderia perseverar a liberdade política sem participação do cidadão na soberania, e a liberdade sem a igualdade de todos perante a lei. Os males que a igualdade produzia somente podiam ser vencidos pelo caminho da liberdade política.⁴⁵

⁴² TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005. Livro 1 p. 294 et seq.

⁴³ *Ibid.* p. 197.

⁴⁴ Cf. *Ibid.* p. 299 et seq.

⁴⁵ Cf. TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3, p. 113-114.

Mas, mesmo na força e no primado da lei, Tocqueville encontrava certa propensão à tirania da maioria, eis que a igualdade jurídica também se traduzia em homogeneização da instância política permitindo, assim, a opressão da voz das minorias e dos indivíduos.

A chave que solucionaria esse problema estava na importância política dada à classe dos juristas, isto porque “o governo da democracia é favorável ao poder político dos legistas.”⁴⁶ Tocqueville enxergava na classe jurídica um meio termo, um equilíbrio entre gostos aristocráticos e desejos populares, que a transformava num filtro de solução dos problemas que a democracia poderia apresentar. Quanto maior era a reflexão sobre o que transcorria na América naquela época, diz Tocqueville, “mais ficamos convencidos de que o corpo dos legistas forma nesse país o mais poderoso e, por assim dizer, o único contrapeso da democracia.”⁴⁷

Havia um certo receio da parte de Tocqueville – receio também sentido por Stuart Mill - de que a demasiada participação dos populares nos assuntos públicos pudesse empobrecer a qualidade dessa instância. Entre a vida pública entregue à elite e a possibilidade de uma tirania da maioria, Tocqueville via um meio termo, um sistema de governo em que a deliberação política seguia prestigiada, mas traria consigo a delegação de poderes aos cidadãos mais esclarecidos.⁴⁸ No caso americano, Tocqueville fez referências às situações em que o povo daquele país se deixa:

[...] embriagar por suas paixões ou se entrega ao arrebatamento de suas idéias, os legistas fazem-lhe sentir um freio quase invisível que o modera e o detém. Aos instintos democráticos do povo opõem secretamente seus pendores aristocráticos.⁴⁹

Embora não fosse adepto da forma revolucionária deflagrada na França em 1789, Tocqueville concordava com as idéias igualitárias que esta pregava, mas o que pretendia mesmo era evitar que a paixão igualitária sufocasse a liberdade do

⁴⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005. Livro 1 p. 312.

⁴⁷ *Ibid.* p. 315.

⁴⁸ Cf. TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3 p. 116.

⁴⁹ TOCQUEVILLE. *Ibid.*, p. 315.

indivíduo. Achava que as demandas por igualdade já havia muito se faziam ouvir em meio a um povo que se enxergava como igual dentro do território francês. Ao mesmo tempo, acreditava que a democracia fosse a melhor forma de governar, mas que isto não podia significar o fim do que representava a liberdade da aristocracia em seu país. A liberdade que 1789 representava seria em si a melhor garantia contra o despotismo da maioria:

Como cada indivíduo possui um direito absoluto sobre si próprio, a vontade soberana só pode emanar da união da vontade de todos. Desde logo a obediência perdeu a sua moralidade, e já não há meio-termo entre as másculas e orgulhosas virtudes do cidadão e o vil servilismo do escravo. À medida que, num povo as classes se tornam iguais, essa noção da liberdade tende naturalmente a impor-se.⁵⁰

2.4 O individualismo de Stuart Mill

Talvez influenciado pela educação intelectual precoce e severa imposta por seu pai (chegou a ter uma crise de depressão por duvidar do valor de sua criação)⁵¹ e que lhe dá a condição de um intelectual maduro já aos dezesseis anos, Stuart Mill trata em sua obra “A Liberdade”, como ele próprio esclarece já no princípio, da “natureza e dos limites do poder que a sociedade pode legitimamente exercer sobre o indivíduo.”⁵²

Mesmo contrário a algumas das idéias defendidas pelo seu educador Jeremy Bentham, Mill se diz adepto do utilitarismo por aquele defendido, embora num sentido mais amplo. Mill assim expressa:

A utilidade como a solução última de todas as questões éticas, devendo-se empregá-la, porém, em seu sentido amplo, a saber, a utilidade fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser de progresso.⁵³

⁵⁰ TOCQUEVILLE *apud* TAVOILLOT, Pierre-Henri. *História da Filosofia Política*. Direção de Alain Renaut; tradução: Elsa Pereira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Vol. 3.p. 119.

⁵¹ Cf. MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p. 95.

⁵² MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

⁵³ *Ibid.* p. 19.

Mill preocupava-se em proteger o indivíduo da tirania dos dirigentes políticos a qual dizia estar presente desde os tempos do apogeu histórico da civilização grega e da civilização romana. Os rumos determinados pelos governos, desde então, estavam dissociados e independentes das vontades ou dos interesses populares.

A tirania dos governos fez despertar no seio da sociedade o desejo de liberdade representado em duas formas de limitação dos poderes exercidos sobre si: uma de caráter político, que concede determinadas imunidades aos cidadãos; outra, mais tardia, através do controle da Constituição a qual o governante devia obediência por tratar-se de uma espécie de consentimento de ação concedido pela população ou por seus representantes.

No entanto, quando chega o momento em que o desejo do povo é de que a vontade dos dirigentes coadune-se com a sua, surge um sentimento de que não mais é necessário o controle de tal poder, uma vez que, o povo não tiranizaria a si próprio.

Ocorre que, segundo Mill, nem sempre o povo que governa é o mesmo que é governado. Além disso, a noção de autogoverno que principia em sua época não é uma noção individual, mas sim o controle de um por todos, ou a vontade da maioria imposta àqueles inferiorizados numericamente. Daí, segundo o autor, a necessidade de não se perder de vista a proteção contra a tirania que dessa forma é exercida pela maioria.⁵⁴

O problema, segundo Mill, é que as preferências que informam a lei têm caráter pessoal e não condizem com o que é melhor para o todo, mas refletem um sentimento que cada um tem de que todos deveriam agir conforme ele próprio. Não há princípio algum reconhecido que possa sustentar a propriedade da interferência governamental, a decisão é sempre de acordo com as preferências pessoais.

⁵⁴ MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. passim.

Para delimitar o raio de ação sobre os direitos individuais basta determinar que as liberdades cheguem somente até o ponto em que atinjam os direitos de outros cidadãos. Por isso, segundo o próprio autor, sua obra tem como fim:

[...] sustentar um princípio bastante simples, capaz de governar absolutamente as relações da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à compulsão e ao controle, quer os meios empregados sejam o da força física sob a forma de penalidades legais, quer a coerção moral da opinião pública. Esse princípio é o de que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos demais.⁵⁵

Ou seja, quando o indivíduo age dentro da esfera de direitos de modo a não atingir interesses externos de terceiros, ele é protegido por uma norma de liberdade absoluta. A liberdade inclui primeiro o foro íntimo:

[...] exigindo liberdade de consciência no sentido mais amplo da palavra: liberdade de pensamento e de sentimento, absoluta independência de opinião e de sentimento em todos os assuntos, práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos. [...] Em segundo lugar, o princípio exige liberdade de gostos e atividades.[...] Terceiro, dessa liberdade de cada indivíduo se segue a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação entre os indivíduos.⁵⁶

O que está em jogo não é somente a liberdade individual, mas a liberdade como um todo, pois a liberdade de qualquer sociedade depende do respeito e conservação da própria liberdade individual.

Quanto ao indivíduo, o autor não nega que deva ser educado segundo os padrões culturais para apreender todos os resultados que a experiência humana atingiu. Entretanto, o desenvolvimento do ser humano quanto ao juízo, percepção, aspecto mental e moral somente são exercidos quando ele for capaz de realizar uma escolha. É nesse sentido que a interferência da sociedade não pode alcançá-lo, sob pena de causar um mal de proporções irreversíveis.

⁵⁵ MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 17.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 21.

Relegar a individualidade e sobrepô-la pela vontade da maioria é o mesmo que retirar o caráter humano de cada um igualando-o a uma máquina: “Aquele cujos desejos e impulsos não lhe pertencem não possui nenhum caráter, do mesmo modo como não possui caráter uma máquina a vapor.”⁵⁷ O mal residia na dificuldade dos pensamentos comuns de reconhecer que toda espontaneidade possuía um valor em si mesmo.⁵⁸

Ora, se nada mais de novo fosse necessário fazer, também o intelecto humano seria dispensável. Mill não via outro motivo para a evolução já alcançada pela Europa que não a multiplicidade de caminhos. No entanto, o que lhe parecia imperar em sua época era o que chamou de caminhada “em direção ao ideal chinês de tornar todos iguais.”⁵⁹ As restrições por coisas que não afetam os bens dos outros mas tão somente lhes causam desprazer não criam nos espíritos dos homens nenhuma espécie de valor que seja útil à sociedade, segundo o autor.

A proteção contra a tirania popular deveria ir além da mera proteção política, deveria invadir o terreno tirânico conquistado no avanço sobre idéias e opiniões individuais pelas quais a sociedade ansiava em impor suas próprias idéias e práticas num verdadeiro regramento de conduta de caça às bruxas daqueles que ousassem dela dissentir. Para Mill, o sentimento humano de que todos deveriam agir conforme cada um gostaria que agissem é o princípio prático que orienta as opiniões a respeito da regulamentação. Sempre que houver uma classe dominante, grande parte da moralidade do país emanará dos seus sentimentos de superioridade sobre as minorias dominadas.⁶⁰

Certo é que, para Mill, havia limites para a autoridade da sociedade sobre cada indivíduo, mas, ao mesmo tempo, estes mesmos indivíduos deviam uma parcela de sua liberdade em troca da proteção a que estão submetidos, de modo que suas ações fossem previsíveis em relação ao que seus pares esperavam. De modo geral, todos têm o dever de não prejudicar aos outros, bem como de arcar com sua parcela de responsabilidade:

⁵⁷ MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 92.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 87.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 111.

⁶⁰ Cf. *Ibid.*, p. 13.

Os chamados deveres para conosco não são socialmente obrigatórios, a menos que as circunstâncias os convertam ao mesmo tempo em deveres para com outros.[...] [pois] há uma imensa diferença, tanto em nossos sentimentos como em nossa conduta para com tal pessoa, se esta nos desagrade em algo que julgamos ter direito a controlá-la, ou se nos desagrade em algo em que sabemos não ter esse direito.⁶¹

As críticas de inconsistência feitas a obra de Mill, principalmente por parte de Hart⁶², dão conta que o autor, embora seguidor do utilitarismo, trazia em sua obra questões inconciliáveis com essa teoria. O fato de Mill, por exemplo, acreditar na prioridade da proteção individual consiste num entrave ao utilitarismo puro que propaga a maximização da felicidade para o maior número de pessoas possíveis.

Hart vai mais longe, diz que Mill não traz fundamento algum para demonstrar que a teoria da utilidade geral seria base dos direitos individuais. A questão é que Mill não deixou nem mesmo de ironizar o cálculo gerador de felicidade defendido por utilitaristas como seu pai, James Mill, e por seu educador, Bentham,⁶³ e, além disso, valorizava a democracia como uma forma de proteção não da minoria contra as preferências da maioria e da ineficiência do Estado, mas como forma de garantir o desenvolvimento e autodeterminação de todos.

Não obstante as críticas, a obra de Mill alcança a posteridade e não por acaso, conforme assevera Isaiah Berlin:

A defesa que faz Mill de sua posição no tratado sobre a Liberdade não tem, como freqüentemente se diz, uma qualidade intelectual superior. Muitos de seus argumentos podem ser dirigidos contra ele.[...] Todavia, a cidadela íntima – a tese central – resistiu à prova.[...] Mill não está unicamente pronunciando uma cadeia de proposições claras (cada uma das quais, vista em si mesma, é de plausibilidade duvidosa) relacionadas pelos elos lógicos que ele pode produzir. Mill percebeu algo profundo e essencial sobre o efeito destrutivo dos mais bem sucedidos esforços para se autopromover na sociedade moderna; sobre as conseqüências involuntárias da democracia moderna, a falácia e os perigos práticos das teorias

⁶¹ MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 121.

⁶² Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5 ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 203 et seq.

⁶³ Cf. MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 95.

pelas quais algumas de suas piores conseqüências eram (e ainda são) defendidas.⁶⁴

2.5 Síntese do liberalismo

Assim, se vê que, conforme evolui, a teoria liberal percebe que o controle das relações entre povo e Estado, bem como a delegação deste mesmo poder nas formas representativas das democracias, traziam outros problemas que poderiam redundar em tiranias mais nocivas do que as anteriores.

Todas estas questões restam refletidas nos ordenamentos jurídicos e promovem uma maior atividade legislativa do Estado. Importantes discussões a respeito das liberdades passam a ter como última instância os tribunais.

Portanto, como início de discussão, os primórdios do liberalismo podem esclarecer importantes pontos de referência para uma melhor compreensão sobre se são procedentes as críticas feitas aos positivismos, ou de como se deve proceder para uma melhor interpretação e aplicação do direito.

A abordagem sobre as ligações entre positivismo e liberalismo é essencial para o desenvolvimento do presente trabalho, pois reflete essa discussão. Para tal, importa esclarecer se a obra de Hans Kelsen tem ou não realmente profunda ligação com as diretrizes históricas básicas da teoria liberal aqui apresentadas.

Kelsen quase sempre foi apontado como liberal. Ele mesmo admitia que tal ligação era crível visto que o final do século XIX e início do século XX apresentava a o domínio das ciências sociais quase que inteiramente dominado pelas características liberais. Mas defendia-se dessa acusação.

Importa saber se Kelsen, que era um positivista, adotou o liberalismo como fundamento de sua teoria para que esclareçamos se os problemas hermenêuticos advindos do positivismo têm alguma relação com o liberalismo e,

⁶⁴ Introdução de MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

conseqüentemente, com a igualdade e a democracia como instituições essenciais para o desenvolvimento do direito.

Veremos, por outro lado, que a complexidade e a diversidade do termo “liberal” impedem uma aproximação desta teoria com a de Kelsen, ao contrário:

Apesar de algumas alusões aqui e lá, não existem absolutamente estudos precisos e concretos sobre as relações que mantêm a Teoria Política de Kelsen e o liberalismo.

Ora, parece-nos que, contrariamente ao que esse consenso poderia deixar entender, essas relações são, antes, complexas. Se existem, evidentemente, componentes liberais da teoria de Kelsen, não é menos verdade que algumas aporias entre suas proposições e as de um liberalismo *stricto sensu* merecem ser mostradas. Uma boa parte desses problemas é devida, sem dúvida, à grande plurivocidade do termo “liberal”, mas qualificar a teoria kelseniana de liberal significa isolar certos traços de sua teoria, deslocando-os de certas situações históricas. Entretanto, tal leitura se mostraria muito unilateral se esse liberalismo devesse caracterizar a teoria kelseniana como um pensamento apolítico, não-realista, mesmo moralista, no sentido kantiano.⁶⁵

⁶⁵ HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997, p. 216.

3 A CRÍTICA CÉTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO: KELSEN E HART

No que segue, estudaremos alguns aspectos do positivismo jurídico de Kelsen, em especial suas possíveis conexões com o liberalismo político com a finalidade de mostrar em que medida seu ceticismo a respeito da possibilidade de um discurso racional no domínio ético e político conduzem-no a um ceticismo que reflete, em última instância, em sua teoria jurídica, em especial no que diz respeito à impossibilidade de se apontar, no exercício da jurisdição, a resposta jurídica correta ou adequada, permanecendo a mesma no âmbito imponderável da decisão judicial.

Quanto ao estudo de Hart, os mesmo objetivos acima descritos serão perseguidos, ainda que o jurista inglês tenha chegado à mesma conclusão (o caráter imponderável e discricionário de algumas decisões judiciais) por vias diversas, a saber, pelo estudo do modo de uso das regras pelas instituições de uma sociedade dotada de certa complexidade.

3.1 Raízes democráticas da teoria de Hans Kelsen

Segundo depreende-se, Kelsen vê a democracia como um procedimento onde se busca não uma verdade absoluta, pois que essa não é alcançável segundo a epistemologia relativa que a democracia adota, mas que busca uma decisão conciliatória de interesses individuais defendidos através de organizações partidárias dentro dos parlamentos.

A democracia para Kelsen tem como base teórica quatro fundamentos⁶⁶ que são os seguintes: antropológico, com base no individualismo; político, representado pela racionalização do poder; ético, a partir do relativismo emotivista;⁶⁷ bem como o fundamento epistemológico, sob a visão da epistemologia relativista. Esses

⁶⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. Os fundamentos da teoria da democracia de Hans Kelsen. *Anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: 2001. p. 139-164.

⁶⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Critica, 2001. *Passim*.

fundamentos seguem-se uns aos outros numa seqüência conforme abaixo se demonstra.

Quanto ao primeiro, a teoria clássica tinha uma visão teleológica do homem, ou seja, todo homem tinha a finalidade de viver em sociedade sob os preceitos da razão. Realizar seu *telos* era a finalidade de cada ser humano e o bem comum consistia em permitir a realização desse fim, igual para todos.

Essa visão é abandonada pela ciência antropológica moderna, que passa a sustentar que não existe somente um fim para o ser humano, mas uma pluralidade deles, conformes às vontades de cada indivíduo. O bem comum passa a ser a possibilidade de cada um buscar sua realização particular dentro da sociedade. O coletivo deixa de ser comunidade, para ser uma sociedade onde o indivíduo não se vê mais como parte do todo.

Nesta perspectiva, não existe mais um bem comum a todos, a sociedade torna-se um aglomerado de indivíduos onde a cooperação social é anti-natural e o corpo social é apenas um meio para alcançar o ideal individual. A sociedade é vista como um mercado onde os outros são limitadores da liberdade individual.

O indivíduo formador desta sociedade é autônomo e a política serve para compatibilizar liberdade individual com coerção pública. A democracia neste contexto é pensada como um regime em que o governo deve permitir o maior grau de liberdade possível aos indivíduos para que esses possam satisfazer seus próprios interesses.

Esta é a idéia presente em Kelsen, a de um homem que vive num estado de sociedade em que o poder político é algo artificial e essencialmente coercitivo, como demonstra a seguinte passagem:

Na idéia de democracia [...] encontram-se dois postulados da nossa razão prática, exigem satisfação dois instintos primordiais do ser social. Em primeiro lugar, a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra a vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se, o protesto contra o tormento da heteronomia. É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela

contra a sociedade. O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer: 'Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito ele de mandar em mim?' [...] A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia [...]⁶⁸

Se deve haver sociedade em oposição ao instinto natural do homem, esta sociedade deve exercer poder e, sendo este necessário, exercê-lo pelas mãos da própria sociedade. Assim, a liberdade natural torna-se liberdade política e a autonomia individual torna-se auto-governo. Portanto, o problema da democracia é de se tornar o governo que garanta a máxima liberdade possível aos indivíduos.

Kelsen recebeu muitas críticas no sentido de que a democracia não poderia salvaguardar melhor a liberdade de consciência do que qualquer autocracia. Em resposta, Kelsen aduz que se em algum caso concreto tal liberdade não é garantida não é porque a democracia foi abandonada. Assim expressa o jurista:

Se definirmos a democracia como um sistema político através do qual a ordem social é criada e aplicada pelos que estão sujeitos à ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, esteja assegurada, então a democracia, necessariamente, em todas as circunstâncias e em toda a parte estará a serviço desse ideal de liberdade política. E se, em nossa definição, incluirmos a idéia de que, para ser democrática, a ordem social criada do modo como acabamos de indicar deve garantir certas liberdades intelectuais, como a liberdade de consciência, liberdade de imprensa, etc., então a democracia necessariamente, em todas as circunstancias e em toda parte, também estará a serviço desse ideal de liberdade intelectual.⁶⁹

O homem é auto-interessado e movido por motivações individuais. Dessa forma, o poder político serve como meio de realização individual. Entretanto, a política é exercida pela organização em partidos que reúnam outros indivíduos com os mesmos desejos, uma vez que numa sociedade de massas a força política individual não é capaz de nada. Ou seja, é o desejo da maioria que governa o jogo

⁶⁸ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2000. p. 27-28.

⁶⁹ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2000. p. 144.

político e possibilita a supremacia do que estes impõem aos outros em detrimento de um bem comum.

Para Kelsen, resta que a representação profissional do poder do povo é a melhor maneira de exercício do poder do povo pelo povo:

A única via de solução possível é remeter a decisão definitiva desses conflitos de interesses entre grupos profissionais a uma autoridade criada com base numa lei alheia ao princípio corporativo, isto é, ou a um parlamento eleito democraticamente por todo o povo ou a um órgão de caráter mais ou menos autocrático.⁷⁰

Essa lei alheia de que fala Kelsen é fruto daquilo que entende como o segundo fundamento da democracia, ou seja, o fundamento político, para o qual a democracia é uma forma de racionalização do poder. Neste aspecto, o Estado e a burocracia são resultantes do processo de racionalização que significa não menos que as esferas política, administrativa e do direito estão em suas origens submetidas à lei.

Entretanto, numa sociedade em que os objetivos não estejam bem determinados, há o perigo do poder da burocracia tornar-se maior do que as finalidades do bem comum. O poder corre o risco de ser desviado para qualquer fim como o que ocorreu, por exemplo, nos regimes totalitários. Um poder que não possui objetivos tende a tornar-se um fim em si mesmo e, por consequência, a burocracia tende a expandir seu poder dentro da sociedade.

Para Kelsen, a democracia é um método procedimental para criar ordem social através da vontade das maiorias. Nas democracias de massas a vontade individual não se faz valer. Assim, a forma de obter decisões políticas em favor próprio somente encontra guarida na associação através dos partidos políticos, que são realmente as instituições que exercem poder dentro dos parlamentos. Assim manifesta o jurista austríaco:

⁷⁰ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In: A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2000. p. 62.

Uma vez que o princípio de liberdade e de igualdade tende a minimizar a dominação, a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria. Pois a dominação pela maioria do povo distingue-se de qualquer outra dominação pelo fato de que ela não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a minoria), mas também porque politicamente, reconhece sua existência e protege seus direitos.⁷¹

Nesse jogo as maiorias impõem-se em relação às minorias. Para que exista uma maioria é pressuposta a existência da minoria. Então, deve-se proceder à proteção das camadas minoritárias. Isto ocorre principalmente por meio dos direitos e garantias fundamentais presentes nas constituições democráticas das nações ocidentais modernas. A existência das minorias está correlacionada à possibilidade de acesso à jurisdição constitucional que lhes garanta os direitos fundamentais.

Para Kelsen,⁷² a proteção dos direitos fundamentais é a melhor garantida pela democracia parlamentar, pois esta ameniza o conflito fundamental entre maioria e minoria através da discussão regrada dos problemas, buscando um compromisso entre os interesses de ambos. Assim, o resultado de tal processo é antes um compromisso entre as partes atuantes do que uma verdade superior, absoluta, ou um valor absoluto superior aos interesses dos grupos.

E a melhor forma, aduz Kelsen, de garantir que a vontade da maioria expressa em lei seja efetivamente implementada e ao mesmo tempo seja calculável o exercício administrativo e da jurisdição, é organizá-las submetidas ao princípio da legalidade, ou seja, de um modo burocrático. Portanto, a oposição entre democracia e burocracia existe apenas no plano ideológico, entende Kelsen.

Como terceiro fundamento da democracia Kelsen entende o fator ético, que consiste no relativismo emotivista, segundo expressão cunhada por Macintyre.⁷³ A ética moderna caracteriza-se por ser deontológica. Com o fim da idéia de realização de um *telos*, o fenômeno moral fica reduzido à experiência de seguir regras. A

⁷¹ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2000. p. 182-183.

⁷² Cf. KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2000. p. 151.

⁷³ MACINTYRE, Alasdair. *Tras La virtud*. Barcelona: Critica, 2001. passim.

questão moral central passa a ser: que regra seguir? Muitas são as justificações racionais para as regras morais, tantas que levaram ao ceticismo em relação à possibilidade de fundamentos racionais. O próprio dissenso entre majorias e minorias seria uma prova de que não há critérios racionais para resolver conflitos.

A moral é, portanto, relativa, sem validade universal, ou seja, racional. Os valores, regras, o bem, não possuem objetividade, são frutos de escolhas arbitrárias de culturas, elites, grupos. Trata-se do entendimento que se convencionou chamar de relativismo moral, que é o contrário daquilo que Kelsen chama de absolutismo filosófico, assim descrito:

O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, isto é, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano. Conseqüentemente, sua existência está além do espaço e do tempo, dimensões às quais se restringe o conhecimento humano. O relativismo filosófico, por outro lado, defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscitivo. O absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana, é inacessível ao entendimento humano e, portanto, impossível de ser conhecido.⁷⁴

Essa concepção de valores morais e políticos está ligada à democracia de dois modos. Primeiro, ninguém pode arrogar-se poder por ser conhecedor de valores absolutos, pois estes não existem como objeto de conhecimento. Segundo, a tolerância torna-se o valor central do convívio.

Por estar vinculada ao relativismo valorativo, a democracia só pode tratar de conflitos de interesses. Desse modo, a democracia parlamentar não pode oferecer nada mais que modos de buscar um acordo pacífico entre estes interesses em jogo. Não de outra forma, expressa Kelsen seu entendimento:

A crença na existência da verdade absoluta e de valores absolutos constitui as bases de uma concepção metafísica e, em especial, místico-religiosa do mundo. Mas a negação desse princípio, a opinião de que o conhecimento humano só tem acesso a verdades relativas, a valores relativos, e, por conseguinte, qualquer verdade e

⁷⁴ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 164.

qualquer valor – assim como o indivíduo que os descobre – devem estar prontos para se retirar a qualquer momento e deixar lugar a outros valores e outras verdades, leva à concepção criticista e positivista do mundo, entendendo-se com isso aquela direção da filosofia e da ciência que parte do positivismo, ou seja, do dado, do perceptível, da experiência, que pode sempre mudar e que muda incessantemente e recusa, portanto, a idéia de um absoluto transcendente a essa experiência.⁷⁵

O quarto fundamento democrático de Kelsen é o epistemológico. Se na filosofia clássica a teoria do conhecimento acreditava que a atividade cognoscitiva estava no objeto, ou seja, não dependia do sujeito, para a modernidade o conhecimento encontra-se no método cognoscitivo, na razão que conhece. O mundo deixa de existir em si mesmo e passa a ser relativo, conforme ao entendimento do sujeito que conhece e da estrutura que utiliza na atividade cognoscitiva.

Da idéia de que a verdade não é absoluta duas conseqüências surgem para o processo democrático de escolhas políticas defendido por Kelsen: primeiro que não sendo absoluta não pode ser imposta autocraticamente, pois que cada indivíduo é dono de sua própria verdade, criando a ordem social que melhor lhe agrade; segundo que a liberdade do sujeito cognoscente está vinculada pela igualdade dos indivíduos, o que impossibilita que este conhecimento seja arbitrário. A objetividade do conhecimento é garantida porque os sujeitos cognoscentes utilizam as mesmas leis no seu processo de conhecimento.

É esse o sentido exato do sistema político democrático segundo Kelsen e que pode ser oposto ao absolutismo por ser a expressão do relativismo político:

A relatividade do valor, proclamada por determinada confissão política, a impossibilidade de reivindicar um valor absoluto para um programa político, para um ideal político – por mais que estejamos dispostos ao sacrifício para nosso triunfo e pessoalmente convictos dele - obriga imperiosamente a rejeitar o absolutismo político, quer se trate de uma casta de sacerdotes, de nobres ou de guerreiros, quer se trate de uma classe ou um grupo privilegiado qualquer. Todo aquele que, na vontade e na ação políticas, puder invocar uma inspiração divina, uma luz supranatural, também poderá ter o direito de ficar surdo à voz dos homens e fazer prevalecer a própria vontade

⁷⁵ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed., São Paulo: Martins Fonte, 2000. p. 105.

como vontade do bem absoluto, mesmo contra um mundo de adversários incrédulos e cegos.⁷⁶

3.2 Kelsen, Freud e a desconstrução da natureza humana

Para Kelsen, todos aqueles que, como a escola histórica do direito natural moderno⁷⁷, não levam em consideração a verdadeira natureza humana, mas sim sua visão idealizada, merecem censura. Tal é o caso de, por exemplo, Hermann Heller, que em sua obra *Staatlehre*⁷⁸ sustenta que a concepção imanente própria à teoria científica do Estado comportaria sua dedução a partir da natureza humana.

Kelsen entende que todas as visões do mundo são influenciadas, em última instância, pelo caráter humano, que determina não somente as idéias políticas, epistemológicas e axiológicas, mas também, a própria existência de um Estado. Se o homem tem a natureza necessariamente conflituosa, como afirmará, seria sempre necessária uma técnica coativa para controlar tais conflitos.

Para o jurista de Viena, havia algumas questões, e particularmente a do problema da coação externa ao homem, às quais somente a psicologia, e não a economia, poderia responder. É nesse ponto, portanto, que o estabelecimento de conexões entre a teoria política kelseniana e a “psicologia das profundezas”⁷⁹ deve ser verificado.

Sua antropologia pessimista sustenta uma teoria política, particularmente seus ataques à idéia de decadência do Estado no marxismo bem como todas as demais concepções que não considerem a autoridade e a coação como inevitáveis à realização dos fins buscados pela sociedade. Com efeito, o jurista austríaco sustenta

⁷⁶ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed., São Paulo: Martins Fonte, 2000. p.106.

⁷⁷ Kelsen toma como alguns dos representantes da Escola do Direito Natural Moderno Grotius, Hobbes e Pufendorf. Segundo ele, toda doutrina relevante do Direito Natural possui um fundamento religioso. Cf. KELSEN, H. A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência. In: *O que é Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 138.

⁷⁸ Cf. HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997.

⁷⁹ A expressão “psicologia das profundezas” foi a expressão utilizada por Freud no primeiro período de desenvolvimento da psicanálise.

que o marxismo concebe a supressão das contradições econômicas como condição para a eliminação de todas as contradições vitais, conduzindo-se assim a uma sociedade solidária onde não mais haverá diferenças a não ser as de opinião.⁸⁰

Entretanto, ao sustentar que a supressão das contradições econômicas eliminaria todos os conflitos humanos, subsistindo apenas conflitos de opinião, o marxismo, segundo Kelsen, desconsidera o fato de que os “problemas religiosos, artísticos e sobretudo eróticos”⁸¹ dão lugar a disputas violentas. Ocorre que “não há nenhuma divergência de opinião que não possa tornar-se uma oposição de vida ou morte”⁸² e essa possibilidade potencializará ainda mais o conflito em uma sociedade que eliminou as oposições econômicas, e “liberará mais energia para outros problemas”⁸³, que não se deixam reduzir exclusivamente a conflitos de classe.

É por essa razão que a crença na possibilidade de uma sociedade solidária e sem conflitos apoiaria-se, na verdade, sobre a ignorância acerca das reais determinações da natureza humana e, conseqüentemente, na ilusão de sua mudança radical. Nesse sentido, afirma Kelsen:

O marxismo ensina que o capitalismo, que é mau, fez o homem mau [...]. [Entretanto,] Talvez o capitalismo seja possível porque esse sistema condenável de exploração corresponde de alguma maneira à natureza do homem, por que existe nos homens uma pulsão indestrutível por fazer os outros trabalharem para si, e sobretudo, utilizar os outros homens como meio para seus próprios fins. E essa pulsão [Trieb] encontra na exploração econômica uma possibilidade dentre outras.⁸⁴

Ao contrário do que afirmaria o marxismo, o homem possui uma pulsão à propriedade [*Eigentumstrieb*], não sendo essa, portanto, um produto artificial do capitalismo. Segundo Kelsen, a cultura apenas avança na luta pela repressão ou recalque [*Verdrängung*] dos instintos humanos⁸⁵. Desse modo, segundo o jurista

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Socialismo e Stato: una ricerca sulla teoria politica del marxismo*. Introduzione di Roberto Racinaro. In appendice: Marx o Lassalle, Mutamenti nella teoria politica del Marxismo Bari: De Donato editore, 1924. p. 98-99.

⁸¹ *Ibid.*, p. 99.

⁸² *Ibid.*, 99.

⁸³ Cf. *Ibid.*, p. 99.

⁸⁴ Cf. *Ibid.*, p. 101.

⁸⁵ Cf. *Ibid.*, p. 126. O termo psicanalítico utilizado por Freud é *pulsão* [*Trieb*] e é especificamente distinto de *instinto* [*Instinkt*], esse último mais ligado à resposta animal aos estímulos externos.

austríaco, essa tese implica que somente uma ordem de coação pode, em uma situação social determinada, restringir o instinto original do homem. Apenas o Estado é suficientemente forte para assegurar a propriedade e erguer potentes diques contra esse indestrutível impulso da natureza humana, contra a vontade de poder na esfera econômica⁸⁶.

Kelsen não pretende negar possibilidade de uma mudança social, argumento contra o qual se defende, mas tão somente impedir que o ser humano não seja tomado como a medida a partir da qual se devem considerar e analisar a sociedade humana e seus constructos:

O homem, eis o material com o qual é preciso construir a casa da ordem social vindoura; esse mesmo material com o qual já é feito o Estado de hoje e de ontem, e é certamente por isso que essa casa deixa tanto a desejar, mesmo se de modo algum não devemos supor que a partir deste mesmo material não possamos construir uma casa melhor. Mas aquele que crê poder erigir um palácio do futuro com outro bem material, aquele que tem esperança de se apoiar sobre outra natureza humana que aquela que nós conhecemos, esse habita no país nebuloso da Utopia.⁸⁷

Essa antropologia pessimista não difere do artificialismo com que Kelsen propõe sua filosofia política. Segundo o jurista vienense, a idéia de que é possível retornar a um estado de natureza sem conflitos funda-se na falsa crença de que o ser humano é bom por natureza. Mas essa antropologia ignora, segundo Kelsen, a pulsão humana à agressão, desconhecendo o fato de que muitas vezes a felicidade de um homem é incompatível com a felicidade de um outro, e por conseqüência:

Uma ordem natural justa que garanta a felicidade de todos e, por conseguinte, não tenha de reagir a perturbações com medidas de coerção, não é compatível com a 'natureza' dos homens, a julgar pelo que conhecemos sobre ela.⁸⁸

Kelsen, apesar de utilizar-se de um vocabulário claramente emprestado à psicanálise, parece não manter com rigor essa distinção.

⁸⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Socialismo e Stato: una ricerca sulla teoria politica del marxismo*. Introduzione di Roberto Racinaro. In appendice: Marx o Lassalle, Mutamenti nella teoria politica del Marxismo Bari: De Donato editore, 1924 p. 101.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 101.

⁸⁸ KELSEN, Hans. O direito como técnica social específica. In: *O que é Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 235.

Como se mostrará, essa antropologia kelseniana possui forte influência da teoria psicanalítica desenvolvida por Sigmund Freud. Segundo Herrera,⁸⁹ não se pode negar que mesmo nos primeiros escritos de Kelsen as relações de sua obra com a psicanálise podem ser observadas. Os comentaristas não deixam de notar que o empreendimento teórico do jurista austríaco entre os anos 1920 e 1930 “se insere na linha do ateísmo racionalista de Sigmund Freud.”⁹⁰

Em sua biografia sobre Kelsen, Méttal oferece indícios das relações pessoais e intelectuais mantidas com o também vienense Sigmund Freud, fundador da psicanálise. O primeiro consiste na forte amizade mantida entre Kelsen e Otto Weininger, que se viu envolvido numa história de plágio no círculo próximo de Freud a propósito de sua obra sobre *Sexo e Caráter* [*Geschlecht und charakter*]. Conforme o biógrafo de Kelsen, o sucesso póstumo da obra e a personalidade de Weininger, que havia se suicidado em 1903, teriam tido uma influência determinante sobre a decisão de Kelsen em empreender uma carreira científica.

Além disso, e esse fato é de fundamental importância, Kelsen assistiu, por convite de Freud, durante um semestre, nos anos da primeira guerra mundial, a seus seminários, sendo mais tarde por ele convidado a fazer uma conferência diante da *Sociedade Psicanalítica de Viena* em novembro de 1921, conferência essa que tratava do “Conceito de Estado e a psicologia das massas”.

As relações do jurista austríaco com a teoria freudiana pode proporcionar importantes esclarecimentos para compreensão da teoria política Kelseniana.⁹¹ Para Kelsen, o propósito freudiano tornava claro os sentidos das ações dos indivíduos e, considerando que são os homens que fazem o direito e o Estado, uma teoria da política deveria, portanto, partir das estruturas psíquicas dos seres humanos para poder explicá-lo satisfatoriamente.

⁸⁹ Cf. HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 253.

⁹⁰ Cf. MÉTALL, R. A. *Hans Kelsen. Leben und Werk. Eine autorisierte Biographie mit vollständigem Literatur- und Schrifttumsverzeichnis*, p. 176, apud HERRERA, C. M. *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 253.

⁹¹ Segundo Méttal, Kelsen chega a utilizar o termo de “parricídio intelectual”, emprestado à teoria freudiana, quando se defende de uma acusação de plágio feita por um de seus alunos mais próximos, Fritz Sander.

Seguindo esta idéia, Kelsen propõe uma crítica à obra de Freud intitulada *A Psicologia das massas e a análise do eu*, de 1921, em um texto publicado pela *Imago*⁹² e que tem por título *A noção de Estado e a psicologia social*.⁹³ Segundo Kelsen, Freud considera que “só existe a mente do indivíduo, e sua psicologia é, em todas as circunstâncias, uma psicologia do indivíduo.”⁹⁴ Mas, segundo Kelsen, se conferirmos às massas uma certa *ânim*a comparável àquela dos indivíduos, estaríamos justamente hipostasiando o comportamento de grupos, atribuindo-lhe algo que é próprio do ser individual apenas. Para Kelsen, não existem massas estáveis, duráveis, sólidas. Se assim o fosse, estabelecer-se-ia uma contradição com o objeto mesmo da psicanálise, a saber, o indivíduo.

Malgrado estas críticas pontuais, Kelsen multiplica as referências à psicanálise nos seus escritos políticos, conforme destaca Herrera.⁹⁵ Ele sustenta, por exemplo, que o equilíbrio da autocracia repousa sobre o recalque, a repressão dos sentimentos e preferências políticas em uma esfera comparável ao inconsciente do indivíduo, o que reforçaria uma certa disposição à revolução. A democracia seria mais tolerável que a autocracia porque permitiria uma distribuição do poder mais dispersa. Kelsen escreve que a democracia deve ser considerada na sua dimensão ideal, como “*uma sociedade matriarcal*” ou “*sem pai*”, mesmo se, na realidade, ela é uma sociedade “com vários pais”.

Kelsen e Freud partilham igualmente de um pessimismo em relação à natureza humana que parece vir de Schopenhauer.⁹⁶ Em *O mundo como vontade e representação*, Schopenhauer faz uma afirmação que parece sair da cabeça de Kelsen: “não se pode contar, da parte dos homens, com a moralidade pura, sobre com o respeito do direito inspirado em motivos morais, pois, de outro modo, o Estado seria coisa supérflua.”⁹⁷

⁹² A revista de psicanálise *Imago* foi criada por Freud em 1912.

⁹³ Esse texto encontra tradução para o português sob o título de “O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud”, *In: A democracia*. 2 ed., São Paulo: Martins Fonte, 2000. p. 301-344.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 317.

⁹⁵ Cf. HERRERA, , C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 253-260.

⁹⁶ Méttal lembra que o primeiro fundamento da visão pessimista de mundo de Kelsen advém da leitura de Schopenhauer já nos tempos do Liceu. Cf. *Ibid.*, p. 255.

⁹⁷ Cf. HERRERA, , C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 255.

Mas é sobretudo às idéias de Nietzsche, conforme informa Herrera, que Kelsen fará referência para resumir sua concepção pessimista da natureza humana nos seus escritos políticos, notadamente a concepção nietzscheana de vontade de poder (*Wille zur Macht*). Nesse sentido, Kelsen afirma que a exploração econômica é tão somente uma das manifestações, nem mesmo a mais importante:

[...] da vontade de poder, [...] a inabalável inclinação do homem a governar os outros, de impor sua vontade sobre os outros, de obter alguma coisa em prejuízo dos demais – e não somente num sentido econômico – de ser e valer mais que os outros, de ser sobre os outros.⁹⁸

Em sua biografia de Freud, Ernest Jones⁹⁹ relata que o pai da psicanálise apenas ocupou-se da teoria comunista na segunda metade dos anos vinte, época em que o livro de Kelsen *Sozialismus und Staat* conhecia já ampla divulgação e discussão em Viena. Portanto, pode-se depreender que é apenas na seqüência das considerações kelsenianas que Freud aplicará os princípios da psicanálise ao ideal do comunismo. Em *O mal-estar na civilização*, de 1930, Freud escreve: “[Para os comunistas] o homem é unicamente bom, ele quer apenas o bem de seu próximo; mas a instituição da propriedade viciou sua natureza.”¹⁰⁰ Para Freud, entretanto, uma sociedade construída sobre a abolição da propriedade jamais eliminará os traços indestrutíveis da natureza humana. Assim, seguindo à tradição do pessimismo antropológico, afirma ele:

[...] o homem não é este ser bondoso com o coração sedento de amor [...], mas, ao contrário, um ser que deve atribuir aos seus dados instintivos uma boa soma de agressividade. [...] O homem é, com efeito, tentado a satisfazer sua necessidade de agressividade às custas de seu próximo, de explorar seu trabalho sem indenizá-lo, de utilizá-lo sexualmente sem seu consentimento, de apropriar-se de seus bens, de humilhá-lo, de infringir-lhe sofrimentos, de martirizá-lo e matá-lo. *Homo homini lupus*: quem teria coragem, em face de todos os ensinamentos da vida e da história, de opor-se a esse adágio?¹⁰¹

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria política do socialismo (Die politische Theorie des Sozialismus)*, p. 129.

⁹⁹ JONES, Ernest. *A vida e a obra de Sigmund Freud*. São Paulo: Imago, 1989. v. 1, p. 52.

¹⁰⁰ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Imago, 2006. p. 66.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 64-65.

De modo semelhante ao que desenvolve Kelsen em seus diversos escritos acerca da democracia, Freud lança mão de argumentos que apresentam diversos pontos de convergência com a teoria política do jurista austríaco. Nesse sentido, em uma passagem que bem poderia ser atribuída a Kelsen, Freud sustenta que é preciso deixar de lado Deus e a religião na tentativa de justificar o Estado e “confessar honestamente a origem puramente humana de todas as instituições e prescrições da cultura.”¹⁰²

A partir dessas diversas considerações e aproximações entre a teoria política de Kelsen e alguns elementos que fundamentam a teoria psicanalítica em Freud, pode-se apreender o modo como a psicanálise, fundada a partir da idéia de inconsciente, pulsão e desejo humanos, fornece uma sólida base teórica ao artificialismo da concepção política kelseniana. Percebe-se, a partir desse cotejamento, a característica essencial da influência freudiana sobre a teoria política do jurista austríaco, ou seja, o fato de que a psicanálise aparece como o fundamento científico sobre o qual vai se basear o reformismo político de Kelsen.

Para finalizar essa análise, mostra-se oportuna uma última citação de Freud, na qual o fundador da psicanálise considera sua nova abordagem da autoridade como um obstáculo aos perigos de uma reviravolta violenta da ordem, à revolução:

Ao mesmo tempo em que cairia sua pretensão a uma origem sagrada, cessaria também a rigidez e a imutabilidade destas leis e ordenamentos. Os homens estariam em medida de compreender que elas (as leis) foram criadas menos para lhes dominar que no seu próprio interesse, eles teriam em relação a elas uma atitude mais amigável, e, ao invés de procurar aboli-las, eles procurariam somente melhorá-las.¹⁰³

Finalmente, não se deve objetar que tais considerações pessimistas (realistas) acerca da natureza humana não sejam senão um reflexo de um período inicial de desenvolvimento do pensamento kelseniano ainda marcado pela ascensão do nazismo e pelas suas políticas de extermínio, pois ainda nos anos cinquenta, em sua obra *What is Justice*, ele retoma o tema através de uma metáfora ilustrativa: “O

¹⁰² FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*, São Paulo: Imago, 1997. p. 59.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 59.

comportamento exterior do homem não se diferencia muito do (*sic*) animal: os peixes grandes devoram os pequenos, tanto no reino animal como no reino dos homens.”¹⁰⁴

A psicanálise apresenta, portanto, uma dupla função no aparato conceitual de Kelsen. De uma parte, ao aportar os fundamentos científicos ao pessimismo antropológico, ela dá um fundamento a uma concepção que se opõe a conceber uma sociedade sem dominação, sem coação, em resumo, sem Estado. De outra parte, considerando a autoridade como desprovida de toda sacralidade, ela a concebe como uma pura técnica. A via está assim aberta a um ponto de vista político reformista, uma vez que nenhum conteúdo é imutável.¹⁰⁵

3.3 Kelsen e o liberalismo

É comum considerar que a teoria política de Hans Kelsen encontra guarida na idéia da concepção política do liberalismo, principalmente se levarmos em conta as críticas kelsenianas das concepções políticas marxistas e conservadoras que podem fazer supor que o jurista austríaco seguiria o liberalismo como uma via média entre essas duas correntes do pensamento político. É possível mesmo afirmar que qualificar o pensamento de Kelsen como liberal foi quase um lugar-comum durante os anos 1920.¹⁰⁶

Assim, Hermann Heller, que partilhava com Kelsen simpatias por um socialismo reformista e democrático, considerava que a Teoria Pura fosse a absolutização metódica do liberalismo e a eliminação do Estado (*Freiheit von Staat*).¹⁰⁷ Iguualmente, o discípulo de Kelsen, Sander, considerava que os dogmas da teoria do direito público dominante dos quais a teoria de Kelsen não escaparia,

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. *O que é Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001 p. 9.

¹⁰⁵ Cf. HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997, p. 260.

¹⁰⁶ É o caso, por exemplo, de Carl Schmitt em *Teologia Política* e *O Guardião da Constituição*.

¹⁰⁷ Cf. HELLER, Hermann. La soberanía :contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 172.

pertenciam ao abecedário do liberalismo e não aos princípios de uma teoria da experiência jurídica.¹⁰⁸

Além disso, a grande multiplicidade de significações do termo “liberal” torna qualquer relação com a teoria kelseniana no mínimo complexa demais. Importa dizer que qualificar a teoria kelseniana de liberal significa isolar certos traços de sua teoria deslocando-os das situações históricas sob os quais foram formados. A análise das relações entre a sua teoria e o liberalismo político deverá mostrar que a congruência entre os dois pensamentos não é tão simples assim.

Para Schmitt,¹⁰⁹ o traço fundamental do liberalismo é a apoliticidade. Ele considerava que o sistema teórico do liberalismo não se interessava senão pela luta contra o poder do Estado na política interior. O liberalismo seria a fonte de uma série de métodos propícios a frear e a controlar este poder do Estado em proveito da liberdade individual e da propriedade privada transformando suas instituições em válvula de escape de segurança e mantendo a balança equilibrada entre a monarquia e a democracia. Segundo Schmitt:

El elemento propio del Estado de Derecho, con los principios: derechos fundamentales (como principio de la participación) y división de poderes (como principio orgánico), no implica, considerado em si mismo, forma de gobierno alguna, sino sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y de la relativización del poder del Estado.¹¹⁰

Aos olhos de Schmitt, a teoria de Kelsen conduziria a realização da negação liberal do Estado, frente ao direito e à ignorância do problema autônomo da efetivação do direito, pois efetivamente “La libertad no constituye nada” diz, citando Mazzini.¹¹¹

Schmitt estimava que, apesar das considerações práticas, o liberalismo não tinha absolutamente proposto argumentos novos. Para ele, a teoria normativa do Estado kelseniana seria a herança deste liberalismo. Mesmo a Constituição de

¹⁰⁸ Cf. HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997, p. 217.

¹⁰⁹ SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*, Petrópolis, Vozes, 1992. p. 88.

¹¹⁰ SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*. Salamanca: Alianza Editorial, 2001. p. 201.

¹¹¹ *Ibid.* p. 201.

Weimar sendo considerada, como a do México de 1917, como uma das primeiras expressões do constitucionalismo social, era póstuma, pois que realizava os ideais liberais do Estado de direito burguês.

Friedrich Hayek, que fora aluno de Kelsen, considerava Schmitt um extraordinário analista da política, mas não partilhava seu juízo sobre Kelsen. Hayek considerava o antigo professor não como um liberal, mas como um socialista, e entendia que o positivismo jurídico caracterizava-se como antiliberal¹¹².

Interessa, pois, analisar se existe uma oposição ao liberalismo da parte de Kelsen.

Para Kelsen o século XIX, assim como o liberalismo originário deste contexto, era um século dominado pela ciência da natureza e uma época apolítica. Segundo ele, existe uma perfeita correspondência entre a visão de mundo, a estrutura psicológica individualista e o liberalismo. O individualismo expressa a particularidade de um caráter que, não compreendendo o Estado, nega-o. O individualismo conduziria, dessa forma, à anarquia política e ao niilismo ético.¹¹³

Em Kelsen, o sentido da autoridade pertence ao modo de consideração especificamente normativo. A educação política deve despertar o querer consciente do Estado, e não apenas o amor do Estado, e isso o individualismo liberal e seu naturalismo científico são incapazes de promover. Querer que o Estado seja o representante do interesse geral, quando ele é apenas a organização de uma classe dominante, é uma ficção política. Por desenvolver-se sob a monarquia absoluta, o liberalismo vê o Estado como um mal, reduzindo-se a declarações de direitos do homem contra o Estado.¹¹⁴

¹¹² HAYEK, F. *Legislação, direito e sociedade*. São Paulo: Visão, 1985. Volume II. p. 80.

¹¹³ Cf. KELSEN, Hans. *Politische Weltanschauung und Erziehung*. p. 1505, in Klecatsky, H. Marcic, R. e Schambeck, R. (eds.). *Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Vienne: Europa Verlag, 2 v. 1968. Apud HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 218.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 1515.

Segundo o jurista austríaco, se o liberalismo tolera o Estado é porque a burguesia reconhece nele um instrumento eficaz para a proteção da propriedade privada. Contra a idéia de que o Estado seria o representante do interesse geral, ele escreve: “Se o liberalismo não nega completamente o Estado, mas o tolera, isso se deve ao fato de que ele reconhece uma defesa de sua sacrossanta propriedade privada.”¹¹⁵ É este critério que lhe faz considerar o Estado como um mal necessário, cuja ação deve ser mínima.

Em sua crítica à teoria política do marxismo dos anos 1920, Kelsen considera que Marx e Hegel herdaram uma concepção liberal do Estado própria do século XIX dominado pelas ciências naturais, na qual o Estado se resume em ser um instrumento da classe economicamente dominante. A teoria política do marxismo permaneceria prisioneira do dualismo liberal burguês entre Estado e sociedade civil. Segundo Kelsen:

[...] a despeito da luta de classes, crescente nesse período entre a burguesia e o proletariado, não existe oposição no que se refere à forma do Estado. Liberalismo e socialismo não apresentam diferença ideológica nesse aspecto.¹¹⁶

Essas considerações críticas colocam Kelsen, portanto, no oposto das teorias liberais tal como as definia Schmitt: o Estado como servidor da sociedade que, por sua vez, o mantém sob estrito controle. Entretanto, Kelsen havia afirmado no prefácio da sua tese de habilitação que:

Uma vez que meus resultados se aproximam, sob muitos pontos, daqueles da velha teoria liberal do Estado, não poderei, de nenhum modo, protestar quando, de certa maneira, se quer ver em meu trabalho um sintoma deste neoliberalismo que parece se expandir por toda parte.¹¹⁷

A teoria kelseniana se põe de algum modo enquanto superação do liberalismo, na medida em que ela se inscreve nessa vitória política da burguesia

¹¹⁵ KELSEN, Hans. *Socialismo e Stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*. Introduzione di Roberto Racinaro. In appendice: Marx o Lassalle, Mutamenti nella teoria politica del Marxismo Bari: De Donato editore, 1924. p. 138.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. Prefácio de *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrecht, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsstatze*. Tübingen: J. C. Mohr ed. 2 ed. 1911, p. XI. Apud HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, , 1997. p. 230.

através da legalidade. Entretanto, apenas enquanto Teoria Pura ela se emancipa de toda a idéia moral e vai até as extremas conseqüências do positivismo. Portanto, é preciso analisar algumas proposições da Teoria Pura à luz de alguns traços teóricos políticos constitutivos do pensamento político liberal.

É na medida em que a liberdade aparece como marco inicial teórico do liberalismo, e o individualismo como seu apêndice, que o pensamento de Kelsen dele mais se aproxima. Entretanto, embora a democracia tenha como essência a liberdade, sendo ela a dominante permanente de toda a especulação política e contraponto de todas as teorias da sociedade e de toda prática estatal, para o jurista austríaco trata-se, em todo caso, de uma liberdade natural, pré-social. Neste sentido negativo originário, o homem é livre somente fora do Estado e da sociedade. Para Kelsen, ao contrário, o conceito de liberdade deve de fato se transformar em autonomia política, em liberdade social ou política, deixando de ser, assim, uma liberdade negativa como o é a do liberalismo. A liberdade política seria entendida então como a “autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado [...]”¹¹⁸

Portanto, quando Kelsen critica Rousseau é para recriminar-lhe querer salvar a ilusão da liberdade individual em contradição, algumas vezes, com a idéia da vontade geral, que para o jurista austríaco é o termo antropológico que serve para designar a ordem estatal objetiva e válida independentemente da vontade de todos: “Por isso a existência da sociedade ou do Estado pressupõe que possa haver discordância entre a ordem social e a vontade daqueles que se lhe submetem.”¹¹⁹ A teoria do Contrato Social considera os homens livres e iguais e, por isso, não podem ser obrigados senão por sua própria vontade, o que sob o ponto de vista de Kelsen representa uma ficção:

Democracia significa que a “vontade” representada na ordem jurídica do Estado é idêntica às vontades dos sujeitos. O seu oposto é a escravidão da autocracia. Nela, os sujeitos são excluídos da criação

¹¹⁸ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In: A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 28.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 30.

da ordem jurídica, e a harmonia entre a ordem e as suas vontades não é garantida de modo algum.¹²⁰

Este conceito de Estado livre, de raízes russeunianas, tem um sentido histórico preciso enquanto última fase de transformação do conceito de liberdade. Conforme Kelsen, no Estado onde a participação no poder estatal toma o lugar da liberdade individual, à liberdade do indivíduo substitui-se a soberania do povo, ou, o que é a mesma coisa, a liberdade do Estado. Essa passagem marca, para Kelsen, a separação entre democracia e liberalismo.¹²¹

Kelsen diz também que a democracia sem opinião pública é contraditória em si mesma, e que, na medida em que a opinião pública reclama as liberdades intelectuais de imprensa, religião ou expressão, a democracia coincide com o liberalismo político, mas não necessariamente com o liberalismo econômico. A democracia moderna não pode se separar do liberalismo político no que concerne à proteção das minorias, à restrição do poder de governo ou à liberdade da ciência. Segundo Kelsen, o conceito de democracia sofreu influência do liberalismo político e de sua tendência a reduzir o poder do governo através da introdução das garantias da liberdade intelectual. Entretanto, na concepção kelseniana, existe mesmo certo antagonismo entre o princípio da democracia e o princípio do liberalismo. A democracia liberal seria apenas um tipo de democracia. O liberalismo significa a limitação do poder governamental para não importa qual tipo de governo e significa também a limitação de poderes democráticos, porque o elemento procedimental ocupa o primeiro plano, enquanto o elemento liberal permanece secundário. Kelsen afirma que essa liberdade é igualmente possível num sistema econômico socialista com a nacionalização dos meios de produção o que não exclui a existência de instituições que garantam a liberdade intelectual. Assim expressa o jurista:

É importante ter consciência de que o princípio da democracia e o do liberalismo não são idênticos, de que existe até mesmo certo antagonismo entre eles. Pois, de acordo com o princípio da democracia, o poder do povo é irrestrito, ou, como formula a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: 'O princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação.' É

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 406-407.

¹²¹ Cf. HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997, p. 222.

essa a idéia da soberania do povo. O liberalismo, porém, implica a restrição do poder governamental seja qual for a forma que o poder possa assumir. Também implica a restrição do poder democrático. Portanto, a democracia é essencialmente um governo do povo. O elemento processual fica em primeiro plano e o elemento liberal – enquanto conteúdo específico da ordem social – tem importância secundária. Até mesmo a democracia liberal é, em primeiro lugar, um processo específico.¹²²

Kelsen já havia defendido a idéia de que o princípio vital da democracia não era a liberdade econômica, mas a liberdade intelectual, isto é, a liberdade de imprensa, de religião, científica, que podem existir tanto numa democracia liberal como numa democracia socialista. Ele sustentava que a teoria pura eliminava da teoria do direito a liberdade ou a autonomia da pessoa física, a forma jurídica do dogma ético da livre vontade que o jurista austríaco considerava uma ilusão. Do mesmo modo, eliminava o dogma da soberania que desempenha o mesmo papel de uma liberdade do querer no que concerne às pessoas jurídicas.¹²³

Já em seus primeiros escritos sobre a democracia, o autor afirmava que:

Mesmo que o alcance do poder do Estado sobre o indivíduo fosse ilimitado, caso em que, portanto, a 'liberdade' individual seria completamente aniquilada e o ideal liberal negado, ainda assim seria possível a democracia, contanto que tal poder estatal fosse criado pelos indivíduos a ele submetidos.¹²⁴

Assim o princípio vital da democracia não é a liberdade econômica do liberalismo, mas a liberdade de expressar opiniões, a liberdade de consciência, a liberdade religiosa, o princípio da tolerância, e, especialmente, a liberdade da ciência conjugada com a crença em sua possível objetividade.

O jurista austríaco sustenta que a liberdade da democracia não é passível de aplicação, pois a realidade social consiste em poder e comando. A liberdade se torna uma ideologia. O fato de podermos democratizar os procedimentos para a seleção dos líderes não torna a vontade de dominação menos intensa pelo simples

¹²² KELSEN. Fundamentos da democracia. *In: A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 143.

¹²³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 411-412.

¹²⁴ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In: A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

fato de que ela emana de uma pluralidade de órgãos. Entretanto, se torna mais tolerável na medida em que está menos concentrada.

Tal crítica da ideologia da liberdade aparece igualmente na polêmica com o marxismo. Para Kelsen, tanto na base do anarquismo como na do socialismo marxista, existe a idéia moral da liberdade individual.

Entretanto, não é menos verdade que o ponto de partida de Kelsen é o indivíduo. Para Kelsen, o grande mérito da teoria freudiana foi de ter feito um trabalho prévio inestimável, reconduzindo, com uma eficácia sem precedentes, aos elementos da psicologia individual, as hipóstases de Deus, da sociedade e do Estado, o que se demonstra quando diz que:

Esse isolamento fictício efetua-se não tanto contra a vontade dos súditos quanto contra a vontade dos indivíduos que exercem o poder e que aparecem como simples órgãos de um sujeito hipostasiado de tal poder.¹²⁵

Então, no caso, não estamos absolutamente em presença de um individualismo de escolha racional. Ao contrário, a natureza do homem é, no fundo, irracional e ilógica, mas, sobretudo, o individualismo do jurista austríaco não tem nada de ontológico ou ético-político, na medida em que não existe indivíduo ou social fora do Estado. Neste sentido, ele observa que:

A importância realmente enorme da idéia de liberdade na ideologia política seria inexplicável se ela não proviesse das profundezas da alma humana, de onde provém também o instinto primitivo antiestatal que impele o indivíduo contra a sociedade. No entanto, por uma ilusão quase incompreensível, essa idéia de liberdade acaba por exprimir apenas uma determinada posição do indivíduo na sociedade.¹²⁶

Estando dado o ponto de partida individualista da teoria política kelseniana, é interessante mostrar que algumas vezes o conceito de “*classe*” é central na sua análise. Kelsen critica a idéia de *totaler Staat* (Estado Total) de Schmitt, pois, na medida em que este Estado total permanece um Estado que garanta a propriedade

¹²⁵ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 33.

¹²⁶ *Ibid.* p. 29.

privada dos meios de produção, ele continua sendo apenas uma máscara para a violenta contradição que se exprime na luta entre uma classe fora do Estado, o proletariado, contra outra que é o Estado, a burguesia, pois essa ordem continua garantidora dos interesses destes últimos. Kelsen expressa nestes termos:

[O Estado Total é] Uma ideologia que afirma uma unidade inexistente de Estado e sociedade, pois a luta de classes não ocorre como luta entre órgãos estatais, mas sim como luta que uma parte da sociedade – que não está no Estado porque não se identifica com ele -, conduz contra outra parte da sociedade que é o Estado, porque e na medida em que seu ordenamento garante os interesses dessa parte.¹²⁷

Sua análise dos Estados fascistas também se conduz em termos de classe, pois as teorias e práticas deste tipo de Estado exprimem a vontade de negar as oposições de classe que não são menos reais do que as de antes da ditadura. Ele rejeita as idéias daqueles que sustentam que o fascismo não é uma ditadura burguesa, afirmando que a base do fascismo não é menos que a supressão do socialismo e a supressão das exigências do proletariado. Além disso, o desenvolvimento do capitalismo do Estado pelo fascismo poderia ser o meio político pelo qual a burguesia está destinada a desaparecer enquanto classe, como demonstra o exemplo do socialismo.¹²⁸

Outro ponto sobre onde transparecem as relações da teoria kelseniana com o liberalismo é o da limitação do Estado. Para Schmitt, a limitação ou negação do Estado, pelo viés da liberdade individual, é a chave do liberalismo.¹²⁹

Pode parecer que Kelsen¹³⁰ coaduna-se com essa opinião quando, na sua polêmica com Schmitt, afirma que a função política da Constituição é de colocar limites jurídicos no exercício do poder, ou quando considera que a democracia é o governo que garante a maior liberdade individual possível. Entretanto, os estudos

¹²⁷ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição. In: *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271.

¹²⁸ Apud HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 224.

¹²⁹ Cf. SCHMITT, C. *O Guardiã da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 193 et seq.

¹³⁰ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

das principais proposições da teoria kelseniana mostraram que a escolhas são mais complexas.

Dentre as noções consideradas centrais para uma teoria que busca limitar o poder do Estado pelo direito está a do direito subjetivo. Para Kelsen, o direito subjetivo é apenas uma norma de direito objetivo com um conteúdo individual. Esse poder jurídico concedido ao indivíduo existe se for prescrito pelo Estado, mas não antes. Segundo o jurista austríaco, essa técnica é especificamente capitalista, pois construída sobre a propriedade privada e a consideração dos interesses individuais. Este tipo de dualismo objetivo/subjetivo da filosofia social individualista burguesa é de ordem ideológica e tem como objetivo impor limites ao conteúdo da ordem jurídica, em particular de uma ordem jurídica que não reconhece que os direitos subjetivos de propriedade não sejam considerados como uma verdadeira ordem jurídica.¹³¹

Ao contrário da teoria tradicional, Kelsen não acredita na existência de uma esfera não-política ou de interesse politicamente indiferente. Na Teoria Pura Kelsen¹³² aduz que todo e qualquer conteúdo pode tornar-se direito. A acusação de Schmitt - quando da polêmica sobre o problema do Guardião da Constituição - segundo a qual a introdução de uma corte de justiça para proteção da Constituição implicaria o reconhecimento de direitos subjetivos contra o Estado é ainda mais falsa quando se trata da concepção kelseniana. O jurista austríaco fala da garantia da Constituição como de um elemento do sistema de medidas técnicas que tem, por fim, assegurar o exercício regular das funções estatais. Assim expressa:

A busca político-jurídica por garantias Constitucionais, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal.¹³³

¹³¹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martin Fontes editora, 2006, p. 140 et seq.

¹³² *Ibid.* p. 113 et seq.

¹³³ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição. *In: Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239.

No sistema concebido por Kelsen para ser aplicado na Áustria, os particulares não tinham o direito de acesso a corte constitucional. Além disso, Kelsen é crítico da teoria da separação dos poderes concebida como uma balança destinada a impedir os abusos do Estado, que para ele caracterizava-se como um dogma não-democrático, núcleo da ideologia da monarquia constitucional e que tinha como verdadeiro objetivo, depois de Montesquieu, conservar ao monarca uma participação na função legislativa pela via da execução, o que impediria que os órgãos legislativos populares pudessem estabelecer uma supremacia. Mesmo que a divisão de poderes possa ser às vezes um instrumento democrático que impeça a concentração do poder ao possibilitar a pluralidade dos sujeitos, permanece, ainda, um dogma da monarquia constitucional. Segundo a concepção kelseniana, não há separação possível, mas dicotomia, esta mesma relativa, entre criação e execução do direito:

Se enxergamos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda a sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou de outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação.¹³⁴

O princípio de separação dos poderes, tanto sendo compreendido no sentido literal, como interpretado como um princípio de divisão de poderes, não poderia ser essencialmente democrático para Kelsen, pois não supõe a concentração do poder no povo. As razões para que uma constituição democrática estabeleça tal função são de cunho histórico e não de cunho democrático.¹³⁵

¹³⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição. In: *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 251.

¹³⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 403.

Enfim, é em relação ao conceito de Estado de direito que a concepção kelseniana é oposta à idéia de limitação do Estado. Kelsen denuncia o dualismo próprio à teoria tradicional que serviria, segundo ele, tanto para restringir o conteúdo da ordem estatal e a não reconhecer como direito as ordens estatais que não têm certo conteúdo, em particular liberal-capitalista, como para legitimar o Estado através de um direito superior. A teoria da autolimitação do Estado, que sustenta que o Estado deve se submeter ao direito que ele criou, não pode escapar a contradições lógico-sistemáticas, porque se o Estado como potência pode fazer tudo, como pode ser obrigado a fazer apenas o que a ordem jurídica autoriza ou obriga? Para a Teoria Pura, todo direito é direito do Estado, pois todo Estado é Estado de direito, mesmo o Estado mais policial.¹³⁶

Entretanto, para Hayek¹³⁷, a teoria de Kelsen atribuía a qualquer ordem a dignidade de ser uma ordem jurídica, noção esta que deveria, para um filósofo liberal, ser reservada a uma ordem apreciada pela liberdade individual que ela proporciona, o que implica certa restrição no emprego da força. A lei apareceria, assim, em Kelsen, como uma técnica social de emprego da força.

Já para o jurista austríaco, o Estado de direito não se compreende por oposição ao exercício da força ou do arbítrio. A idéia de que haveria um limite absoluto ao Estado em uma liberdade nata e inviolável do indivíduo é para Kelsen apenas um postulado do direito natural. Para Kelsen não haveria nem mesmo um ponto de vista puramente técnico que possibilitasse reconhecer limites absolutos ou limites naturais ao poder do Estado.¹³⁸

Quanto ao parlamentarismo, é possível ver de que modo Kelsen o defende como um princípio técnico, aceitando que o sistema comporta uma limitação da democracia considerada por ele como necessária e como a única forma real pela qual o ideal democrático pode-se realizar frente à impossibilidade material da democracia direta. Trata-se de um compromisso entre a autodeterminação política e a divisão técnica do trabalho no qual a liberdade se amalgama com os elementos

¹³⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martin Fontes 2006. p. 309 et seq.

¹³⁷ HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo: Visão, 1985. Volume II. p. 40.

¹³⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12.

estranhos, tais como o princípio da maioria, a formação direta da vontade e a divisão do trabalho:

Para uma república democrático-parlamentar, o problema do parlamentarismo é um problema de existência, pois, do fato do parlamento ser ou não um instrumento para resolver os problemas sociais de nosso tempo depende a própria existência da *democracia* moderna. É verdade que parlamentarismo e democracia não são a mesma coisa; é cogitável uma democracia sem parlamento: a chamada democracia direta - isto é, a formação da vontade estatal na assembleia do povo - é praticamente impossível. Não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo não seja a única forma *real* possível em que se possa realizar-se, na realidade social hodierna, a idéia da democracia; por isso, a condenação do parlamentarismo é, ao mesmo tempo, a condenação da democracia.¹³⁹

Kelsen vê na legitimação do Parlamento como representante popular apenas uma ficção utilizada para justificar sua existência e que mascara a limitação que significa para o povo o não-exercício direto da sua vontade. O Parlamento, ainda que eleito pelo povo, não o representa, ele é um órgão do Estado.¹⁴⁰

Para diminuir esta distância entre parlamento e vontade popular, Kelsen propõe uma série de instrumentos, tais como o referendo, a iniciativa popular, a revogação de mandatos, a responsabilidade de deputados, etc. O jurista austríaco atribui ao parlamento a qualidade de sistema de conselho enquanto meio específico de caráter técnico-social para a produção da ordem social.

Kelsen se junta aos teóricos do socialismo reformista na crença de que o Parlamento abre o caminho do poder ao proletariado. O Parlamento que se desenvolveu como forma política durante os séculos XVIII e XIX permitiu a emancipação da classe burguesa através da supressão dos privilégios da aristocracia, e, no período em que Kelsen escreve, conduziu ao reconhecimento da igualdade de direitos políticos em proveito do proletariado. Tais oportunidades permitem o começo da emancipação moral e econômica do proletariado em relação à classe capitalista. Assim, afirma Kelsen:

¹³⁹ KELSEN, Hans. O problema do parlamentarismo. *In: A democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 112.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 113.

O parlamentarismo, forma política dos séculos XIX e XX, podia indubitavelmente reclamar para o seu ativo resultados realmente importantes, tais como a emancipação completa da classe burguesa mediante a supressão dos privilégios; em seguida, o reconhecimento da igualdade dos direitos políticos do proletariado e, com isso, o início da emancipação moral e econômica desta classe diante da classe capitalista.¹⁴¹

Por isso que Kelsen interpreta os ataques anti-parlamentares dos anos 1920 como a expressão da reação da burguesia com o fim único de impedir o proletariado de chegar ao poder. Ele via na técnica parlamentar uma forma de evitar a forma violenta de reforma social:

Pois então a democracia é o ponto de equilíbrio para o qual sempre deverá voltar o pêndulo político, que oscila para a direita e para a esquerda. [...] E, se há uma forma política que ofereça a possibilidade de resolver pacificamente esse conflito de classes, deplorável mas inegável, sem levá-lo a uma catástrofe pela via cruenta da revolução, essa forma só pode ser a da democracia parlamentar, cuja ideologia é, sim, a liberdade não alcançável na realidade social, mas cuja realidade é a paz.¹⁴²

Do outro lado, Schmitt considerava - residindo aí, sem dúvida, fundamentos de sua polêmica anti-parlamentar - que o proletariado não poderia integrar o Parlamento, pois que consistia numa massa não-possuidora e não-educada, diferentemente da burguesia do Estado monárquico.

Para Schmitt, não se poderia dominar politicamente a nova situação criada pela emergência do proletariado e recriar a unidade política do povo do Estado alemão, senão excluindo os liberais.¹⁴³

Por outro lado, a crença em uma harmonia social pré-estabelecida cujo alcance varia segundo as diversas tradições liberais, mas que exprimem a idéia de que o interesse geral se realiza através dos interesses particulares, é um traço

¹⁴¹ KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In: A democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 45.

¹⁴² KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In: A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 78.

¹⁴³ SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Salamanca: Alianza Editorial, 2001. p. 234 et. seq.

essencial da política do liberalismo. Segundo Hayek,¹⁴⁴ a sociedade adquiriu, apesar de uma longa evolução, a capacidade de se auto-regular de maneira harmoniosa. O liberalismo como doutrina deriva da descoberta dessa ordem espontânea.

A harmonia natural de interesses ou de interesses comuns ou unidades de interesses é desprovida de sentido. Poderíamos apenas estabelecer compromissos com duração limitada e sempre renováveis. Isso porque a harmonia do compromisso, que é central na concepção da democracia em Kelsen, não se confunde com a crença em uma harmonia social, pois “existe apenas um grupo de governantes que quer fazer parecer seus interesses particulares como interesses gerais.”¹⁴⁵

Mesmo afirmando que democracia é a discussão, a temática kelseniana não é também a do compromisso metafísico do qual falava Schmitt e que constituía a essência do liberalismo para o jurista alemão, a saber:

O verdadeiro perigo do instável Estado de coalizão partidário, que deve ser combatido com as autonomizações despolitizantes, reside na mesma direção, pois também o sistema pluralista com seus contínuos acordos entre partidos e grupos parlamentares, transforma o Estado em uma justaposição de acordos e contratos, por meios dos quais os partidos respectivamente partícipes da operação de coalizão repartem entre si todos os cargos, rendimentos e vantagens segundo a lei da cota-parte e sentem a paridade, que aí observam, ainda, porventura, como algo justo. A Constituição de um Estado governado por tais métodos da volição política reduz-se a frase *pacta sunt servanda* e a proteção dos “direitos adquiridos”. Isso faz parte da consequência de todo sistema pluralista.¹⁴⁶

Para Kelsen, a solução dos conflitos de interesses humanos pode consistir em dar satisfação a um dos interesses às expensas dos outros, ou a conseguir um compromisso entre os interesses opostos. Não é possível provar que uma ou outra solução seja justa. O compromisso kelseniano explica, pois, a solução de um conflito por meio de uma norma:

¹⁴⁴ HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo: Visão, 1985. Volume II passim

¹⁴⁵ Seção de 1928 de L'institute de droit Public R.D.P. 1928 p. 784. Apud HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 230.

¹⁴⁶ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 159-160.

O *relativismo filosófico*, partindo da impossibilidade de reconhecer uma verdade ou um valor absolutos e, por isso mesmo, alheio a exigência, para uma concepção qualquer, de um valor que exclua todas as outras e seja, por assim dizer, autoritário, e sempre propenso ao contrário, a considerar a concepção contrária ao menos possível, acha-se fatalmente impelido na direção daquele método dialético que deve primeiro deixar as opiniões antitéticas se manifestarem, para depois procurar uma compensação mediadora entre dois pontos de vista, nenhum dos quais pode ser adotado integralmente e sem reservas, com a total negação do outro. No fundo, acaso não é este o mesmo método do parlamentarismo democrático, com seu reconhecimento do direito da minoria e seu procedimento antitético-dialético voltado para a consecução de um compromisso?¹⁴⁷

Na realidade, a temática do compromisso em Kelsen se escreve na estratégia social-democrata, porque o compromisso aparece como uma via para contornar uma mudança violenta das estruturas para favorecer uma transformação pacífica e gradual.

Quanto às relações mantidas entre liberalismo e propriedade privada, Kelsen sustenta que a propriedade privada e a liberdade contratual eram efetivamente as verdadeiras bases do liberalismo do século XIX que, por sua vez, sustentava que o Estado não deveria intervir, senão para protegê-los. Entretanto, mesmo tendo a ação estatal aumentado bastante no capitalismo à época de Kelsen, a liberdade econômica é sempre considerada, na tradição liberal, como elemento constitutivo da definição da democracia:

O resultado da análise precedente nos mostra que as tentativas de demonstrar a existência de uma relação essencial entre liberdade e propriedade, assim como todas as outras tentativas de estabelecer uma relação mais estreita entre democracia e capitalismo, mais do que entre democracia e socialismo, ou até mesmo a compatibilidade exclusiva da democracia com o capitalismo, falharam. Nossa tese, portanto, é a de que, enquanto sistema político, a democracia não está necessariamente vinculada a um sistema econômico específico.¹⁴⁸

Para Kelsen, portanto, a liberdade econômica não é essencial para a democracia. A única liberdade essencial à democracia é a liberdade intelectual. A

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. O problema do parlamentarismo. In: *A democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.134.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 297.

democracia, na concepção kelseniana, é uma forma política que não está necessariamente ligada ao sistema econômico definido. Se ela foi realizada até agora pelos sistemas capitalistas, e se a experiência soviética não foi democrática, isso não prova nada e nada impede a possibilidade futura de uma combinação entre democracia e coletivização.

Kelsen aceitava a idéia de que a coletivização dos meios de produção poderia acarretar uma limitação da liberdade espiritual do homem, proibida pelas constituições capitalistas. Mas, factualmente, o capitalismo também restringe a liberdade do indivíduo e da tolerância ao submetê-los às leis econômicas. Para Kelsen, a prova de que existe uma conexão essencial entre capitalismo e democracia somente ocorreria se fosse mostrado que a propriedade e a liberdade estão incondicionalmente unidas, e historicamente os dois ensaios mais importantes da filosofia política neste aspecto são o de Locke e Hegel, os quais o jurista austríaco julgava insuficientes e ideológicos:

A relação essencial existente, segundo Locke, entre o direito do homem à liberdade e seu direito à propriedade individual baseia-se no Direito natural, do qual ambos os direitos são inferidos. Locke chega a seus resultados através da aplicação do método específico da doutrina do Direito natural, que, nas últimas décadas, voltou a ocupar o primeiro plano do pensamento jurídico e político e é considerado por algumas autoridades reconhecidas como um sólido baluarte na defesa da democracia contra a autocracia comunista. Contudo, dificilmente poderemos nos apoiar nele, pois com base na doutrina do Direito natural, e com seus métodos específicos, também se provou que a propriedade privada é contrária à natureza e constitui a origem de todos os males sociais.¹⁴⁹

E quanto a Hegel, complementa Kelsen:

É com finalidade inequivocamente política, a saber, o combate ao comunismo, que a propriedade é interpretada por meio de uma absurda hipostatização enquanto corporificação da liberdade.¹⁵⁰

Na filosofia política de Locke, segundo a análise de Kelsen, a liberdade significa a propriedade do homem sobre si mesmo, mas é o conceito de propriedade

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. *In: A democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 287-288.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 293.

que inclui o de liberdade, no qual ele vê a prova no fato de que a defesa da propriedade é a finalidade primordial da sociedade civil e que ela é um direito mais absoluto do que a vida mesmo.¹⁵¹

Segundo Hegel, para que a liberdade humana não permaneça como algo abstrato deve ser transmitida a uma coisa exterior para que possa existir como idéia. Entretanto, ela deixa de ser a personificação da liberdade quando o problema da igualdade de propriedade aparece, pois, se os homens são iguais e livres enquanto pessoas, e se a propriedade é a personificação da liberdade, então a propriedade deve ser igual para todo mundo.¹⁵² Segundo Kelsen, considerar que o Estado deva respeitar os direitos adquiridos é um dogma político das classes dominantes para conservar seu poder. Para o jurista austríaco, os direitos adquiridos podem ser limitados ou suprimidos pelas normas e a indenização, em caso de desapropriação, não se deduz da natureza do direito adquirido, mas da existência de uma eventual norma positiva.

Na concepção política kelseniana não é, pois, necessário que o Estado tome primeiramente uma decisão no sentido da liberdade burguesa, liberdade pessoal, propriedade privada, etc., como Schmitt pensava a propósito das constituições do Estado burguês de direito dos quais ele tinha Kelsen por um dos teóricos. Muito pelo contrário, o jurista austríaco afirma que a garantia da liberdade pessoal e a instituição da propriedade privada não são elementos essenciais do direito.

Por aquilo que foi dito mostra-se que a Teoria Política de Kelsen parece longe da concepção do liberalismo, notadamente na versão de Hayek. Entretanto, podemos supor que o jurista austríaco é, em razão dos traços realistas do seu pensamento, um liberal desencantado e pessimista que considerava que, em um mundo efetivamente dominado pela técnica, o socialismo era inevitável pela própria evolução capitalista, como também pensava seu amigo Joseph Schumpeter, economista liberal austríaco.¹⁵³

¹⁵¹ *Ibid.* p. 287.

¹⁵² KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 290 et seq.

¹⁵³ HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 232.

Os pontos de acordo existentes entre as idéias de Kelsen e de Schumpeter nunca passaram despercebidos, especificamente as relações entre a Teoria Política kelseniana e a concepção da democracia como método em Schumpeter. Este era um liberal lúcido, realista, que atacava certos dogmas da tradição do liberalismo. Em particular ele reivindicava uma visão mais realista do Estado que aquela que o tinha como um meio exclusivo de dominação de uma classe sobre a outra. Segundo ele, o Estado reflete sempre a relação de forças sociais sem ser unicamente o reflexo dessa relação.

É sobretudo em sua obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, de 1948, que Schumpeter critica as definições materiais da democracia e da tradição liberal clássica, sublinhando o seu caráter formal e instrumental. Para Schumpeter:

A Filosofia da democracia do século XVIII pode ser expressa da seguinte maneira: o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade.¹⁵⁴

Assim, a democracia seria um instrumento para os eleitores em se darem chefes. Schumpeter criticava particularmente a teoria clássica da democracia. Ele atacava em particular o conceito de “soberania popular” e sustentava, como Kelsen, que o parlamento “é um órgão do Estado”. Como o jurista austríaco, também ele considerava que burocracia não era um obstáculo para a democracia, mas um complemento inevitável. Essa concepção da democracia enquanto método político baseado na concepção política conduziu Schumpeter a sustentar que a democracia não é um fim em si mesmo. Em particular, ele observava que a democracia não favorecia sempre um ideal específico, mesmo a liberdade individual ou a liberdade de consciência.

O jurista austríaco nutria em relação ao socialismo democrático muito mais simpatia do que Schumpeter. Este, por sua vez, o considerava como inevitável, mas não desejável. Se nas reflexões schumpeterianas o socialismo poderia ser

¹⁵⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 305.

inevitável, pelo fato mesmo da evolução burocrática do mundo moderno, não se trata de um prognóstico.

Segundo Kelsen, ainda que Schumpeter não pretenda negar a possibilidade de uma democracia socialista, procura provar “que o capitalismo é um sistema econômico mais apropriado à democracia do que o socialismo.”¹⁵⁵ Isso porque a teoria da economia colocava o foco sobre a problemática, herdada diretamente da teoria econômica liberal, da competição ou concorrência para a direção política. Kelsen critica a noção de democracia em Schumpeter que segundo o autor da Teoria Pura do Direito substitui a definição da democracia como governo do povo por aquela de governo estabelecido através da concorrência.

Entretanto, aos olhos de Kelsen, o critério primário do governo do povo permanece, e este pode exercê-lo diretamente, ou por intermédio de representantes escolhidos em eleições livres. Para o jurista austríaco, a luta competitiva pelo voto do povo é uma consequência das eleições livres, não seu objeto. Deste ponto de vista, ele sublinha que na democracia direta não há eleições. Kelsen sustentava que o sistema eleitoral mais democrático é aquele que elimina ou reduz ao mínimo o sistema de representação proporcional pela obtenção de sufrágio popular. Na concepção kelseniana, este sistema é a maior aproximação possível do ideal de autodeterminação em uma democracia representativa, conseqüentemente, o sistema eleitoral mais democrático em razão justamente da não-exigência de uma luta competitiva pelo voto do povo.¹⁵⁶

A crítica a teoria de Schumpeter deixa claro a ligação kelseniana com a democracia direta. Com efeito, este último entende que o governo em uma democracia direta é certamente menos eficiente do que o governo numa democracia indireta. Entretanto, o primeiro é mais democrático do que o segundo.¹⁵⁷

Para o jurista austríaco a democracia, enquanto método baseado na idéia de que a ordem é criada por aqueles que estão submetidos, realiza sempre o ideal da

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 281.

¹⁵⁶ Cf. *Ibid.*, p. 139 et. seq.

¹⁵⁷ Cf. *Ibid.*, p. 139 et. seq.

liberdade compreendida como autodeterminação política, o que implica a garantia das liberdades intelectuais como a liberdade de consciência ou de imprensa que avalizam a participação do indivíduo na criação da ordem jurídico-política. Se uma ordem social determinada não realiza estes ideais, isso não significa simplesmente que essa ordem não é um sistema democrático.

Concluindo, do final da análise das críticas kelsenianas sobre as teorias políticas do marxismo, do liberalismo e do conservadorismo sobressai-se que o formalismo da Teoria Pura apresenta uma via política incontestável. Primeiramente face ao marxismo, quando Kelsen insiste no caráter inelutável da dominação política. Em seguida, face às teorias conservadoras, seguindo a utopia reacionária de um Estado expressão da unidade da comunidade pelo fato da estrutura de classe do capitalismo. Enfim, face ao liberalismo, quando ele denuncia a ideologia dos direitos subjetivos e da liberdade absoluta que exprimem freqüentemente uma posição de classe. Assim, as críticas às concepções políticas em seu tempo podem ser analisadas em sentido realista e anti-ideológico. Em particular, contrariamente à concepção política, parece que o liberalismo que rege certas proposições da Teoria Política de Kelsen seja do tipo “cultural” e não político, na medida em que o momento estatal permanece fundamental:

No sentido original de liberdade, só é livre quem vive fora da sociedade e do Estado. A liberdade, no sentido original, só pode ser encontrada naquele “estado natural” que a teoria do Direito natural do século XVIII contrastava com o “estado social”. Tal liberdade é a anarquia. Portanto, para fornecer o critério de acordo com o qual são distinguidos diferentes tipos de Estado, a idéia de liberdade deve assumir outra conotação, que a original, negativa. A liberdade natural transforma-se em liberdade política. Essa metamorfose da idéia de liberdade é da maior importância para todo o nosso pensamento.¹⁵⁸

É por isso que a Teoria kelseniana, concebida por um liberal como Hayek, era assim considerada:

É uma ideologia surgida do desejo de conseguir completo controle sobre a ordem social, e da idéia de que temos o poder de determinar

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 407.

deliberadamente, do modo como bem entendermos, todos os aspectos dessa ordem.¹⁵⁹

Se para Hayek, a sociedade representa o geral e o global por oposição ao Estado, que, enquanto organização, tem seus objetivos específicos e limitados, para Kelsen não existem relações sociais sem a estrutura do Estado, o que destruiria toda teoria política e mesmo toda teoria social.

Essas críticas kelsenianas ultrapassam o quadro de uma teoria das formas políticas, de uma parte porque elas desenvolvem elementos de uma antropologia que parece ultrapassar a orientação epistemológica; de outra, porque alguns dos pressupostos teóricos parecem orientados desde um ponto de vista político-partidário, notadamente na crítica ao marxismo. São fundamentos não-epistemológicos deste formalismo que importa analisar adiante.

Embora na maior parte das vezes a concepção kelseniana tenha sido analisada nos termos positivistas, e que sua preocupação maior era epistemológica, o autor austríaco sustentava que a Teoria do Estado estaria sempre à mercê da posição que adota o teórico em relação a algum grupo de interesses representado por ele em relação a seu Estado.¹⁶⁰

Tal fato impossibilitaria uma ciência objetiva do Estado. Kelsen considerava que uma teoria verdadeiramente anti-ideológica deveria reconhecer o caráter ideológico de seus próprios resultados. Mas é obrigatório constatar que, com exceção de algumas alusões ao pacifismo ou à democracia, sobretudo nos anos 1920, ele jamais foi tão longe nessa perspectiva. Apesar de sua pretensão puramente conceitual, é possível observar que a crítica que ele endereçou às principais concepções políticas do século XX faziam aparecer outros pressupostos além daqueles puramente epistemológicos, em particular, algumas análises conceituais, que estabeleciam contatos com pontos de vista político-partidários.

¹⁵⁹ HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo: Visão, 1985. Volume II. p. 67.

¹⁶⁰ HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 238.

Compreender a teoria política de Kelsen para além dessas referências epistemológicas, mais exatamente substituir estes fundamentos epistemológicos em suas conseqüências mais amplas, demonstrará que não serão necessariamente contrárias a tais fundamentos ou ao seu relacionismo. Mas sua significação terá uma luz mais complexa.

O conceito de *Weltanschauung*, traduzido nas línguas latinas pela expressão “visão de mundo”, apresenta uma importância central no pensamento kelseniano, mesmo se a maior parte dos comentadores da Teoria Pura sempre passou em silêncio sobre isto.¹⁶¹ O conceito de *Weltanschauung* se tornou central na filosofia e mesmo na cultura alemã até o ponto em que Karl Mannheim lhe consagrou um estudo metodológico a fim de determinar o lugar que ocupava no quadro da ciência e da cultura, e, em particular, na história da arte.¹⁶²

Mannheim se interrogava sobre a possibilidade de determinar de modo objetivo e científico a visão de mundo própria de uma época. A problemática das visões de mundo implicava, segundo ele, uma emancipação gradual da investigação da história da metodologia orientada pelas ciências naturais. Ele sustentava que o conceito de substância, expulso por aquele de “função”, entrava a partir de agora não apenas no “como” das coisas, mas igualmente no como as coisas são.

Precursor de Mannheim, Dilthey entendia que as visões de mundo não eram produtos do pensamento. Para Dilthey, com efeito, a visão de mundo faz referência a uma época, e é nessa medida que a filosofia alemã considera que a visão psicológica é insuficiente, devendo ser complementada por uma análise dos fatos históricos. Dilthey afirma, com efeito, que as visões de mundo, apresentam uma mesma estrutura:

Esta consiste sempre numa conexão em que, sobre a base de uma imagem cósmica, se decidem as questões acerca do significado e do sentido da vida e daí se deduzem o ideal, o sumo bem, os princípios supremos da conduta da vida.¹⁶³

¹⁶¹ HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 239.

¹⁶² *Ibid.*, p. 239.

¹⁶³ DILTHEY, Wilhelm. *Teoria das Concepções do Mundo*. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 116.

Com efeito, a maneira de Dilthey estabelecer as visões de mundo a partir de uma intuição do ser na vida, seria a fundação do arbitrário e do racionalista como problemas de concepção de mundo. A tipologia psicologista-histórica da visão de mundo de Dilthey inaugura, segundo Lukács, uma modalidade da filosofia burguesa em que a tipologia psicológica aparece como a expressão de um puro relativismo que nega a existência de leis na história. É nessa medida que Lukács considera que a Psicologia das visões de mundo de Jasper, é uma tentativa de realizar o problema diltheriano de uma tipologia das visões de mundo radicalizando o seu subjetivismo.

Se essas referências podem dar uma idéia do caráter operatório da visão de *Weltanschauung* no interior da filosofia de língua alemã no primeiro quarto do século, devemos notar que este conceito havia já recebido uma abordagem teórica em George Jellinek, que fala, em sua *Inaugural-Dissertation*, de 1872, sobre “As visões de mundo em Leibniz e Schopenhauer.”

Jellinek baseava a essência da *Weltanschauung* opostas dos dois filósofos, respectivamente otimista e pessimista, no caráter de cada um e na atmosfera do tempo nos quais viviam. Segundo Jellinek, duas visões de mundo opostas teriam mais ou menos aparecido na história dos povos. De uma parte a visão de mundo universalista, racionalista, que acreditava na harmonia da ordem do mundo e conduzia ao otimismo, do qual fazia parte Leibniz. De outra parte, uma visão de mundo subjetivista, segundo a qual o indivíduo representa a totalidade do mundo e que desemboca no pessimismo, como é o caso de Schopenhauer.¹⁶⁴

A referência à noção de visão de mundo que Kelsen utilizaria a explicar fundamentos teóricos das diversas concepções políticas aparece desde muito cedo. Já em seu primeiro livro sobre a teoria do Estado de Dante, de 1905, o jurista austríaco sublinha a importância da visão de mundo do *principium unitatis* da Idade Média na teoria do Estado da época. O paralelo entre ciência, política e *Weltanschauung* constitui uma referência constante no pensamento de Kelsen. O jurista austríaco faz uma primeira referência neste sentido bem cedo, desde a sua tese de habilitação *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, apresentada na

¹⁶⁴ HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997. p. 240.

Universidade de Viena em 1911. Dois anos mais tarde, num ensaio intitulado *Politische Weltanschauung und Erziehung* (Visão política de mundo e educação), o desenvolvimento dessa noção se torna mais denso. Kelsen especifica sua análise, em particular, em relação a um dos temas centrais em sua teoria política, a democracia, e isso ao longo dos seus escritos dos anos 20, desde *Essência e valor da Democracia*.

3.4 Kelsen e a visão de mundo (*Weltanschauung*)

O conceito de visão de mundo aparece em Kelsen em sua primeira obra científica, mas é alguns anos mais tarde que ele desenvolverá a relação entre visão de mundo e conhecimento, notadamente em seu artigo já citado sobre “*visão política do mundo e educação*”. Para o jurista austríaco, toda *Weltanschauung* enraíza-se, em última análise, na particularidade de um caráter, e é por isso que ela entra em relação com uma concepção de vida determinada (que é a relação com o outro), pois ela também é determinada por um caráter. Para Kelsen, o caráter (*Charakter*) é a fonte das visões de mundo:

Uma tipologia das doutrinas políticas e filosóficas deve, finalmente, resultar em uma caracterologia, ou, pelo menos, as primeiras devem tentar combinar seus resultados com as segundas. Pelo fato de ser o mesmo ser humano que tenta interpretar suas relações com seus semelhantes e a ordem dessas relações, bem como sua relação com o mundo em sentido amplo, podemos pressupor que um credo político definido estará coordenado com uma visão definida do mundo. Mas, exatamente pelo fato de ser na alma do ser humano empírico e não numa esfera de razão pura que se originam a política e a filosofia, não devemos esperar que uma visão política definida esteja sempre, e em toda a parte, associada ao sistema filosófico que por lógica lhe corresponde.¹⁶⁵

A partir dessa definição, o jurista austríaco tenta descrever pela primeira vez os tipos de caráter portadores das visões de mundo. É assim que ele considera que

¹⁶⁵ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 162-163.

“o universalismo” é próprio de uma concepção psíquica marcada por uma consciência do “eu” relativamente fraca, que mantém uma relação de unidade harmônica e não de oposição com o Estado, a sociedade e o mundo. Neste sentido, este caráter apresenta uma visão altruísta da vida. No interior do caráter, que corresponde à visão de mundo individualista, o “eu” é, ao contrário, muito forte; ele se encontra no centro do mundo. Conseqüentemente ele entra, necessariamente, numa posição de hostilidade com o Estado, com a sociedade e com o estranho ao “eu”. Este caráter está ligado, para Kelsen, a uma concepção da vida egoísta anti-social e apolítica.

Nos anos que seguem àquele ensaio, o jurista austríaco não aprofundará a sua análise do caráter humano, mas os lembrará nas conclusões de todas as suas obras sobre a soberania, a democracia e o Estado:

As diferentes idéias sobre o relacionamento que existe ou deveria existir entre o próprio Estado e os outros Estados são estreitamente ligadas às teorias da natureza do Estado, compatíveis, respectivamente, com os tipos democrático e autocrático de personalidade. Este último com sua autoconsciência hipertrófica baseada em sua identificação com um autocrata poderoso, está predestinada a defender a doutrina de que o Estado é uma entidade diferente da massa dos seres humanos individuais, uma realidade supra-individual e, de certo modo, coletiva, um organismo místico e, como tal, uma autoridade suprema, a realização do valor absoluto [...] Diametralmente oposta a esta concepção do Estado e de suas relações com os outros Estados é a teoria segundo a qual o Estado não é uma misteriosa substância diferente de seus membros, isto é, os seres humanos que constituem o Estado, não sendo, portanto, uma realidade transcendente para além do conhecimento racional e empírico, mas uma ordem normativa específica que regula o comportamento mútuo dos homens [...] De tudo o que foi dito antes, decorre que esta teoria política antiideológica, racionalista e relativista corresponde ao tipo intelectual que foi descrito como democrático.¹⁶⁶

Em seu livro *Das Problem der Souveränität* (o problema da soberania), Kelsen reafirma que uma determinada visão de mundo sempre está ligada a uma visão da vida, a uma teoria do conhecimento e a uma concepção ético-política específica, pois que elas se enraízam na especificidade de um único e mesmo caráter:

¹⁶⁶ KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 192-194.

É o mesmo homem que escolhe, sob a base das determinações últimas e controláveis entre as visões de mundo e da vida que aparecem, tomando assim uma decisão que permanece incontrolável para a ciência objetiva.¹⁶⁷

Nessa mesma obra, Kelsen afirma fortemente a co-relação entre um ponto de vista ético-político específico e a teoria do conhecimento. De fato, é a oposição entre uma visão de mundo objetivista e uma visão de mundo subjetivista que ele utiliza para explicar, em última análise, a oposição entre uma concepção jurídica que dá primado à ordem jurídica internacional e uma outra concepção que considera a ordem nacional como absolutamente soberana.

Na conceitualização do jurista austríaco, a visão subjetivista do mundo e do conhecimento parte de um eu soberano para abordar o conhecimento do mundo. Ela é, pois, um solipsismo. Já na teoria do direito Internacional, corresponde à teoria do reconhecimento. Essa concepção conduz, em última análise, à negação do direito e da ciência do direito. Em teoria política ela conduz ao imperialismo.

A visão objetivista do mundo, por outro lado, toma seu ponto de partida no mundo para chegar ao eu. Segundo Kelsen, a unidade do direito se exprime politicamente na idéia de uma *civitas maxima* como princípio de organização do mundo. Ao mesmo tempo, o objetivismo do conhecimento conduz ao pacifismo político. Kelsen não abandonará jamais este ponto de vista. Em um dos seus últimos escritos sobre a soberania, nos anos 60, ele se reenvia sempre à oposição entre *Weltanschauung* objetivista e uma *Weltanschauung* subjetivista para explicar as duas concepções possíveis da ordem internacional.

De tudo o que foi acima exposto, restam claras as relações entre Kelsen, o liberalismo e o ceticismo filosófico. Se Kelsen não pode, sem uma clara violação do texto, ser identificado com o liberalismo, não é menos verdade que seu ceticismo filosófico o conduz ao paradoxo de, por um lado, procurar a garantia do pluralismo em uma indiferenciação acerca dos valores que devem guiar o intérprete na escolha da decisão, por outro, ao deparar-se historicamente com o problema da

¹⁶⁷ Apud HERRERA, C. M. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997, p. 317.

interpretação constitucional do art. 48 da Constituição de Weimar, Kelsen deixa claro que o juiz cria direito. O mesmo verifica-se na Teoria Pura do Direito quando afirma:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...] a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. [...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. [...] Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não criar o direito.¹⁶⁸

Portanto, querendo purificar o direito de todo conteúdo ideológico Kelsen faz entrar pela porta dos fundos exatamente aquilo que queria ver expurgado da teoria do direito, a saber, o caráter incontrolável juridicamente de decisões que não encontram parâmetro na ordem jurídica.

No que segue, verificaremos de que modo, um outro eminente positivista, H. Hart, procura dar conta dessa via aberta ao imponderável na decisão judicial que pode colocar em cheque todo o projeto do positivismo.

3.5 A idéia de discricionariedade em Herbert Hart

Segundo Hart, não somente o êxito, mas a própria existência do direito como o conhecemos depende das regras gerais, padrões sociais e princípios como formas de controle social. O direito predomina como categoria geral de conduta, embora não se possa deixar de referir que tende sempre a regular a conduta individual de cada pessoa sob seu alcance.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 390, 394 e 395.

Contudo, está bem claro que o direito está longe de ser mera aplicabilidade de legislação ou de casos precedentes a casos concretos, reais, ou, melhor dizendo, com Hart, “*subsumir factos particulares em epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples.*”¹⁶⁹ Ou seja, as regras gerais não podem fornecer sua própria interpretação.

Hart fornece-nos o cerne da questão em que se debatem há muito tempo juristas de todo o mundo:

Aqui surge um fenómeno que se reveste da natureza de uma crise na comunicação: há razões, quer a favor, quer contra o nosso uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece a sua rejeição pela pessoa ocupada na classificação. Se em tais casos as dúvidas hão-de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver.¹⁷⁰

Como se depreende, o positivismo possibilita ao aplicador do direito um poder de discricionariedade, de escolha, que não envolve necessariamente a simplicidade da mera aplicação de conceitos já amplamente aceites, mas a complexidade gerada por fatores vários que fogem da esfera tão somente jurídica para avançarem sobre outros terrenos, como o lingüístico, por exemplo. A “textura aberta” das regras, como observa Hart, atinge tanto o processo interpretativo baseado em precedentes jurisprudenciais, quanto atinge aqueles processos baseados em regras emanadas do legislativo, tornando a aplicabilidade legal em determinadas situações diferente da grande parte dos casos em que a mera aplicação da lei não requer maiores problematizações e ajustes ao caso concreto.

Existe, outrossim, uma impossibilidade natural de antevermos todas as situações factuais. Toda vez que isso ocorre e na situação em que se impõe uma tomada de decisão os limites da previsibilidade legal ou jurisprudencial são extrapolados, surge a necessidade de realizar-se uma escolha entre todos os interesses conflitantes postos no caso concreto.

¹⁶⁹ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 139.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 140.

Para Hart, o vício que na teoria jurídica é conhecido como formalismo, nada mais é do que a incapacidade de admitir, frente a qualquer sistema jurídico, que uma hora ou outra as decisões sobre quais interesses prevalecem privilegiados em determinado caso concreto terão de ser tomadas.

É o problema da incapacidade das regras abrangerem todas as situações fáticas possíveis nos casos concretos, portanto, que traz consigo uma carga de intolerância ou descrença sobre o sistema jurídico positivo como um todo.

Para a teoria de Hart, a solução da incompletude das regras passa pelo fato das democracias modernas serem caracterizadas pela delegação limitada de poderes legislativos ao executivo, e que tal delegação ao Poder Judiciário não constitui ameaça capaz de afetar seriamente a essência da democracia,¹⁷¹ porque o órgão legislativo tem poder residual de sempre alterar qualquer lei autorizada que considere inaceitável.

Por outro lado, a natureza do poder de discricionariedade atribuída aos juízes difere daqueles de um órgão legislativo. Isto porque os juízes são submetidos a muitos constrangimentos que causam estreitamento de sua liberdade de escolha. O poder de resolver a questão posta concretamente frente a sua vontade não permite que introduza reformas profundas na legislação ou que institua novos Códigos. O poder criativo do juiz encontra limites nas razões gerais que busca para justificar suas decisões, embora o faça com base em suas próprias crenças e valores.

A bem da verdade, segundo a teoria de Hart, as dúvidas em relação ao positivismo encontram base não nas regras jurídicas concretas, mas nos critérios últimos usados pelos tribunais para identificar uma regra como pertencente a determinado sistema, ou seja, acerca de sua validade. Hart chama este último critério como “regra de reconhecimento aceita” que funciona como fundamento de um sistema jurídico.

¹⁷¹ Essa é, segundo Hart, uma das críticas que Dworkin refere a sua concepção de poder discricionário judicial. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 338.

Em relação ao significado do termo “aceitar” que Hart insere em sua obra “O conceito de direito” para explicar a diferença entre regras e hábitos, melhor esclarece Cláudio Michelon Jr. ao assim dizer:

Em que pesem as dúvidas de alguns comentadores da obra de Hart, tomar uma ‘atitude crítica reflexiva’ ou ‘aceitar’ é ver um determinado comportamento como criticável e considerar esta espécie de crítica legítima (o termo crítica aqui é utilizado para designar tanto censura quanto a aprovação de um comportamento). Em outras palavras, aceitar um padrão de conduta significa utilizar esse padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão.[...] É importante ressaltar que ‘aceitar’[...] é o próprio ato de criticar e de justificar a crítica com base no padrão, ou seja, é *usar* o padrão.¹⁷²

O fato dos tribunais freqüentemente serem chamados a dirimir as dúvidas quanto à aplicação da regra última de um sistema jurídico é uma das características que pode colocar em dúvida quais são os critérios utilizados para tal tarefa e se o legislador é mesmo soberano na criação das regras deste sistema.

Segundo Hart, na maioria dos casos, a regra de reconhecimento não é expressa, mas torna-se verificável através da maneira como as regras concretas são identificadas pelos tribunais, agentes públicos ou particulares. A atitude de aceitação compartilhada de regras é característica do ponto de vista interno, mas deve ser confrontada pelo ponto de vista de um observador externo que percebe a aceitação de uma regra por um grupo social que ele próprio não aceita como tal. Dizer que uma regra é válida, é reconhecê-la aprovada nos testes facultados pela regra de reconhecimento.

Michelon assevera que a diferença entre os pontos de vista interno e externo é uma das maiores contribuições que Hart traz à teoria jurídica e esta diferença para àquele autor consiste na:

Diferença entre enunciados internos e externos (e entre os pontos de vista interno e externo e entre aspectos interno e externo de uma regra) é, em última análise, a diferença entre duas formas de

¹⁷² MICHELON Jr., Cláudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

descrever o fenômeno jurídico (ou qualquer outro fenômeno normativo). A primeira leva em conta as regras sociais e a segunda não toma em conta essas regras, mas somente as regularidades de comportamento de um grupo social.¹⁷³

Entretanto, afirmar a validade de uma regra não quer dizer que o sistema é geralmente eficaz. A verdade da afirmação de fato externa que um observador poderia registrar - de que o sistema é geralmente eficaz e continuará a sê-lo provavelmente - é normalmente pressuposta por quem aceita as regras e faz uma afirmação interna de obrigações ou validade.

O erro está, aduz Hart, em negligenciar a afirmação interna e tratá-la como se fora uma afirmação externa acerca da atuação oficial. O mesmo erro ocorre quando se considera o mesmo em relação à escolha de um juiz quanto à regra particular válida para decidir determinado caso. A afirmação do juiz é interna e reconhece que a regra satisfaz os testes que permitem identificar o que deve ser considerado como direito, de modo que tal afirmação não é um exercício de adivinhação, mas parte da razão de sua decisão.

Dizer que uma lei concreta é válida traz consigo certos pressupostos, quer a afirmação seja feita por cidadãos comuns, quer o seja por juízes. Primeiro, que a pessoa o faz através do uso de uma regra de reconhecimento que ela própria aceita como apropriada para identificar o direito. Segundo, que tal regra de reconhecimento não é somente aceita por esta pessoa, mas aceita e empregada pelo sistema em geral.

A questão sobre a validade de determinada regra dentro de um sistema não pode ser feita em relação à regra de reconhecimento que faculta os critérios de reconhecimento das outras regras. Esta regra de reconhecimento não é válida ou inválida, mas aceita ou não-aceita. Há momentos, inclusive, que as questões quanto ao conteúdo e alcance deste tipo de regra são mesmo indetermináveis.

Diante do dito acima, a afirmação de que uma regra existe pode não ser uma afirmação externa do fato de que um determinado comportamento era geralmente

¹⁷³ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 155.

aceito na prática como padrão. Pode tornar-se uma afirmação interna aplicando uma regra de reconhecimento aceita, mas não expressa, e significando nada mais do que “válida, dados os critérios de validade do sistema”. Neste sentido, em relação à regra de reconhecimento, somente uma afirmação externa pode reconhecê-la como existente. Porque, enquanto uma regra subordinada pode ser válida e, neste sentido, existir, mesmo sendo ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante dos tribunais, agentes públicos e particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato.

Mas não há nada que os tribunais tratem como padrões de comportamento judicial correto, de modo que não é possível detectar um ponto de vista interno característico de aceitação de regras. Este é um dos motivos que leva a um ceticismo em relação às regras, pois que, em tais casos, é como se não houvesse regra alguma a regular a atuação dos juízes na aplicação da lei, ainda mais quando se soma a isso o fato do desvio das regras não acarretar ao juiz quaisquer sanções.

Mas para os céticos quanto às regras, esses fatores acima trazidos contribuem ainda mais para a descrença, quanto mais se levado em conta que quando as regras são promulgadas e contém um texto dotado de autoridade, mais claras tornam-se as diferenças entre as incertezas da regra concreta e as incertezas do critério usado para considerá-la como pertencente ao sistema.

Contudo, deve-se distinguir entre as incertezas suscitadas daquelas relativas às leis que atribuem competência jurídica de legislar, pois estas dizem respeito às questões fundamentais de critérios últimos da validade jurídica e podem surgir até mesmo em sistemas onde não existe constituição escrita atribuidora das competências.

Num sistema jurídico em que a competência legislativa suprema¹⁷⁴ está nas mãos do parlamento, quais as interferências que surgem em relação à tese de que o

¹⁷⁴ Aqui considera-se o poder legislativo conforme a influência da doutrina de Austin de que, segundo Hart, é “o direito é essencialmente o produto de uma vontade juridicamente desprovida (...) não só de

fundamento jurídico é uma regra de reconhecimento que especifica os critérios de validade jurídica, quando há dúvidas quanto à aplicabilidade da regra última e esta dúvida é dirimida não pelo poder supremo, mas pelas decisões dos tribunais?

O fato é que se considerarmos tal poder soberano do parlamento, mas se considerarmos, também, que nenhum parlamento pode impedir que os parlamentos que lhe sucedem revoguem sua legislação e, além disso, que esta última constatação é utilizada pelos tribunais como parte da regra última de reconhecimento para identificar as regras válidas de direito, temos que os parlamentos, por uma regra convencional, não possuem o poder de auto-limitação legislativa.

Entretanto, o problema da determinação da soberania parlamentar tem seus limites como toda regra - as regras de soberania parlamentar também possuem indeterminações em decorrência da textura aberta antes citada - donde os problemas de reconhecimento surgem a partir do surgimento de questões que não são por aquelas abarcadas e uma escolha deve ser feita por alguém a quem se atribui a autoridade para tanto.

Isso ocorre quando o parlamento atribui limitações formais para a reformulação de alguma lei, determinando a necessidade de quorum qualificado para que tal seja possível, ou a anuência de um colegiado de representantes de determinada profissão formado para esse intento, por exemplo. Mas este poder de limitar as legislações futuras poderia facilmente ser usado para superar os limites que o entendimento comum tem como atinentes à atividade legislativa. Dito de outra forma, o parlamento pode de tal forma limitar o poder legislativo futuro que extrapolaria qualquer auto-limitação que o entendimento credita ser oponível a este poder, como por exemplo, a auto extinção. Tais possibilidades são conseqüências direta da textura aberta da própria lei que rege a competência auto-limitativa.

Conseqüentemente, se pode o legislador, inclusive, se auto-extinguir, pode, também, atribuir a outras autoridades o poder de regulamentação que lhe toca

soberanamente. Portanto, admitindo-se que algumas proposições deste argumento possam ser discutíveis, poderão também ser admitidas ou rejeitadas por um tribunal ao qual se atribui a decisão da questão.

Está-se diante de um paradoxo, eis que os tribunais são chamados a criar os critérios últimos de reconhecimento de validade das próprias leis que lhes atribuem competência. Mas Hart não considera verdadeira tal contradição entendendo que é, na verdade, uma condição necessária de um sistema jurídico em que nem todas as regras estejam sujeitas a dúvidas em todos os pontos.¹⁷⁵ Por isso, nestas determinadas questões, a aplicação do critério último de validade não suscita dúvida alguma, embora dúvidas existam em relação ao respectivo alcance e âmbito.

Neste aspecto erra o formalista que entende que os tribunais estão sempre amparados por alguma regra geral que lhes conceda autoridade antes de atuar criativamente de modo que seus poderes fossem sempre delegações legislativas. A verdade, prossegue Hart, pode estar, ao inverso, no fato de que a autoridade e a aceitação das decisões de caráter fundamental dos tribunais sejam obtidas somente após cada ato decisivo, sendo, desta forma, uma proposta coberta de êxito para tomar os poderes e usá-los, ou como o autor próprio diz, uma autoridade *ex post facto* a partir de seu êxito. Dizer que os tribunais desde sempre, antes da questão, têm um poder inerente para criar a regra desta forma seria um modo de fazer a situação parecer mais arrumada do que realmente é.

Do que se viu a respeito da teoria de Hart, tem-se, como o próprio autor explica,¹⁷⁶ que a polêmica entre ele e Dworkin está calcada em sua afirmação de que em determinadas situações as decisões judiciais não serão ditadas pelo direito, pois que nestes casos ele apresenta sua face indeterminada e incompleta.

Assim, ao admitir que o juiz crie o direito exercendo sobre ele um poder discricionário, a teoria de Hart entra em rota de colisão com a teoria de Dworkin que entende que a interpretação jurídica pode ser feita utilizando princípios jurídicos para

¹⁷⁵ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 166.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 335.

assim impedir decisões baseadas em fatores imponderáveis juridicamente, como veremos a seguir.

4 DWORKIN E A MORALIDADE DO DIREITO

O positivismo, quero sustentar, é um modelo de e para um sistema de regras, e sua noção central de um teste fundamental único para o direito conduz-nos a perder a importante função destes padrões que não são regras.¹⁷⁷

Na crítica que faz do positivismo e da incapacidade deste para servir como base de interpretação de todas as possibilidades fáticas de um caso concreto, Dworkin traz a idéia de princípios como padrões capazes de direcionar as decisões jurídicas. Desse modo, busca solucionar o problema da discricionariedade das decisões judiciais – problema admitido tanto por Hart, quanto por Kelsen - e que levou o autor norte-americano e muitos outros autores a concluírem que as teorias positivistas não deram conta da complexidade do direito. No mesmo sentido Lenio Streck aduz:

A discricionariedade positivista (no seu sentido clássico original) – embora ‘limitada’ pelo ordenamento jurídico – gera, de forma inexorável, uma espécie de mundo da natureza hermenêutico, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Hart para a resolução dos hard cases), em que, no fundo, sustentado em uma subjetividade ‘assujeitadora’, ‘cada juiz decide como quer, de acordo com sua subjetividade. [...] É tarefa da teoria do direito, pois, construir um discurso que coloque um freio nesse ‘ir além’ dos marcos do ordenamento, que deveria demarcar o espaço da discricionariedade-arbitrariedade interpretativa de que falaram Hart e Kelsen. Isto é, nem mesmo no interior do positivismo foi possível controlar o (ab)uso da subjetividade do intérprete.¹⁷⁸

Dworkin propõe um fim da separação do direito e da moral defendida pelos positivistas. Para isso, elabora uma teoria de leitura moral da Constituição, leitura essa que, segundo entende, embora utilizada por grande parte dos operadores do direito em seus labores jurídicos diários, não goza de prestígio suficiente para que seja abertamente defendida.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 119.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz: *Verdade e Consenso*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p. 389 e 392.

A base da leitura moral constitucional de Dworkin é um liberalismo igualitário definido por ele como “uma moralidade política autêntica e coerente,”¹⁷⁹ pois que baseia-se num princípio central, algo como um nervo central identificador que faz parte permanentemente das composições políticas ditas liberais, de modo a ser considerado parte constitutiva destas. Este princípio central, no caso do liberalismo, é uma determinada concepção de igualdade. Nesse sentido expressa Álvaro de Vita:

O princípio de igualdade liberal [...] não se trata somente de uma igualdade legal de oportunidades, mas também de assegurar um ponto de partida igual para aqueles que têm talentos e capacidades semelhantes e estão similarmente motivados a empregá-los. [...] As exigências mínimas, que se apresentam à estrutura institucional de uma sociedade comprometida com a igualdade eqüitativa de oportunidades, são as de impedir uma excessiva concentração da propriedade e da riqueza, garantir oportunidades educacionais e de acesso a serviços básicos de saúde eqüitativas para todos.¹⁸⁰

Esta centralidade da concepção de igualdade liberal está calcada na forma neutra com que o Estado deve tratar as diferentes concepções de bem viver que cada cidadão possui. Isso significa dizer que, ao invés de conceber uma teoria de como os seres humanos devem ser e protegê-la via ordenamento jurídico, o Estado deve deixar ao bel prazer de cada um definir e buscar o que entende pra si como bem viver.

A neutralidade supõe que as decisões políticas devam manter o máximo possível de independência frente às concepções particulares de bem viver. Desigual, nesse sentido, seria o governo que desprestigiasse certa posição particular só porque esta é preferida por uma minoria, ou porque o contrário é valorizado pela maioria, ou ainda, porque as autoridades acreditem ser uma concepção superior à outra. Nesse sentido:

A forma como devemos entender essa neutralidade é essencial para avaliar os méritos da resposta liberal-igualitária ao problema do pluralismo moral. [...] Tenhamos em mente que o que se quer é especificar os princípios de justiça que possam ser justificados a todos os cidadãos, em particular aos que viessem se encontrar em

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. O liberalismo. In: *Uma Questão de Princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2005, p. 272.

¹⁸⁰ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 2ª edição, p. 239-240.

pior situação sob o arranjo institucional que colocaria estes princípios em prática.¹⁸¹

Entretanto, a realidade determina que a concepção liberal de igualdade deve considerar a desigualdade natural de talento e a desigualdade de recurso que possibilitam melhores oportunidades para algumas pessoas conforme sua posição inicial na sociedade. Assim, um governo que se diga realmente liberal deve promover uma distribuição desigual de recursos para que as desigualdades iniciais sejam amainadas de uma forma que cada pessoa possa ter oportunidades iguais de buscar aquilo que concebe como bem viver. Um legislador liberal igualitário deve utilizar mecanismos que lhe permitam promover os princípios de igual tratamento, mas que levem em consideração todas essas desigualdades.

Para tanto, duas são as instituições políticas das quais se utilizam os liberais, quais sejam, o mercado econômico, para decidir como serão produzidos e distribuídos os recursos, e a democracia representativa, para “decisões coletivas sobre que conduta será proibida ou regulamentada para que outra conduta se torne possível ou conveniente.”¹⁸² Para um liberal, estas duas instituições são capazes da melhor distribuição possível de bens e recursos.

Contudo, considerando-se as desigualdades existentes numa sociedade real, o liberal terá que encontrar uma forma de mercado que produza algumas desigualdades sem que produza outras, quais sejam, as que decorram de talento, herança, etc. Para isto duas são as escolhas liberais: um capitalismo redistributivo com base num esquema de direitos assistenciais financiados pela redistribuição de renda, e por impostos incidentes sobre a herança até o limite em que os menos favorecidos fossem mais prejudicados do que beneficiados. Ou, ainda, um socialismo limitado em que substituísse as decisões de mercado por decisões socialistas e fizesse um controle de preços através de processos de cunho político.

A segunda das instituições que caracteriza uma escolha liberal, a democracia representativa, tem como função básica possibilitar o respeito do direito de cada

¹⁸¹ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 174 e 181.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2005. p. 289.

pessoa de ser considerado como um indivíduo, ou seja, a participação de cada um com peso igual nas decisões políticas. Entretanto, na prática, as decisões da maioria acabam por sobrepor as da minoria e podem causar graves danos aos direitos individuais. Para evitá-lo, argumenta Dworkin, um liberal necessita:

[...] um esquema de direitos civis cujo efeito seja identificar essas decisões políticas que são antecipadamente propensas a refletir fortes preferências externas e retirar inteiramente essas decisões das instituições políticas majoritárias.¹⁸³

Nesse sentido, o direito, segundo Dworkin, deve retirar do processo deliberativo toda possibilidade de que uma maioria imponha a sociedade suas preferências quanto ao modo de vida e comportamento do resto minoritário da população. Essa é a idéia do direito como um trunfo.

4.1. O Direito visto como um trunfo

Para Dworkin a melhor forma de defender os direitos contrários à vontade da maioria é concebê-los como se fossem trunfos frente a certas justificações que baseiam as decisões políticas determinantes acerca de quais são os objetivos de uma comunidade em seu conjunto. Qualquer direito que esteja protegido sob a forma de um trunfo sempre prevalecerá, mesmo que colida com a vontade da maioria.

Essa idéia trafega na direção exatamente oposta àquilo que o utilitarismo prega quanto à finalidade da política, ou seja, a satisfação da parcela mais ampla possível dos objetivos que as pessoas atribuem a suas existências. Não poderia ser diferente, pois que, é exatamente a premissa utilitarista - todos serão tratados igualmente quanto a suas preferências conforme uma escala única de avaliação sem distinção das pessoas ou do mérito - que dificulta a afirmação de uma teoria aceitável que conceda a cada um a independência moral.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2005. p. 294.

A necessidade dos direitos como trunfo emerge quando uma decisão política prejudicial para determinadas pessoas encontra sua justificação no fato de que melhora a situação da comunidade em seu conjunto. Nesse caso, tal decisão atribui uma atenção insuficiente quanto a seu impacto sobre a minoria e, conseqüentemente, não considera estes indivíduos com igualdade em relação aos demais.

Mas, para uma resposta liberal-igualitária satisfatória, não basta alcançar a condição de “direito de independência moral.” Há algo mais a ser perseguido na busca de uma situação de igualdade entre os cidadãos, algo que Dworkin define como o “direito de independência política”:

[...] um direito para cada um de não sofrer nenhuma desvantagem na repartição de bens e oportunidades sob o único pretexto de que outros pensam que ele deveria ter uma parcela menor em razão daquilo que ele é ou não é, ou sob o pretexto de que ele é objeto de consideração menor do que aquela que atribuem a outros.¹⁸⁴

Para Dworkin, ganharemos se aproximarmos esse ponto da importante distinção entre preferências pessoais e preferências externas, considerando como preferências externas aquelas que refletem a opinião de alguém acerca daquilo que os outros deverão fazer ou ter e, considerando, ainda, preferências pessoais como as que refletem os interesses de alguém em usufruir de certos bens e oportunidades. Segundo Dworkin assevera, um governo liberal deve lançar mão de um sistema de direitos que possibilite a identificação das preferências externas a fim de fazer com que as decisões políticas carregadas com estas preferências sejam afastadas dos processos de decisão majoritária.¹⁸⁵

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Rights as Trumps*. In WALDRON, J. (ed.). *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p.158. Tradução livre de Wladimir Barreto Lisboa.

¹⁸⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. O liberalismo. In: *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 293-294, e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 361 et. seq.

4.2 A leitura moral da Constituição segundo a concepção liberal de Dworkin

A constituição é a vela moral do barco norte-americano e temos de nos ater à coragem da convicção que enche essa vela: a convicção de que todos nós podemos ser cidadãos de uma república moral.¹⁸⁶

Frente ao debate sobre como deve ser interpretada a Constituição, Dworkin apresenta uma teoria a respeito da leitura moral, com a qual pretende, como ele próprio diz,¹⁸⁷ deslocar a discussão, retirando o foco sobre as restrições que os direitos individuais impõem aos processos democráticos para, do mesmo modo, abrir o debate acerca da importância do que realmente é a democracia.

Conforme já foi dito, para Dworkin está evidente que os operadores do direito, mesmo que instintivamente, fazem uso da leitura moral dos dispositivos abstratos da Constituição que se referem a “princípios morais de decência e justiça.”¹⁸⁸ Dworkin pretende demonstrar que, ao mesmo tempo em que fazem uso da qualquer estratégia visando à interpretação da Constituição, automaticamente, os juristas estão fazendo uso da leitura moral também.

Dworkin observa que a existência de certa resistência acerca da leitura moral é uma incompreensão quanto ao verdadeiro caráter e importância do sistema constitucional. Esta visão distorcida é determinada, sobretudo, por uma confusão que considera a leitura moral como sendo uma atribuição da “suprema autoridade em matéria de interpretação” aos juízes e, por isso, tal função seria “elitista, antipopulista, anti-republicana e antidemocrática.”¹⁸⁹

Por outro lado, a leitura moral da constituição é vista como eliminadora da distinção entre direito e moral, tornando o direito dependente de princípios morais, o que, conseqüentemente, retiraria das mãos do povo e entregaria a uma elite

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.59.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 23

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 9.

judiciária as grandes questões da moralidade política. Esta idéia liga-se, por outro lado, a pressuposição de que existe um vínculo entre democracia e vontade da maioria. Essa, portanto, estaria sendo destituída de efetuar, em última instância, as avaliações e decisões que lhe concernem.

Ao contrário disto tudo, a concepção de Dworkin referente ao processo interpretativo das questões morais postas na Constituição tem outra abordagem. Em primeiro lugar, considera o caráter geralmente abstrato dos dispositivos legais, o qual, segundo o autor, leva à procura de uma tradução dos termos postos e a comunicação daquilo que os legisladores quiseram dizer, ou seja, realiza uma interpretação histórica. Essa interpretação deverá levar em conta, além disso, a prática jurídica e política do contexto da norma. Assim, a consulta ao conteúdo histórico é para saber o que pretendiam dizer os autores e não o que diriam caso tivessem que interpretar tais princípios ou aplicá-los a casos concretos.¹⁹⁰

Entretanto, Dworkin assevera que os dispositivos morais não podem ser considerados isoladamente como se fossem juízos particulares, pois devem ser interpretados de acordo com uma visão de integralidade constitucional que lhes trará significados que seguem a mesma direção da Constituição como um todo unitário. A leitura moral, portanto, é uma teoria acerca do significado da Constituição e não acerca de quem deve dar este significado.

Através da teoria da leitura moral da Constituição, Dworkin quer demonstrar que existe uma série de restrições ao poder interpretativo dos juízes que os impedem de impor a sociedade suas próprias convicções morais. Estas restrições de caráter histórico e de integridade constitucional determinam uma interpretação submetida à opinião pública sem referências aos ditames de consciência do próprio intérprete, caso esses não coincidam com o conjunto histórico ou não ultrapassem o limite dos direitos políticos básicos e estruturais pelos quais devem zelar.

¹⁹⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.13 et. seq.

Mesmo que consideremos tais aspectos e requisitos de interpretação da leitura moral da Constituição, ainda assim resta uma discricionariedade que possibilita que juízes com diferentes linhas ideológicas cheguem a respostas diferentes para a solução de determinado caso concreto, o que impede segurança jurídica suficiente. Outro problema a considerar, ainda, é que um tribunal pode fazer da revisão das leis elaboradas pelo legislativo algo definitivo, e isto é definido como uma mácula à exigência democrática de que as decisões políticas devem ser sempre aprovadas pela maioria.

Entretanto, existem, segundo Dworkin, duas concepções diferentes acerca da natureza das ações coletivas e, portanto, acerca da noção de comunidade: a estatística e a comunitária.¹⁹¹

A premissa majoritária afirma que a democracia significa o governo pelo povo. A ação coletiva é estatística quando aquilo que o grupo faz é função apenas do que os indivíduos individualmente realizam, sem nenhum sentido de grupo. Uma ação coletiva é comunitária, por sua vez, quando não pode ser reduzida à soma das ações individuais.

Ocorre que na democracia constitucional - que rejeita a premissa majoritária - as decisões são tomadas pelo povo enquanto tal, e não pelos indivíduos tomados um a um. Assim, para a existência de uma comunidade política, pressupõe-se a liberdade de manifestação nos processos de autogoverno e igual consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade, além da independência moral de cada um.

Um regime democrático, para Dworkin, é aquele em que as decisões coletivas tratam o conjunto dos cidadãos com igual respeito, atribuindo-lhes uma atenção igual na medida em que considera que nenhum indivíduo possui importância ou valor menor que os demais.

¹⁹¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 29 et. seq.

A democracia, em síntese, apenas requer procedimentos majoritários na circunstância em que sua efetivação constitua o meio mais adequado para tratar os indivíduos com igual respeito.

Existem, portanto, conclui Dworkin, normas de direito fundamental independentes de todo procedimento majoritário. O poder legislativo, enfim, não se mostra como a via mais adequada para a proteção de direitos de grupos menos populares.

4.3 O argumento da democracia

Dworkin aduz que um dos argumentos utilizado para afastar as decisões de cunho político dos juízes é que, diferente destas, as decisões políticas tomadas via legislativo são passíveis de controle pela população, pois esta tem a possibilidade de substituir a legislatura que entenda insatisfatória. Quando, no entanto, a decisão advém do corpo de juízes de uma sociedade, a população não poderá fazer o mesmo, ao contrário, estando impossibilitada de substituí-la, perderá o respeito não só por eles, mas pelas instituições e pelo próprio Direito. Dessa forma, a comunidade torna-se menos coesa e menos estável.¹⁹²

Por esse argumento, os juízes não deveriam fazer julgamentos políticos, nem mesmo julgamentos políticos sobre direitos, por que, como efeito, ver-se-á a diminuição do respeito à lei.

Mas existe uma falha no argumento voltado de maneira específica contra decisões francamente políticas pelos tribunais, segundo Dworkin. É que este argumento supõe, mas, não demonstra que o público faria distinções entre as decisões políticas tomadas pelo legislativo e aquelas tomadas pelos tribunais, e, ainda mais, não demonstra porque o público acreditaria que somente são legítimas as decisões tomadas pelo legislativo.

¹⁹² Cf. DWORKIN, Ronald. Os juízes políticos e o Estado de Direito. *In: Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.17.

Afora a questão da estabilidade política (além das razões de exatidão das decisões), existe, ainda, o argumento da equidade a confrontar o papel político dos juízes. Para tal, uma vez que a democracia supõe igualdade de poder político, sendo as decisões políticas retiradas do âmbito legislativo e entregues aos tribunais, o poder político dos cidadãos, que elegem legisladores, mas não elege juízes, será enfraquecido, tornando-se, portanto, injusto.

Este último argumento também é rechaçado por Dworkin. Para ele é evidente que democracia alguma proporciona a igualdade genuína de poder político, pois “alguns perdem mais do que outros porque tem mais a perder.”¹⁹³ Além disso, as minorias obtêm vantagem no caso dos tribunais tomarem para si a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, pois estariam ganhando em poder político “na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.”¹⁹⁴

Portanto, segundo o raciocínio de Dworkin, o deslocamento das decisões sobre direitos das legislaturas para os tribunais não retardaria o ideal democrático da igualdade de poder político, mas, muito pelo contrário, proporcionaria a promoção deste ideal.

Por outro lado, Dworkin argumenta que o franqueamento da questão política na decisão da matéria de um caso jurídico contribui ainda mais para que se tenha certeza da redução da influência das convicções políticas do próprio juiz, uma vez que, a certeza de que se utiliza de tais argumentos refletirá uma maior atenção e controle de seu trabalho.

A inevitabilidade do caráter político de certas decisões e a insistência da resolução de forma semântica ou histórica, justamente porque estas não têm caráter político, permite exatamente o contrário do que busca, pois acaba tornando o

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. Os juízes políticos e o Estado de Direito. In: *Uma questão de Princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

¹⁹⁴ *Ibid.* p.32.

juízo feito segundo estas bases terreno propício à ocultação, justamente, do caráter político de tais decisões.

No fundo, a confrontação entre ambos os ideais de democracia repousa em uma distinção também fundamental entre duas concepções de estado de direito (rule of law) que será a seguir analisada.

4.4 Duas concepções de Estado de Direito

Dworkin diz haver duas concepções de Estado de Direito diferentes, mas que se igualam quanto a considerar um ideal político como algo distinto e importante.

A segunda concepção que chama de centrada nos direitos (*rights conception*) não faz distinção entre Estado de Direito e a justiça substantiva, ao contrário, exige que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. Essa concepção pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos frente ao Estado como um todo.

A primeira concepção, centrada no texto legal (*rule-book conception*), supõe que o conjunto de regras que compõe um sistema jurídico representa tudo aquilo que a comunidade realiza para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional.

De outro modo, num juízo segundo a concepção centrada nos direitos há determinação para que as respostas políticas sejam dadas de forma a explicitar os princípios em que se fundamentam. Com isso, torna-se possível a verificação da existência ou não das compatibilidades da decisão com os princípios. Dworkin assim afirma:

Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os

princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político.¹⁹⁵

O autor norte-americano acrescenta ainda:

O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial.¹⁹⁶

A formação da democracia não supõe o abandono do sistema de governo da lei. A lei continua sendo o produto principal da vontade geral e o fruto mais apreciado da liberdade. A lei é a expressão da essência da democracia, mas é o judiciário o responsável por sua efetividade.

Nessa perspectiva, torna-se importante analisar acerca de outro debate do qual Dworkin é protagonista, juntamente com H. Hart, sobre duas diferentes concepções do modo de tratar propriamente o princípio democrático e o respeito à igual consideração entre os indivíduos.

4.5 Herbert Hart *versus* Dworkin

Segundo Hart, as liberdades que Dworkin entende devam ser protegidas contra a vontade da maioria são aquelas que correm o risco de serem vencidas pelo

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. Os juízes políticos e o Estado de Direito. In: *Uma questão de Princípio*, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 6.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 6.

cálculo utilitário, pois que este, ao levar em consideração as preferências externas, fracassaria em tratar todos os homens como iguais.¹⁹⁷

Para Hart, dois paradoxos acompanham os argumentos de Dworkin.¹⁹⁸ Primeiro que, quanto mais uma sociedade apresentar-se tolerante quanto às diferenças e uma vez que estejam os direitos morais excluídos do processo majoritário, então, haverá uma extinção progressiva de tais direitos às liberdades e, conseqüentemente, menos possível será afirmá-los. Em segundo lugar, a teoria de Dworkin garantiria tais direitos apenas contra o cálculo utilitarista, mas não contra um governo tirânico que não fundasse sua legislação em considerações acerca do bem-estar geral.

Segundo Hart, há um fracasso na teoria utilitarista ao utilizar-se das preferências externas que corrompem a igualdade entre os cidadãos. A argumentação de Hart é no sentido de que a equidade procedimental de um sistema eleitoral ou de uma argumentação utilitarista que atribui igual peso às diferentes preferências e votos não garante que as exigências de equidade serão satisfeitas no funcionamento real do sistema. Nesse caso, os resultados podem ser efetivamente inaceitáveis de um ponto de vista moral, mas isso nada tem a ver com uma deficiência nos procedimentos de decisão que consideram as preferências externas.

De tudo, para Hart resta que as concepções minoritárias que não logram êxito em se impor no processo democrático não devem ser tomadas como inferiores, e nem mesmo deve-se concluir que não foram levadas em consideração. O que fica expresso é, ao contrário, que nestas circunstâncias tais concepções simplesmente são carentes de um número suficiente de apoiadores.

Para Dworkin, entretanto, isso é inaceitável, pois a radicalização de sua crítica pode ser melhor vista a partir daquilo que ele considera inaceitável na suposta incapacidade procedimental de Hart, a saber, sua concepção positivista de direito. É esse tema que passamos a analisar a partir de agora.

¹⁹⁷ LISBOA, Wladimir Barreto. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 207-219.

¹⁹⁸ *Ibid.*

4.6 A crítica de Dworkin ao positivismo

Dworkin considera como positivistas as teorias que têm como base estrutural determinadas características. Primeiro, a teoria deve considerar como direito de uma comunidade o seu conjunto de regras especiais usadas por esta comunidade direta ou indiretamente, regras estas que podem ser identificadas e distinguidas através de testes que dizem respeito a sua origem e não ao seu conteúdo.¹⁹⁹

A segunda característica determinante de uma teoria positivista para Dworkin é considerar que as regras válidas que formam o conjunto legal são exaustivas do 'direito', de modo que para que um caso possa ser decidido pela via do direito terá de estar necessariamente compreendido em alguma destas regras. Desse modo, abre-se espaço para uma decisão que necessariamente irá envolver alguma autoridade no exercício de sua discricionariedade:

[...] o que significa ir além do direito por intermédio de outra espécie de padrão destinado a guiar-lhe na elaboração de uma nova regra jurídica ou a suplementar uma preexistente.²⁰⁰

Finalmente, para uma teoria ser positivista deve afirmar que alguém tem uma obrigação jurídica, significa dizer que o caso concreto está sob a égide de uma regra jurídica válida que lhe determina fazer ou não fazer algo. Caso não haja uma regra legal válida não haverá obrigação jurídica, disso resultando que, quando o juiz decide um caso exercendo sua discricionariedade, ele não está impondo obrigação jurídica já existente ao caso.

Hart reconhece que as regras jurídicas que possuem as características acima têm limites imprecisos, o que é determinado por suas "textura aberta"²⁰¹ a qual lhes impede que dêem conta da resolução dos casos mais problemáticos nos quais a mera subsunção do fato a norma não é suficiente. Por isso, Hart chega a afirmar que

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 120.

²⁰⁰ *Ibid.* p. 120.

²⁰¹ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 139.

os juízes possuem e exercem discricionariedade para decidir estes casos através de novas normas, ou seja, exercendo uma função criativa de direito.

Hart, segundo Dworkin, tem uma versão do positivismo que este reputa como a mais desenvolvida, restando como a mais complexa de todas, mais complexa que a de Austin, inclusive. Primeiro porque ele reconhece, de um modo que Austin não faz, que regras são de diferentes tipos lógicos, ao que ele chama de regras primárias e regras secundárias. Em segundo lugar, ele rejeita a teoria de Austin segundo a qual uma regra é um tipo de comando e, por isso, a teoria hartiana apresenta uma análise mais elaborada do que são regras.

A distinção entre regras primárias e secundárias é essencial na doutrina de Hart.²⁰² As regras primárias são aquelas que garantem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. Regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras primárias podem ser formadas, reconhecidas, modificadas ou extintas.

Para Hart há uma distinção entre ser obrigado a fazer alguma coisa e ter uma obrigação de fazê-la. Quando vinculada por uma regra, a pessoa está obrigada a fazer aquilo que esta prescreve e, também, ao mesmo tempo tem uma obrigação.

O conceito de direito de Hart é uma construção de diversas distinções de vinculação das regras a determinada comunidade. Quando uma comunidade particular desenvolve uma regra secundária fundamental que estipula como regras jurídicas devem ser identificadas, a idéia de um grupo distinto de regras jurídicas surge, aduz Dworkin.²⁰³

Os exames do modo pelo qual diferentes regras surgem, bem como o exame da distinção entre regras primárias e secundárias, demonstram que há duas fontes possíveis para a autoridade de uma regra, ou seja, para que determinada regra torne-se vinculante. A primeira fonte surge quando a regra é *aceita* como um padrão

²⁰² HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 33 et seq. e p. 111 et. seq.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 125.

para conduta através das práticas da comunidade. A segunda fonte ocorre quando uma regra é promulgada em conformidade com alguma regra secundária que estipula que as regras assim promulgadas serão vinculantes. Desse modo, a distinção fundamental de Hart funciona de maneira a considerar uma regra vinculante por dois motivos, tanto por ser ela aceita, como por ser ela válida. A regra secundária pela qual faz-se o reconhecimento da validade de outras regras é denominada por Hart como 'regra de reconhecimento,' conforme já referimos.

Segundo Dworkin:

O conceito de direito de Hart é uma construção destas diversas distinções. As comunidade primitivas têm apenas regras primárias, e essas são vinculantes apenas em virtude das práticas de aceitação. Não se pode dizer que tais comunidades possuem 'direito' porque não há nenhum modo de distinguir um grupo de regras legais de outras regras sociais, tal como requer a primeira tese do positivismo. Mas quando uma comunidade particular desenvolve uma regra secundária fundamental que estipula como regras jurídicas devem ser identificadas, a idéia de um grupo distinto de regras jurídicas, e, portanto, de direito, emerge.²⁰⁴

Na teoria de Hart, somente a regra de reconhecimento tem como força vinculante o fato de ser aceita. Hart faz isso porque desta forma, entende Dworkin, procura salvar as bases fundamentais do positivismo dos equívocos cometidos por Austin. Dessa forma, Hart confere às decisões prerrogativas e exigências de obrigação que a teoria de Austin não fornecia por acreditar que os atos seriam tão somente válidos pelo simples fato de serem oriundos do monopólio do poder.

As teorias dos dois positivistas difere também porque Hart reconhece que diferentes comunidades usam diferentes testes últimos acerca do que seja o direito, e que algumas admitem outras maneiras de criação do direito do que simplesmente os atos deliberados de uma instituição legislativa.

Contudo, tanto Hart como Austin, reconhecem a insuficiência positivista que não impede as regras jurídicas com limites imprecisos de não darem conta dos

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p.125.

casos problemáticos. Os dois autores afirmam que os juízes possuem e exercem discricionariedade para decidir estes casos através de novas normas. Nesse sentido aduz Hart:

A possibilidade de os tribunais disporem de autoridade em certo tempo dado para decidir estas questões de limite respeitantes aos critérios últimos de validade, depende apenas do fato de que, nesse tempo, a aplicação de tais critérios a uma vasta zona do direito, incluindo as regras que atribuem autoridade, não suscita dúvida, embora o respectivo alcance e âmbito precisos as suscitem.²⁰⁵

Determinamos com mais exatidão, para os propósitos de nossa análise, as críticas à noção de discricionariedade segundo Dworkin.

4.7 Dworkin e a discricionariedade

A primeira observação de Dworkin acerca da discricionariedade é a de que é um conceito adequadamente utilizado apenas em contextos muito especiais. Para Dworkin a discricionariedade é como se fosse a parte vazia de uma rosca, ou seja, está sempre limitada por uma matéria que lhe dá forma e, por isso, é sempre relativa. Contudo, importa observar que para Dworkin a discricionariedade não significa arbitrariedade na decisão, uma vez que pode ser rechaçada através de alguma espécie de padrão, seja moral, racional ou outro qualquer.

Segundo o conceito de Dworkin, a discricionariedade possui dois sentidos, um fraco e outro forte que somente ocorrem dentro de um contexto onde uma pessoa é encarregada de tomar decisões subordinadas a padrões estabelecidos por uma autoridade particular. Nestes termos, o sentido fraco ocorre quando não há disponibilidade suficiente de dados para a interpretação e nem o contexto mesmo permite um trabalho interpretativo claro, como nos casos em que não se conhece quais ordens foram dadas, ou ignora-se algum dado que tornava essas ordens vagas ou difíceis de serem aplicadas. Nesse caso existe um grande espaço vazio

²⁰⁵ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 166.

onde a faculdade decisiva do subordinado pode transitar, ou seja, as ordens deixam-lhe um grande espaço para a discricionariedade.

O mesmo sentido fraco pode ser atribuído, ainda, quando determinado funcionário tem uma autoridade final para tomar uma decisão que não pode ser reformada por nenhum outro, pois o sistema hierárquico de funcionários estrutura-se de tal modo que alguns têm autoridade superior, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para diferentes classes de decisões, ou seja, a inferioridade hierárquica não significa necessariamente que uma decisão poder ser revisada por alguém que faça parte de um escalão maior.

O sentido forte de discricionariedade distingue-se destes dois sentidos fracos, pois naquele sentido a discricionariedade permite que em determinada matéria o mesmo funcionário possa não estar vinculado a quaisquer padrões estabelecidos pelas autoridades.

Mas o fato do funcionário não estar vinculado a qualquer espécie de padrão não significa que possa dispor arbitrariamente dos motivos fundantes da decisão e nem que esta decisão estará imune as críticas. Quase sempre haverá padrões de racionalidade, eqüidade e eficácia determinando as decisões de uma pessoa, inclusive aquelas decisões nas quais não se trata de submissão à autoridade especial e onde, portanto, não está envolvido o problema da discricionariedade. Para Dworkin:

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele é livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e eqüidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão fornecido pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão da discricionariedade.²⁰⁶

Interessa saber que espécie de discricionariedade o positivismo permite ao juiz utilizar-se toda vez que o esquema positivista falha e as regras não dão conta da decisão por si só, deixando de lado neste momento o que alguns nominalistas arguem, ou seja, que os juízes possuem sempre discricionariedade, mesmo quando

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 142.

uma regra clara está em questão, pois os juízes são, no final, os árbitros últimos do direito. No caso dos positivistas, a discricionariedade somente é permitida ao intérprete quando uma regra estabelecida não se encontra disponível.

O próprio Hart argumenta chamando a atenção para o fato de que algumas regras jurídicas são vagas, ou como ele próprio refere, possuem uma “textura aberta”²⁰⁷. Isto para Dworkin resulta na tautológica proposição de que quando nenhuma regra clara está disponível, é a discricionariedade que deve ser usada. De fato, aí esta a dificuldade em se assumir que os positivistas utilizam discricionariedade no sentido fraco, pois os positivistas não entendem sua doutrina desse modo e demonstram isso ao afirmar que a discricionariedade surge quando e somente na falta das regras.

Os positivistas falam como se sua doutrina da discricionariedade do judiciário fosse um esclarecimento antes que uma tautologia, e como se ela desse conta do tratamento dos princípios. Hart, por exemplo, afirma que quando o poder discricionário de um juiz está em jogo, não podemos mais falar de sua vinculação a padrões, mas que devemos antes dizer quais padrões ele caracteristicamente utiliza.²⁰⁸ Hart acredita que quando os juízes possuem poder discricionário, os princípios que eles mencionam devem ser tratados como aquilo que as cortes “fazem como um princípio” para aplicar ao caso.

Mesmo que o argumento dos positivistas fosse no sentido de que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios, não há nada que possam dizer que demonstre alguma falha no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de vincular-lhe. Para Dworkin a grande questão a ser respondida e que permanecerá é a de se saber por que esse tipo de obrigação é diferente da obrigação que as regras impõem aos juízes.

Os positivistas podem até argumentar que embora alguns princípios sejam vinculantes no sentido de que o juiz deva tomá-los em consideração eles não podem

²⁰⁷ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 38 et. seq.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 144.

determinar um resultado particular. No entanto, Dworkin rebate dizendo que nesse caso trata-se mais de dizer que os princípios não são regras. Se um juiz acredita que os princípios aos quais encontra-se compelido a reconhecer apontam em uma direção e que outros princípios que apontam para uma outra direção não possuem igual peso, ele deve então decidir do mesmo modo como ele deve seguir o que ele acredita ser uma regra vinculante.

Uma outra argumentação possível segundo as teorias positivistas que é rebatida por Dworkin é a que refere-se a controvérsia a respeito da igualdade de peso e autoridade dos princípios em relação à lei. Dworkin contra-argumenta que a referência ao peso de um princípio tem como base um conjunto de “práticas e de outros princípios nos quais as implicações da história legislativa e judicial figuram juntamente com a evocação de práticas e acordos da comunidade.”²⁰⁹ Para o autor norte-americano trata-se de um problema de discernimento que pode deixar em desacordo mesmo pessoas razoáveis e não há um teste decisivo para verificar a consistência de tais argumentos.

Portanto, isso não distinguiria a função de um juiz de outro funcionário que não possui discricionariedade, pois ambos não possuem um teste fundamental para decidir o que é que significa ter mais experiência num caso específico, por exemplo. Não há discricionariedade para nenhum dos dois porque cada um deve chegar a uma compreensão, por mais controversa que seja, acerca do que exigem suas ordens ou regras e agir em conformidade com esta compreensão.

Se a teoria Hartiana, de que em todo sistema jurídico há uma a regra de reconhecimento como teste último para determinar se uma regra é vinculante, estiver correta, conseqüentemente, os princípios não são regras vinculantes. Mas para Dworkin, se os princípios não podem ser submetidos a um teste cabe aos positivistas mostrarem alguma outra razão pela qual eles não podem ser considerados como uma regra jurídica. A menos que alguns princípios sejam reconhecidos como vinculantes pelos juízes e que sejam necessitados como um

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. *In: Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 146.

conjunto para que se alcance uma determinada decisão, nenhuma regra, ou muito poucas, podem também ser tomadas como lhes vinculando.

Para Dworkin, todas as regras estão sujeitas a reinterpretção, até as regras legislativas. Se os tribunais têm discricionariedade para modificar regras estabelecidas, então essas regras evidentemente não os vinculavam e, portanto, não seriam consideradas como lei segundo os modelos positivistas. Disto resulta que os positivistas poderiam muito bem argüir que existem padrões vinculantes para os juizes que determinem quando um juiz pode ou não pode rejeitar ou alterar uma regra estabelecida. Para que isto ocorra, primeiro é necessário que o juiz pense que a modificação avançará alguma política pública ou servirá a algum princípio, os quais justificariam a mudança. Para que as regras sejam protegidas de modificação arbitrárias, não é qualquer princípio que irá justificar uma modificação, nem mesmo as preferências pessoais do juiz, mas a escolha de quais dentre padrões jurídicos devem contar mais que outros.

Além disso, todo juiz que proponha modificar uma doutrina existente deve levar em consideração algum padrão importante que justifique o afastamento da doutrina estabelecida, padrões estes que muito freqüentemente são também princípios, conforme Dworkin. Dentre estes padrões estão o grupo de princípios e políticas públicas que demandam aos tribunais uma especial deferência aos atos do legislativo e o que inclui a doutrina do precedente. Entretanto, assevera Dworkin, os juizes não são livres para escolher dentre os princípios e políticas que formam essas doutrinas. Se o fossem, novamente nenhuma regra poderia ser dita vinculante, desde que vinculante aqui se entenda como a regra afirmativamente sustentada por princípios que o tribunal não está livre para desconsiderar e que são coletivamente mais valiosos que outros princípios em favor de mudanças ou, no sentido de dizer que toda mudança seria condenada por uma combinação de princípios conservadores como os da supremacia do legislativo e do precedente que o tribunal não está livre para ignorar. Ambas as significações tratam um conjunto de princípios e políticas públicas enquanto lei, no mesmo sentido em que as regras o são.

Dworkin utiliza o termo “princípio” para referir à totalidade dos padrões diferentes das regras. Explica o autor:

Princípio é um padrão que deve ser observado não porque avançará ou assegurará um estado econômico, político ou social altamente desejável, mas porque ele é uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou de alguma outra dimensão da moralidade.²¹⁰

No caso *Riggs v Palmer*,²¹¹ que Dworkin cita como exemplo, a corte responsável pelo julgamento utilizou o seguinte raciocínio:

É bem verdade que se as leis que regulam a elaboração, a prova e efeitos de testamentos, bem como a transmissão da propriedade, se tomadas literalmente, e se sua força e efeito não podem de nenhum modo e sob nenhuma circunstância ser controlados ou modificados, concederiam esta propriedade ao homicida. Mas a corte continuou observando que todas as leis, bem como todos os contratos podem ser controlados em seu funcionamento e efeito por intermédio de máximas gerais e fundamentais do common law” A ninguém é permitido aproveitar-se de sua própria fraude ou retirar vantagem de seu próprio erro, ou fundar uma demanda em sua iniquidade ou ainda adquirir propriedade através de seu próprio crime.²¹²

Em outro caso citado por Dworkin - *Henningsen v. Bloomfield Mottors*²¹³ - o autor da ação não foi capaz de apontar qualquer lei ou regra de direito estabelecida que evitasse que o fabricante se remetesse ao contrato. A corte, não obstante, concordou com Henningsen nos seguintes termos:

(a)[Devemos] ter em mente o princípio geral de que, na ausência de fraude aquele que escolhe não ler um contrato antes de assiná-lo não poderá, mais tarde, eximir-se de suas responsabilidades. (b) Aplicando-se este princípio, a tese básica da liberdade das partes competentes em contratar é um fator de importância. (c) A liberdade de contratar não é uma doutrina imutável de um modo que não admita qualificações na área na qual estamos preocupados. (d) Em uma sociedade como a nossa onde o automóvel é um instrumento comum e necessário da vida cotidiana e onde seu uso expõe a perigo o motorista, passageiros e o público, o fabricante encontra-se sob uma obrigação especial em conexão com a construção, promoção e venda de seu carro. Conseqüentemente, as cortes devem examinar atentamente os contratos de compra e venda para

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 128.

²¹¹ Caso julgado pela corte de Nova Iorque em 1889 que teve basicamente que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar por aquele testamento, ainda que ele houvesse assassinado seu avô com este propósito. *Ibid.*, p. 128.

²¹² *Ibid.* p.128.

²¹³ Julgado em 1960 pela corte de New Jersey a qual colocou-se frente à importante questão de se (ou em que medida) um fabricante de automóvel pode limitar sua responsabilidade em caso de defeito do automóvel. DWORKIN, Ronald. *Ibid.* p. 129.

verificar se consumidores e o público interessado são tratados eqüitativamente. (e) Há algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente estabelecido na história do direito anglo-americano do que a doutrina básica de que as cortes não permitirão serem usadas como instrumento de iniquidade ou injustiça? (f) Mais especificamente, as cortes geralmente se recusam a serem tomadas para fazer valer uma 'barganha' na qual uma parte tomou injustamente vantagem das necessidades econômicas do outro. [...] Os padrões estabelecidos nestas observações não são do tipo que nós consideramos como regras jurídicas.²¹⁴

Diante das decisões tomadas frente a cada um dos casos citados, Dworkin conclui que a diferença entre princípios legais e regras jurídicas é tão somente uma distinção lógica. Ambos os tipos de padrões apontam para decisões particulares sobre obrigações legais em circunstâncias particulares, mas eles diferem em função da direção que indicam. Regras são aplicáveis em um modo de tudo-ou-nada. Se os fatos que uma regra enuncia ocorrem, então a regra é válida e, portanto, no caso a resposta que proporciona deve ser aceita. Ou a regra não é válida, no caso em que não contribui em nada para a decisão.

Esse, entretanto, não é modo pelo qual os princípios operam. Mesmo aqueles que se assemelham a regras, não estabelecem conseqüências jurídicas que podem ser seguidas automaticamente desde que as condições previstas estivessem cumpridas. Quando se diz que o direito acolhe o princípio de que ninguém pode beneficiar-se de seu próprio erro, não se está dizendo que o direito nunca permite a alguém beneficiar-se dos erros que comete. Ao estabelecer uma razão que aponta em uma direção, o princípio não está necessariamente tornando necessária uma decisão particular. Sempre poderá haver princípios ou políticas públicas apontando para outra direção.

A diferença lógica entre princípios e regras implica ainda outra diferença, conforme a teoria de Dworkin. Os princípios têm uma dimensão que regras não possuem, aquilo que Dworkin nomina como a dimensão de peso ou da importância. Cabe àquele a quem incumbe resolver o conflito sempre tomar em consideração o peso relativo dos princípios envolvidos.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 129-130.

As regras não têm esta dimensão, operam no sistema tudo-ou-nada, se duas regras entrarem em conflito uma delas não poderá ser uma regra válida. Um sistema jurídico pode regular tais conflitos por intermédio de outras regras como, por exemplo, preferindo-se a regra promulgada pela autoridade maior dentro da hierarquia, a regra posterior ou a regra mais específica. Um sistema jurídico pode também preferir a regra que esteja sustentada pelo princípio mais importante.

Entretanto, assevera Dworkin, nem sempre é claro a partir da mera forma de um padrão se ele é uma regra ou um princípio. Em muitos casos a distinção é difícil de ser feita, como quando uma regra e um princípio desempenham o mesmo papel e a diferença entre eles é apenas um problema de forma. Mas quando tratamos de casos de difícil resolução, naqueles em que necessita-se mais do que mera subsunção do fato a norma, os princípios parecem ter mais peso, desempenhando uma parte essencial nos argumentos acerca de direitos e obrigações jurídicas particulares. Depois de decidido, o caso torna-se uma instância (no exemplo dado por Dworkin, a regra de que aquele que assassina não está capacitado a ser herdeiro da vítima). A regra, todavia, não existe antes que o caso tenha sido decidido.

Em *Riggs versus Palmer*, a nova interpretação dada à lei do direito sucessório é justificada com a leitura desta a partir de um padrão determinado pelo princípio de que ninguém pode tirar vantagem de seus atos ilícitos. Em *Henningsen v. Bloomfield Motors*, a corte citou uma variedade de princípios e políticas públicas concorrentes como autoridade para uma nova regra no que diz respeito à responsabilidade dos fabricantes pelos defeitos dos automóveis.

A discussão da aceitação dos princípios torna-se vital, já que num sistema jurídico que não aceita os princípios como juridicamente vinculantes e, portanto, no qual devem ser levados em consideração por aqueles responsáveis por tomar decisões jurídicas, os casos exemplificativos que Dworkin traz teriam sido decididos para além das regras que se deve aplicar, ou seja, por princípios extrajurídicos que o órgão julgador está livre para seguir se desejar.

Por outro lado, aceitar uma regra como vinculante é algo diferente de tomá-la como uma regra que determine fazer alguma coisa. Hart usa como exemplo o fato de que há uma diferença entre dizer que um Inglês toma como regra (*make it a rule*) assistir um filme uma vez por semana e dizer que há uma regra na Inglaterra de que se deve assistir um filme uma vez por semana, porque a desobediência a regras no segundo caso implica em crítica ou censura o que não ocorre quando há o mesmo ocorre no primeiro caso.

As duas linhas abordadas são diferentes na maneira como concebem os princípios. Na primeira os princípios são vinculantes para os juízes, enquanto que na segunda os princípios são como sumários daquilo que muitos juízes “tomam como princípio” para agir quando forçados a ir além dos padrões que os vinculam.

A primeira abordagem trata as decisões judiciais como validação de obrigações e direitos jurídicos porque são construídas através da aplicação de padrões jurídicos vinculantes. A segunda linha torna o trabalho judicial um ato dotado de discricionariedade *ex post facto* pelo fato da decisão não estar fundamentada num direito preexistente o que não responde satisfatoriamente o problema e demonstra que outra maneira de solução deve ser encontrada.

4.8 Os princípios e a regra de reconhecimento: a crítica de Dworkin

Para que se preserve a noção de regra fundamental (*master rule*) para o direito e para que os princípios possam ser considerados como jurídicos, seria necessário desenvolver algum teste que convenha a todos os princípios e apenas a eles.

Dworkin aduz que o teste de *pedigree* desenvolvido por Hart não funciona para os princípios estabelecidos no caso Riggs e Henningsen. Hart entendia como regras de direito aquelas que eram postas por alguma autoridade competente, tanto as criadas pelo legislativo sob a forma de leis, como as criadas pelos juízes que as

formularam para a decisão de um caso particular e que, então, estabeleceram-nas como precedentes para as decisões futuras.

Ocorre que é inconcebível qualquer fórmula capaz de testar a quantidade e o tipo de suporte institucional que se faz necessário para tornar *ex post facto* o princípio um princípio jurídico, menos ainda para fixar seu valor em uma escala particular de medida. Não é possível reunir todos esses traços em uma única regra, por mais complexa que fosse, e se o fosse, pouco haveria de relação com a descrição de Hart de uma regra de reconhecimento, que se apresenta como uma regra fundamental relativamente estável que especifica, conforme Hart assevera: “alguma característica ou características cuja posse por uma determinada regra é tomada como uma indicação afirmativa conclusiva de que se trata de uma regra.”²¹⁵

Dworkin não enxerga sustentabilidade alguma na fina distinção de Hart entre aceitação e validade. Se argumentarmos em favor do princípio de que ninguém pode tirar proveito de seu próprio erro, diz o autor, poderíamos citar as decisões dos tribunais e as leis do legislativo que lhe dessem sustentação, mas tudo isso diz respeito tanto à aceitação do princípio quanto à sua validade. Os princípios da legislação, do precedente, da democracia ou do federalismo também podem ser contestados. E se o fossem, deveríamos argumentar em sua defesa não apenas em termos da prática, mas também em relação aos outros princípios e em termos da implicação das tendências das decisões judiciais e legislativas.

Assim, ainda que os princípios se sustentem a partir dos atos oficiais das instituições jurídicas, eles não têm uma conexão simples ou direta com esses atos que se conceba em termos de critérios estipulados por uma regra de reconhecimento fundamental última. Para Dworkin, Hart afirma erroneamente que:

[...] uma regra fundamental pode designar como jurídica não apenas regras postas por uma instituição jurídica particular, mas também regras estabelecidas pelo costume. Isso poderia resolver um problema que sempre obstruiu as teorias positivistas, o de que

²¹⁵ HART, *apud*. DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 153.

muitas das mais antigas regras jurídicas jamais foram explicitamente criadas por um legislador ou por algum tribunal.²¹⁶

Dworkin aduz que a regra fundamental pode estipular que determinado costume tenha caráter de lei mesmo antes que os tribunais o reconheçam como tal, mas não pode utilizar como único critério o fato de que a comunidade considera essa prática como moralmente vinculante, pois isso não distinguiria regras jurídicas costumeiras de regras morais costumeiras.

A regra fundamental, segundo Hart, é a marca de sociedades com direito e a distingue das sociedades primitivas, pois promove um teste para identificar as regras jurídicas diferente daquele que procede pela mensuração da maneira pela qual tais regras foram aceitas. É como dizer que toda sociedade primitiva tem uma regra secundária de reconhecimento, a regra segundo a qual toda regra aceita como vinculante é, então, vinculante.

Para Dworkin, a forma como Hart trata os costumes é como se fosse uma confissão de que há ao menos algumas regras de direito que não são vinculantes porque válidas a partir de padrões estabelecidos por uma regra fundamental, mas que o são, tal como a regra fundamental, porque são aceitos enquanto vinculantes pela comunidade. Isso deteriora a estrutura perfeita da teoria de Hart, porque não permite mais dizer que apenas a regra fundamental é vinculante através do critério da aceitação, pois todas as outras regras também são válidas sob esse mesmo critério. Se ele as declarasse parte integrante do direito, admitindo que apenas seu grau de aceitação como jurídicas pela comunidade ou por uma parte dela permite avaliar seu vigor, ele reduziria fortemente o domínio do direito controlado por sua regra fundamental.

Uma vez que esses princípios e políticas públicas são aceitos como jurídicos e, assim, como padrões que os juízes devem seguir quando da determinação de obrigações jurídicas, seguir-se-ia que regras tais como as enunciadas pela primeira vez no caso *Riggs* e *Henningsen* tirariam sua força, ao menos em parte, da autoridade dos princípios e políticas públicas e, assim, não inteiramente da regra

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p. 154.

fundamental de reconhecimento. Desse modo, não é possível adaptar a versão do positivismo de Hart através da modificação de sua regra de reconhecimento de forma a abarcar os princípios.

Mas se considerarmos, entretanto, continua Dworkin, que:

[...] nenhuma regra de reconhecimento pode proporcionar um teste para a identificação dos princípios, por que não dizer que os princípios são últimos e constituem a regra de reconhecimento de nosso direito? A resposta à questão “qual é o direito válido em uma jurisdição?” requereria que estabelecêssemos todos os princípios (bem como as regras constitucionais últimas) em vigor nessa jurisdição a essa época, juntamente com a adequada atribuição de seu peso.²¹⁷

Se simplesmente a regra de reconhecimento fosse designada pela conjunto completo dos princípios em vigor outra não seria a conclusão do que a idéia um tanto tautológica de que o direito é o direito. Mas se, ao contrário, a tentativa fosse no sentido de enumerar todos os princípios em vigor, também não haveria sucesso. Disso tudo, Dworkin chega a seguinte conclusão:

[...] é a de que se tratarmos os princípios como jurídicos, devemos então rejeitar a primeira tese dos positivistas, a saber, que o direito de uma comunidade é distinguido de outros padrões sociais por intermédio de algum teste segundo a forma de uma regra fundamental. Já havíamos decidido que devemos abandonar a segunda tese - a doutrina da discricionariedade do juiz - ou clarificá-la através de trivialidades. E o que dizer da terceira tese, a saber, a teoria positivista acerca da obrigação jurídica?²¹⁸

Com isto, pode-se chegar à conclusão que nos casos em que nenhuma regra estabelecida pode ser encontrada para a resolução do caso judicial, não existe obrigação jurídica até que o juiz crie uma nova regra para o futuro.

A discricionariedade positivista no sentido forte para Dworkin requer essa via da obrigação jurídica porque se um juiz tem discricionariedade, não pode haver direito ou obrigação jurídica que ele deva fazer valer. Para Dworkin, não podemos

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. É o Direito um Sistema de Regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p.157.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 157.

justificar uma decisão judicial a partir de uma obrigação jurídica que repousa sobre um juízo indemonstrável:

Entretanto, uma vez que abandonemos essa doutrina e tratemos os princípios como jurídicos, ressaltamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios bem como por uma regra estabelecida. [...] Se não há regra de reconhecimento, se não há nenhum teste para o direito nesse sentido, como decidiremos quais princípios devem contar, e até que ponto, em um determinado caso?²¹⁹

Para Dworkin é a simplicidade do positivismo - talvez o motivo para tanta utilização de sua doutrina - que impede a construção de sistema jurídico que capaz de dar conta das complexidades que a interpretação da lei impõe. Justamente quando é chamado para solucionar os casos difíceis que o positivismo falha porque: “quando nos deparamos com esses casos, os positivistas remetem-nos a uma doutrina da discricionariedade que não nos conduz a lugar nenhum e não nos diz nada”²²⁰.

De tudo visto, compreende-se que a escolha que confronta a filosofia do direito hoje é entre duas concepções de ordem jurídica e de estado de direito. A teoria dworkiana busca um fundamento em uma teoria sobre a legalidade que incorpore determinados padrões liberais inerentes ao direito.

Uma vez que os expoentes contemporâneos do positivismo são liberais (no sentido defendido nessa dissertação), suas tentativas de resolver a tensão consiste em negar que o direito é sempre e por ele mesmo legítimo. Direito legítimo é aquele que eventualmente possui o conteúdo moral correto, onde os padrões de correção são os padrões da moralidade liberal que aguardam apenas para serem trazidos à superfície através de justificações de princípios para decisões judiciais.

Para os positivistas, entretanto, a imanência dos padrões liberais depende de fatos contingentes acerca da história de um sistema jurídico particular.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *É o Direito um Sistema de Regras?* Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: *Revista de Estudos Jurídicos Unisinos*. São Leopoldo: 2001. Vol. 34, n.º 92, p.158.

²²⁰ *Ibid.*, p. 158.

Dito isso, parece-nos, finalmente, que a leitura moral da Constituição defendida por Dworkin tem o mérito de apontar para a necessária busca de um controle da jurisdição. Ainda que se possa discordar substancialmente de sua teoria jurídica liberal, resta, entretanto, que a via oposta, a do positivismo jurídico tal como desenvolvido por Kelsen e Hart, parecem conduzir-nos a uma penumbra temerária a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho de dissertação, procurou-se demonstrar a importância do projeto liberal na consolidação do Estado de Direito através da crítica que os autores abordados no primeiro capítulo dirigem as relações entre Estado e sociedade que, devido à falta de controle efetivo, invariavelmente resultavam em desigualdades de tratamento entre os indivíduos, conforme fossem sua posição social e suas idéias.

Assim, tentou-se demonstrar que os ideais do liberalismo clássico embasaram a fundação do Estado democrático de direito com suas posições de defesa da liberdade de pensamento e da igualdade entre todos os cidadãos. Essas idéias desaguaram nos ordenamentos jurídicos das nações democráticas como forma de proteção das conquistas obtidas pelos liberais. Entretanto, conforme foi possível constatar, tais conquistas não iriam ter o respaldo suficiente em virtude das incapacidades surgidas a partir da leitura positivista do direito que passaram a dominar a hermenêutica jurídica.

Em contrapartida, procurou-se justamente tornar claro o afastamento do liberalismo clássico das idéias positivistas. Assim, tentou-se desfazer o equívoco de identificar completamente o projeto positivista contemporâneo através de Kelsen e Hart aos ideais liberais.

A ênfase dada ao ceticismo moral no projeto positivista ao mesmo tempo que acentua seu distanciamento do liberalismo clássico mostra as suas fraquezas na garantia do Estado democrático de Direito. Ao reforçar a legalidade, o positivismo abre o caminho ao decisionismo e a discricionariedade que torna as decisões jurídicas imponderáveis.

A teoria de Dworkin traz sem dúvida, ao recuperar o ideal liberal da igualdade, um elemento de controle na ponderação das decisões do poder judiciário. Ao construir uma forma de leitura constitucional que leva em consideração os princípios jurídicos para as tomadas de decisões jurídicas, o autor norte-americano une

novamente o direito e a moral que restavam afastados terminantemente pelos positivistas.

Embora passível de críticas, a teoria de Dworkin dá um passo adiante em relação ao positivismo, uma vez que trazendo elementos outros à argumentação e interpretação jurídica, permite um maior controle sobre as decisões o que torna menos severo o problema de segurança jurídica não combatido pelo positivismo, mas que, ao invés, fomenta ainda mais ao tratar a discricionariedade jurídica como algo legítimo.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, ANDRÉ JEAN. Os espaços democráticos na era da globalização. Qual o futuro para o direito e para os Estados? *Revista de estudos jurídicos*, vol. 37. n.º 99, jan/abr. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

BARZOTTO, LUIS FERNANDO. Os fundamentos da teoria da democracia de Hans Kelsen. *In: Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. São Leopoldo: 2001.

CAPPELLETTI, MAURO. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CONSTANT, BENJAMIN. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

DILTHEY, WILHELM. *Teoria das Concepções do Mundo*. Lisboa: Edições 70, 1992.

DWORKIN, RONALD. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da constituição americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREUD, SIGMUND. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Imago, 2006

_____. *O futuro de uma ilusão*, São Paulo: Imago, 1997.

GASSET, ORTEGA y. *A rebelião das massas*. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano. 1959.

HART, HERBERT L. A. *O conceito de direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAYEK, FRIEDRICH. *Legislação, direito e sociedade*. São Paulo: Visão, 1985. Volume II.

HELLER, HERMANN. *La soberanía :contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fundo de Cultura Economica, 1995.

HERRERA, CARLOS MIGUEL. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. 2 ed. Paris: Kimé, 1997.

JONES, ERNEST. *A vida e a obra de Sigmund Freud*. São Paulo:Imago, 1989. Vol I.

KELSEN, HANS. *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Socialismo e Stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*. Bari: De Donato editore, 1924.

LISBOA, WLADIMIR BARRETO. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação. *In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MACINTYRE, ALASDAIR. *Tras la virtud*. Barcelona: Critica, 2001.

MERQUIOR, JOSÉ GUILHERME. *O liberalismo antigo e moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

MICHELON Jr., CLÁUDIO FORTUNATO. *Aceitação e Objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

MILL, JOHN STUART. *A liberdade/utilidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PETTIT, ROTH. *Dicionário de filosofia do direito*, coordenação: Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*. Salamanca: Alianza Editorial, 2001.

_____. *O conceito do Político*, Petrópolis, Vozes, 1992.

_____. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, EMMANUEL JOSEPH. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHUMPETER, JOSEPH A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

STRECK, LENIO LUIZ: *Verdade e consenso*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVOILLOT, PIERRE-HENRI. *História da filosofia política*. Direção de Alain Renaut; Lisboa: Instituto Piaget, 1999. vol. 3.

TOCQUEVILLE, ALEXIS de. *A democracia na América*. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005. Livro 1.

VITA, ÁLVARO DE. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.