

OS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA MODERNIDADE

Camila Silva Nicácio
Renata Camilo de Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. Estado de Direito - Direito formal burguês. 2.1. A interpretação judicial no paradigma do Estado de Direito. 2.2. A Escola Exegética. 3. Estado do Bem-Estar Social - Materialização do Direito. 3.1. A interpretação judicial no paradigma do Estado Social (Teoria de Kelsen). 4. Estado Democrático de Direito. 4.1. A interpretação judicial no paradigma do Estado Democrático de Direito. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O texto que apresentamos visa identificar e analisar criticamente teorias centrais sobre a interpretação do Direito na modernidade. Partimos do pressuposto de que a hermenêutica, assim como qualquer outra área do conhecimento, é fruto também do contexto e das visões-de-mundo existentes quando da sua produção. Dessa forma, para trabalhar o tema, utilizamo-nos da noção de paradigma.

O conceito de paradigma vem da filosofia da ciência e nos possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica median-

te rupturas, por meio da tematização e da explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo.

Habermas, ao utilizar tal conceito no desenvolvimento de sua teoria discursiva do direito, faz uso também das expressões “ideal social”, “visão social” ou, simplesmente, “teoria”, explicitando que todas essas expressões se relacionam com as concepções implícitas de cada pessoa acerca da própria sociedade e conferem uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito.¹ Os paradigmas jurídicos, à medida que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, interferem na consciência de todos os atores: dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração.

Ao aplicarmos esse conceito ao Direito, podemos estabelecer a seguinte reconstrução: um único grande paradigma para toda a Antiguidade e a Idade Média em contraponto à Modernidade, que pode ser dividida em três grandes paradigmas.² Reconstruímos aqui os paradigmas da Modernidade, sobre os quais passamos a discorrer.

2 ESTADO DE DIREITO – DIREITO FORMAL BURGUEÊS

O Estado de Direito vem como uma ruptura ao paradigma do direito pré-moderno que se estendeu por toda a Antiguidade e a Idade Média, em que o direito encontrava seu fundamento em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costume, transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam.³ A sociedade no mundo pré-moderno

era uma sociedade de castas, em que o direito era distribuído em razão do *status* social ocupado a partir do nascimento na hierarquia social.

O paradigma pré-moderno vai se dissolvendo ao longo de, pelo menos, três séculos por inúmeros fatores. O aumento da atividade comercial e o reaquecimento do mercado trouxe como reflexo um processo de urbanização e de enriquecimento da burguesia que passa a ter, então, poder econômico.

A isso alia-se a reforma protestante, que abriu ainda mais a possibilidade de acumulação de riquezas pela burguesia e de questionamento à fundamentação religiosa para o absolutismo. Estes, dentre outros fatores, como o Renascimento e a Revolução Científica do século XVII, acabaram trazendo a separação entre as esferas normativas da religião, da moral, do Direito, do Estado, – o que, por sua vez, desencadeou um processo de profunda alteração paradigmática.

O marco inicial do paradigma do Estado de Direito pode ser considerado como as codificações do século XVIII. Necessitava-se de uma ordem jurídica escrita, formalizada, que removesse os obstáculos que impediavam o livre desenvolvimento do capital, como os privilégios da nobreza e do clero e as restrições ao acesso à propriedade.

Nesse paradigma, o Direito passa a ser compreendido como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas, um sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade e que eram tomadas como Direito Natural pelos jusnaturalistas modernos. Trabalhava-se, então, com a oposição entre Direito Natural e Direito Positivo. Assim, o Direito, numa ruptura com o jusnaturalismo da Idade Média, passa a ter como fonte a razão, e não uma ordem divina, de modo que as normas deveriam ser impostas por um aparato de organização política laicizado.

Essas idéias abstratas, os chamados direitos de primeira geração ou direitos individuais, vêm pôr fim aos privilégios da sociedade de castas. São eles: o direito à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade. Eram, no entanto, direitos meramente formais. Por liberdade entendia-se o direito de fazer tudo aquilo que as leis não proibiam, e o que se percebe é que o alicerce teórico da liberdade é a propriedade, pois só possuíam direitos políticos (aqui entendidos em

1 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade, v. II, p. 127.

2 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 476, 1997.

3 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 476, 1997.

sentido estrito, direito de votar e ser votado) aqueles proprietários que tivessem determinada renda anual.

Os direitos individuais serviam como limites ao poder do Estado, que passou a estar submetido à ordem jurídica nele instaurada. Percebe-se aí a influência de Rousseau que, firmando o princípio da igualdade de todos os homens e da soberania popular, coloca o poder como residente no povo e não mais reputado a uma ordem divina.

Partia-se da premissa da separação entre Estado e sociedade, predominando, então, a idéia de que o mercado, pelo mecanismo da oferta e procura, se auto-regulava, como se houvesse uma “mão invisível” da economia, que funcionava à medida que cada um buscasse, única e exclusivamente, o seu interesse individual.

Como decorrência disso, o Direito, nesse paradigma, estabelecia limites universais preponderantemente negativos (não furtar, não matar, etc.), garantindo apenas o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, caracterizando o que se chama de Estado Mínimo.

Acreditava-se que, enquanto o Direito Privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, corresponderia a verdades matemáticas inerentes a todo e qualquer indivíduo, o Direito Público, ao variar em seus detalhes de país para país, era visto como mera convenção que deveria apenas assegurar o não-retorno ao absolutismo, precisamente para que aquelas idéias abstratas pudessem ter livre curso na sociedade.

O que se percebe é que a suposição de que o mercado e a sociedade econômica constituíam esferas isentas de poder não é verdadeira e que o tratamento igualitário meramente formal não é suficiente diante das desigualdades fáticas existentes na sociedade. A liberdade jurídica de fazer ou não fazer só existe, na verdade, se o indivíduo possui a liberdade de fato, se existe a possibilidade concreta de escolha.

O maior erro do paradigma jurídico liberal foi o de reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. Eis que a “cegueira social” do Estado Liberal fez com

que o Estado Social se sobrepusesse, conforme pretendemos evidenciar mais a frente.

2.1. A Interpretação judicial no paradigma do Estado de Direito

Completando a obra da Revolução Francesa de 1789 – um dos marcos iniciais do Estado de Direito – surge o Código Civil Napoleônico, proclamando solenemente a igualdade de todos os homens perante a lei. Acreditava-se que ele era o reflexo dos direitos naturais e que, portanto, era uma obra perfeita, fruto da razão, claro, completo e acabado, contendo em si todo o direito.

Assim, a questão da atividade hermenêutica realizada pelo juiz era vista, neste primeiro paradigma, como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos; e a interpretação, algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz era reservado o papel de mera *bouche de la loi*.⁴

Ainda que pareça contraditório, foi justamente nesse momento – auge do jusnaturalismo moderno – que se iniciou uma nova corrente no pensamento jurídico: o positivismo jurídico, que veio a se tornar uma das maiores opositoras ao jusnaturalismo. A primeira manifestação do positivismo foi a Escola Exegética, sobre a qual discorreremos.

2.2 A Escola Exegética

A Escola da Exegese se apresenta como a forma mais pura do positivismo. Foi fundada em 1800 e tem o seu apogeu entre 1830 e 1880. Apesar de

4 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 479, 1997.

positivista, esta escola não nega o direito natural, sendo os códigos a sua maior expressão.

Persistia a necessidade de se fazer do direito uma ciência auto-suficiente, assentada em suas próprias bases e isolada de influências políticas, morais e econômicas.

O fundamento da concepção do direito da Escola da Exegese era a doutrina legalista, ou seja, a idéia de que todo o Direito está na lei. O jurista devia tão-somente explicar a lei, e nunca reformá-la ou ter sobre ela uma visão crítica. A única fonte do direito era a lei, e tudo o que estivesse estabelecido na lei era direito (lei e direito constituindo uma única realidade).

Para essa Escola, a aplicação do Código de Napoleão seria a concretização do ideal jusnaturalista de assegurar os direitos subjetivos fundamentais do homem. Acreditavam que, como o Código era completo, seria possível, por via de um raciocínio dedutivo, encontrar todas as soluções. O dogma da completude garantia para cada caso uma lei prévia, e todos os casos se reduziam a uma expressão simples e sem ambigüidades.

Percebe-se, assim, que o método de interpretação utilizado era o dedutivo-dogmático. Ou seja, observa-se a premissa maior (lei), daí parte-se para a premissa menor (fato concreto) para se chegar à solução jurídica, numa espécie de análise mecanicista.

Percebe-se que, na verdade, o ordenamento escrito não era perfeito, havendo inúmeras falhas e lacunas, de forma que, quando os exegetas percebiam que o uso do método dedutivo-dogmático era insuficiente, passavam a fazer uso da idéia de buscar-se a intenção do legislador nos precedentes legislativos ou, então, procurava-se descobrir sua intenção presumida, de acordo com a situação social da época da formulação da lei e aplicá-la ao caso concreto.

3 ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL – MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO

A gigantesca concentração econômica, o alastramento da miséria, o crescimento econômico desordenado e o surgimento de idéias socialistas, anarquistas e comunistas incentivam a revolta social, que passa a ser organizada pelos

movimentos coletivos de massa na segunda metade do século XIX. Lutava-se por novos direitos, os coletivos e sociais, como o direito à saúde, à educação, direitos trabalhistas, etc. O paradigma liberal atinge o auge de sua insustentabilidade com a Primeira Guerra Mundial, quando ocorre uma crescente complexificação da estrutura da sociedade, exigindo uma remodelação do Estado e do Direito, de forma que, com o fim dela, vê-se instalado novo paradigma constitucional.

Trata-se do paradigma do Estado Social, que se iniciou predominantemente autoritário, como se percebe na instauração da República de Weimar, na Alemanha, ou na Ditadura de Vargas, no Brasil, de forma tal que, com ele, pôs-se fim aos fundamentos jurídico-constitucionais nos quais se apoiava a autarquia do direito privado.

Como o mercado e a sociedade econômica não constituem esferas isentas de poder (como se supunha no modelo liberal), nesse paradigma busca-se implementar o princípio da liberdade jurídica por meio da materialização dos direitos existentes (especificando o conteúdo das normas de direito privado) e por meio da criação de outros tipos de direitos (sociais e econômicos), capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza socialmente produzida.

Os direitos de primeira geração ganham uma nova leitura e há um acréscimo dos chamados direitos de segunda geração nos ordenamentos, de forma tal que a liberdade deixa de ser o direito de fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis e passa a pressupor todo um complexo de leis sociais e coletivas que possibilitem o reconhecimento das desigualdades materiais e o amparo ao lado social ou economicamente mais fraco da relação. Da mesma forma, a propriedade passa a ser considerada um mecanismo de incentivo à produtividade e à operosidade sociais, devendo ser condicionada ao cumprimento de uma função social. Deixa de ser a propriedade o alicerce dos direitos fundamentais, resgatando-se a idéia de uma igualdade que acabou sendo, tendencialmente, material.

Nesse novo paradigma são, basicamente, dois aspectos que servem de pano de fundo para uma nova compreensão: de um lado, a imagem de uma

sociedade cada vez mais complexa, composta de esferas de ações funcionais, as quais forçam os atores individuais a assumir a posição marginal de "clientes", entregando-os às contingências de operações sistêmicas independentes; de outro lado, existe a expectativa de que essas contingências venham a ser controladas normativamente por meio das operações reguladoras de um Estado Social que intervém de modo preventivo ou reativo.⁵

Deixa-se de acreditar na verdade absoluta de cunho matemático dos direitos individuais, de forma que tanto o direito privado como o público apresentem-se como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática, e não mais ontológica. Assim, todo o direito passa a ser considerado público, refletindo a imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente.⁶

O que se percebe é que esse Estado providente corre o risco de prejudicar, pelas suas intervenções antecipadas, a própria autonomia que ele deve proteger, preenchendo os pressupostos fáticos de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas.⁷ Assim, fator determinante para a crise do Estado Social foi a "insensibilidade" das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes, dificultando a configuração autônoma da vida privada – fraqueza simétrica à "cegueira social" do direito formal burguês.⁸

3.1. A interpretação judicial no paradigma do Estado Social (Teoria de Kelsen)

Nesse novo paradigma, a atividade a ser realizada pelo juiz deixa de ser considerada apenas uma tarefa mecânica de aplicação silogística. A hermenêutica

jurídica busca métodos mais sofisticados, como as análises teleológicas, sistêmicas e históricas, capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei.⁹ Teoria que demonstra bem como a hermenêutica ganha maior complexidade nesse paradigma é a formulada por Kelsen.

O modelo interpretativo kelseniano se fundamenta em conceitos tais como o de indeterminação, interpretação autêntica e discricionariedade. Passamos à sua análise:

• *Indeterminação* – Para Kelsen, a atividade interpretativa é aquela que recai sobre o ordenamento jurídico de forma a acompanhar o Direito como norma inferior advinda de uma norma superior, ou seja, quando da produção da norma inferior para a aplicação da norma superior. Essas normas, hierarquicamente dispostas no ordenamento jurídico, mantêm, então, uma relação de determinação, pois que, da passagem de uma norma do escalão superior para uma do escalão inferior, busca-se regular tanto o ato de criação da nova norma, quanto o ato de execução – para os casos em que a norma já exista.

A determinação, porém, não é completa, de modo que se pode falar em uma margem de indeterminação, uma margem de arbítrio para quem aplica a norma. Espera-se, na verdade, que a norma inferior continue o processo de determinação para a ordenação hierárquica das normas jurídicas.

A indeterminação pode advir tanto de um ato que cria nova norma, quanto de um ato que simplesmente implementa a norma superior; e refere-se tanto ao que condiciona o ato quanto ao que dele possa decorrer. Dá-se o nome de intencionada ou proposital a esse tipo de indeterminação, pois que ela é desejada pelo órgão jurídico que a editou, à hora de sua confecção, para que caiba ao aplicador a função de ajustar o comando da norma geral às necessidades e às peculiaridades do caso concreto.

5 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. II, p. 142.

6 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 480, 1997.

7 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, p. 145.

8 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, p. 125.

9 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 481, 1997.

Há também a indeterminação não intencional, advinda do próprio texto pelo qual a norma que se quer implementar se exprime, que dá margem a contradições ou ambigüidades, posto que várias leituras podem ser atribuídas a uma mesma norma. Do conflito entre expressão lingüística, da qual a norma se vale, e vontade do legislador advêm várias possibilidades: pode ser que haja discrepância entre o que pensou o legislador e os dizeres literais da norma; ou que duas normas se pretendam válidas simultaneamente (estando elas contidas numa mesma lei), e ainda, que estas normas se contradigam.

A indeterminação, intentada ou não, abre, portanto, várias possibilidades de aplicação da norma a ser aplicada, de forma que esta possa ser considerada uma moldura, um quadro de possíveis leituras para a sua aplicação.

Reside aqui o primeiro embate travado por Kelsen contra a chamada “jurisprudência tradicional”, na seara da interpretação jurídica, pois que esta crê que seja possível que a interpretação jurídica não só descreva a moldura, mas que também e, primordialmente, a preencha da forma mais adequada possível, segundo parâmetros de justiça e correção, que adviriam da própria lei a ser aplicada. Kelsen não admite essa posição, posto que rejeita a possibilidade de que a lei aplicanda ofereça apenas uma única interpretação correta.

Essa noção, inclusive, vai de encontro à própria idéia de que a interpretação seja possível ou necessária, pois que contraria o fato de a norma a ser aplicada ou de o sistema de normas deixarem em aberto uma série de alternativas de aplicação, dentre as quais, somente *a posteriori*, por meio de um ato criador de Direito realizado pelos órgãos aplicadores, poder-se-á escolher entre uma e outra.

A crítica kelseniana se refere aos pressupostos de que parte a jurisprudência tradicional, qual seja, a possibilidade de se obter a determinação – que a norma superior aplicável não contém – por meio de algum tipo de conhecimento do Direito preexistente. Ou seja, Kelsen defende que normas jurídicas não são criadas por meros atos de cognição, mas por atos de vontade de um órgão aplicador que tem de fixar a interpretação possível dentre o quadro de possibilidades quando da produção da norma inferior.

• *Interpretação autêntica e discricionariedade* – Temos que, se a interpretação jurídica implica um ato de vontade que se manifesta quando da escolha de uma das possíveis leituras contidas na moldura, há uma margem de livre apreciação, por parte do aplicador, das possibilidades pertinentes ao quadro descrito.

Entre essas leituras, não há, segundo o Direito Positivo, o que faz desta ou daquela a mais correta. Elas representam resultados possíveis, e a questão que permeia o momento da escolha de uma delas é, unicamente, de política, não de teoria ou ciência.

A escolha do aplicador é discricionária, implica um ato de vontade autorizado que a diferencia da interpretação realizada pelos cidadãos que têm de observar as leis, sob pena de sofrerem as sanções que elas prescrevem. Diz Kelsen que esta interpretação é não-autêntica, uma vez que não tem caráter vinculante. A interpretação feita pelo aplicador também se diferencia daquela interpretação não-autêntica realizada pela Ciência do Direito, que “conhece” o Direito, descrevendo as leituras possíveis de cada norma.

Kelsen acredita, inclusive, que é justamente essa função descritiva da Ciência do Direito, no tocante à interpretação jurídica, que traça os liames para o grau de discricionariedade dos órgãos aplicadores, quando de uma aplicação das normas ao caso concreto; isto é, quando da solução para um caso concreto, o juiz está, necessariamente, vinculado ao quadro ou à moldura de interpretações possíveis descrito pela Ciência do Direito. A liberdade não é total, pois que, quando Kelsen diz da interpretação como “ato de vontade”, está se referindo à autoridade, à discricionariedade de que se reveste o órgão aplicador para optar entre uma ou outra leitura possível (posto que inserida na moldura), não a uma terceira e arbitrária possibilidade – não descrita pela Ciência do Direito.

A interpretação levada a cabo pelos órgãos aplicadores ou por mais quem o próprio Direito assim credencia é vinculante e criadora de Direito – e, por isso, chamada “autêntica”. Ou seja, órgãos aplicadores têm a função de produzir direito, à medida que criam normas válidas, pois que fundadas em normas a elas superiores.

O Prof. Marcelo Cattoni de Oliveira, ao fazer um resgate dos passos percorridos por Kelsen, focalizando seu trabalho em alguns pontos das edições

da *Teoria Pura do Direito*, de 1934, 1953 e 1960, ressalta que somente em 1953 o termo “interpretação autêntica” é inserido nessa obra. Nessa edição, prossegue o professor, Kelsen considera ser possível a interpretação autêntica apenas quando se trate de normas advindas do interior da moldura ou do quadro traçado pela Ciência do Direito.¹⁰

Entretanto, as modificações introduzidas por Kelsen à *Teoria Pura do Direito* de 1960 se referem não só à estrutura da obra, mas também ao seu conteúdo, pois que, a partir de tal edição, *interpretar autenticamente também significa produzir uma norma que se situe fora da moldura que a norma aplicanda representa* (que é revelada pela interpretação cognoscitiva), tanto para os casos em que a interpretação tem natureza geral, quanto se tratar de norma jurídica individual produzida pelos órgãos autorizados pelo Direito para tal função – sendo que a única exigência que se faz, com relação à validade da norma produzida, é que o ato que a produziu já tenha transitado em julgado, não sendo, portanto, passível de anulação.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO,

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado Social começa a ser questionado. Entretanto, é somente no início da década de 70, com a crise econômica, que a inadequabilidade desse modelo manifesta-se em toda sua dimensão, levando a um questionamento da racionalidade objetivista dos tecnocratas, do planejamento econômico, bem como da oposição antitética entre técnica e política, que acabaram transformando o Estado em uma empresa acima de outras empresas.¹¹

10 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. I, 1997.

11 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 481, 1997.

A tentativa de superar a oposição entre Estado Social e direito formal burguês fez com que, a partir dos anos 70, a discussão em torno da compreensão paradigmática do direito se tornasse reflexiva, transformando-se em um tema explícito da doutrina jurídica. Toma-se consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo à prática do direito, de forma que este não pode permanecer alheio ao seu modelo social.¹² Percebe-se a necessidade de se construir um paradigma adequado à descrição mais apropriada de sociedades complexas, um paradigma que faça *jus* à idéia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais, superando o propalado particularismo de uma ordem jurídica que perdeu o seu centro ao tentar adaptar-se à complexidade do contexto social.¹³ Da mesma forma, a compreensão da constituição passa a ser reflexiva, sendo vista agora como um projeto pretensioso de realização do direito, em que todos os atores afetados têm de dar a sua contribuição para a compreensão de como o conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas.

Para adequar-se às sociedades hipercomplexas da era pós-industrial, os direitos de primeira e segunda gerações ganham um novo significado, sendo agora revestidos de uma conotação processual, trazendo a idéia de um direito participativo, pluralista e aberto, em que os cidadãos participam do debate público que informa e conforma a democracia do novo paradigma. Tem-se o advento dos direitos de terceira geração, os chamados interesses ou direitos difusos, cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados.¹⁴

Para Habermas, o direito é o *medium* de integração entre os diferentes sistemas sociais da sociedade moderna, que ele descreve, na modernidade, como

12 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade, p. 129.

13 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade, p. 129.

14 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 481, 1997.

uma rede de comunicações e interações entre sistemas funcionalmente diferenciados e mundo da vida racional. Nessa complexidade sistêmica, os subsistemas se valem do ordenamento jurídico para manter uma relação de aparente isolamento diante dos demais subsistemas. Essa tendência permite que o direito seja posto como instância que coloniza o mundo da vida.

Isso, porém, só é possível à medida que as decisões do sistema jurídico assegurem a um só tempo a legalidade (segurança jurídica, faticidade) e a adequabilidade às particularidades do caso concreto (validade), o que possibilita a legitimidade desse sistema. Para que a decisão possa cumprir esses requisitos, é colocado como pressuposto o fato de que ela tenha surgido da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Os cidadãos, no entanto, só podem ter sua autonomia pública garantida por meio de direitos de participação democráticos, à medida que tiverem sua autonomia privada assegurada (o que não ocorria no Estado Social). Esta serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada.¹⁵

Esse complexo circular manifesta-se também na gênese do direito vigente, pois o direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito, que se alimenta das comunicações de uma esfera pública política não transmitida por herança e enraizada nos núcleos privados do mundo da vida por meio de instituições da sociedade civil.¹⁶

Habermas, em sua teoria, constrói um modelo de circulação do poder voltado para o Estado Democrático de Direito, que não seja paternalista e inclua o poder comunicativo e o público de cidadãos. Nesse modelo devem constar processos de comunicação e decisão do sistema político que se assentem num eixo centro-periferia e se estruturam por um sistema de canais. O centro é formado pelo governo (administração); pelo poder judiciário; pelos corpos par-

lamentares, eleições políticas e competições partidárias; além de também por uma periferia interna representada por instituições com certo grau de autonomia legislativa e supervisora (universidades, fundações, câmaras, etc.).

A periferia externa, por sua vez, é composta por fregueses, ou clientes, e por fornecedores de insumo. Os primeiros são aqueles que cobram do Estado serviços conforme interesses corporativos e privados (sindicatos, associações empresariais, grupos de interesses particulares); os segundos, são aqueles que dão voz aos problemas sociais, são a denominada sociedade civil e têm interesse em resolver normativamente as questões que levantam. A sociedade civil, composta por associações, movimentos sociais, grupos espontâneos e organizações, forma o substrato para a esfera pública à medida que capta, problematiza e generaliza os problemas da esfera privada (nível das interações simples) e, dessa forma, possibilita que a circulação do poder se dê de modo oficial.

Habermas chama atenção para o fato de que, como há uma necessidade constante de atuação do sistema político por causa de crescente falta de integração entre os sistemas sociais, as decisões normalmente são tomadas sem levar em conta a opinião do público de cidadãos, numa tentativa de fracionar os problemas em componentes menores para diminuir a complexidade. Em razão disso, a desobediência civil e os novos movimentos sociais ganham uma função primordial dentro da teoria, já que constituem alternativas capazes de reverter o fluxo da comunicação em ocasiões em que as decisões são consideradas ilegítimas, quando a sociedade civil é negligenciada pelo sistema político. Os movimentos emergentes problematizam a contra circulação, e a partir daí procuram ganhar apoio da esfera pública para pressionar a esfera política.

4.1 A interpretação judicial no paradigma do Estado Democrático de Direito

Também no paradigma do Estado Democrático de Direito há uma grande e significativa transformação na visão de como deve ser feito o processo de interpretação e aplicação do Direito.

15 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade, p. 146.

16 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade, p. 146.

A “guinada hermenêutica” empreendida por Hans-Georg Gadamer, filósofo vinculado à tradição teórica da hermenêutica filosófica, e toda a discussão que vem se desenvolvendo desde a década de 70 contribuíram, conforme já mencionado, para o avanço do paradigma da interpretação. A partir dessa virada hermenêutica percebe-se que não apenas textos são interpretados.

Assim, nesse novo paradigma, há um incremento de exigências quanto à postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais hauriria a norma, mas, inclusive, diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito. Há, dessa forma, uma exigência de que as decisões judiciais cumpram não apenas o critério de certeza jurídica, mas também o de aceitabilidade racional. As decisões do Judiciário devem retrabalhar construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, de forma a dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade (segurança jurídica) quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.¹⁷ Esse é, justamente, o fio condutor das teorias interpretativas do Estado Democrático de Direito. Trabalharemos aqui a teoria de Ronald Dworkin, bem como as pontuações feitas por Habermas quanto a ela.

• *Teoria de Ronald Dworkin* – Nossa exposição sobre a teoria interpretativa de Dworkin se baseará nos seguintes tópicos: as críticas às perspectivas positivistas e realistas, como ponto de partida para a construção de um novo modelo interpretativo; a questão principiológica – Direito como integridade; a tese da única resposta correta e, finalmente, o juiz Hércules.

O autor em tela de análise representa um dos principais e mais ferrenhos críticos do que se convencionou chamar “positivismo jurídico”. A primeira crítica de Dworkin aos positivistas se refere ao modo como estes concebem/des-

crevem o ordenamento jurídico. Para ele, o ordenamento composto apenas por regras, tal como propõe o positivismo, não possibilita ao Direito cumprir seu papel de integração social, pois que se restringe a uma visão unilateral e insuficiente. O ordenamento, segundo Dworkin, é composto de regras e de princípios. Estes, contingentes e dinâmicos, investem-se de um conteúdo moral e prestam-se à realização da justiça. São eles que fundam ou justificam as regras jurídicas.

Dworkin diz que não é possível que se confundam princípios e regras, pois que, mesmo que eles apresentem uma coincidência funcional, visto que são ambos requeridos pela sentença jurídica individualizadora de direitos e deveres, possuem um diferencial crucial concernente ao conteúdo que apresentam. As regras se excluem mutuamente quando de um confronto. Se são incompatíveis, não há meio de que uma subsista com a outra. Não há lugar para contradições.

Já os princípios, como representação daquilo que a comunidade tem de mais caro e precioso, podem conviver de forma harmoniosa, mesmo que eventualmente se contradigam. Princípios são, portanto, normas inegociáveis que, no caso de um conflito, não são eliminadas segundo as particularidades do caso em questão, mas sopesadas, de forma que um princípio não se desnatura ou deixa de existir porque foi preterido em determinadas circunstâncias. Isso não implica dizer que aos princípios cabe uma aplicação que não lhes envolva a inteireza; isto é, não aplicamos 80 ou 50% de um princípio para que outro princípio possa encerrar a porcentagem em 100%. Um deles será escolhido para a solução do caso, em detrimento do outro, certamente. O que queremos dizer, de fato, é que eles podem coexistir em um ordenamento de forma harmoniosa, mesmo que sejam contraditórios em determinadas situações.

Podemos falar, assim, que todas as normas, tanto as regras como os princípios, são esquemas de interpretação do tipo “tudo ou nada”; ou seja, não se pode aplicar uma norma “mais ou menos” ou “um pouco de uma norma”; ela deve ser aplicada em sua totalidade, sob pena de que sua fundamentação não seja minimamente plausível no que se refere à validade.

Uma segunda crítica que se pode descrever é a seguinte: a escola positivista separa, de modo irremediável, a moral e o direito. Dworkin reluta em aceitar tal possibilidade e argumenta que até mesmo nas práticas dos tribunais essa distin-

17 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 481, 1997.

ção não pode ser verificada satisfatoriamente. Para ele, o direito possui um conteúdo moral, que se revela a cada decisão. Esta moral penetra no direito pela via do procedimento legislativo democrático e das condições de equanimidade da constituição de compromissos. Ou seja, a moral está tanto na formação da vontade política do legislador como na comunicação política da esfera pública. Existe uma interpenetração entre direito e moral que, ao contrário de dissociáveis, são coerentes entre si, à medida que por “moralidade” deve-se entender “justiça”. Desse ponto de vista, uma decisão moralmente arbitrária é tanto indesejável (porque injusta!) quanto uma decisão inadequada a determinado caso concreto.

Outra possível crítica, decorrente das duas primeiras, é acerca da interpretação jurídica para os positivistas. O positivismo diz de decisões únicas, obtidas a partir de regras que são válidas porque adequadamente trazidas à luz pelas instituições próprias. Há a garantia da certeza, mas não a certeza da correção. Não há permeabilidade a princípios metajurídicos. Se o positivismo concebe o sistema como fechado, completo, sem antinomias (tendo as lacunas como “mera aparência”, por causa de possibilidade de usos sucessivos de silogismos), não dá, dessa forma, espaço à subjetividade do juiz. Se o ordenamento é fechado, porém, é, conseqüentemente, restrito e faz com que o juiz lance mão do seu *poder discricionário*, do seu livre arbítrio. A decisão do juiz, na realidade, se produz antes dos argumentos que a justificam. Assim, a controvérsia entre juiz criador e juiz declarativo perde substância, pois qualquer um dos dois julga tanto por um, quanto por outro método, dependendo do resultado que pretende obter.

Dworkin é contra a teoria da discricção judicial. Diz que quando de casos de difícil solução não se deve desejar a liberdade do juiz, pois que ele não é apto a ditar normas. Tais casos difíceis ou *hard cases* possuem sempre uma resposta correta, sem que se tenha de recorrer ao poder discricionário do juiz. Nessas situações, quando não se pode aplicar nenhuma norma que seja correta ou adequada, pode-se lançar mão dos princípios. O material jurídico, assim – composto por regras e princípios, estaria sempre apto a oferecer uma decisão ao que lhe fosse apresentado. O juiz aqui não se coloca como legislador, não cria direitos, apenas faz a defesa desses direitos, com base em regras e princípios

preexistentes. Dworkin, nesse ponto, critica também os realistas, que acreditam ser a decisão judicial arbitrária, porque caem também no erro de considerar o ordenamento jurídico somente como um conjunto de regras, de forma que o juiz poderia escolher que regra aplicar perante um caso concreto. Dworkin nega o poder político dos juízes, sem necessidade de reduzir seu trabalho a uma atividade meramente mecânica.

Ele renuncia à perspectiva objetivante, adotada pelo Positivismo, e se coloca na perspectiva dos envolvidos, percebendo que, muitas vezes, mesmo não havendo dúvida com relação aos fatos de um caso concreto, nem sobre a letra da lei, permanece a questão de qual é o direito para aquele caso, já que o ordenamento jurídico não é composto somente por regras, mas também por princípios, que concorrem para a solução do caso concreto. É a partir desse ponto que o autor busca construir seu modelo de interpretação, denominado construtivista.

Dworkin, para responder à questão que se coloca como crucial para a teoria do direito – qual seja, como é possível ao direito cumprir sua dupla função de legitimação e integração social? –, propõe a chamada teoria do juiz “Hércules”, como ficou conhecido o juiz por ele imaginado. Em breve retomaremos Hércules e seus “poderes”.

Sua teoria se assenta não somente nas críticas feitas ao ceticismo embutido na teoria positivista, mas se referem também à teoria realista, pois que a fusão completa e irrestrita entre política e direito (tal como propõe a escola realista) em nada contribui para a questão da certeza jurídica. Ou seja, atribuir as decisões dos juízes à sua consciência subjetiva é tão lamentável e desastroso quando e enquanto pensamos a interpretação no marco do Estado Democrático de Direito, como aceitar a tese da discricionariedade judicial.

Dworkin acredita ser a interpretação jurídica uma atividade teleológica, ou seja, dotada de um fim. Assim, se um juiz adota uma perspectiva positivista, suas decisões se pautarão pelos parâmetros da segurança, da previsibilidade e da certeza jurídica – garantias do bom e eficaz funcionamento da comunidade. No entanto, ele espera que o Direito não somente pacifique as relações e garanta o bom funcionamento social, mas que, sobretudo, o faça de forma a não ferir

princípios, ou seja, que o Direito torne o governo mais coerente, que busque a integridade de forma que a comunidade seja regida por princípios, e não apenas por regras que possam ser incoerentes com esses princípios.

Dworkin estabelece uma compreensão dinâmica do ordenamento jurídico, de modo que a distinção entre tais regras e princípios se dá na análise de um caso concreto em que um juiz, ao tomar uma decisão, deve reconstruir, da melhor forma possível, toda a história do Direito até aquele momento, considerando o ordenamento jurídico como um todo (coerência com princípios) e as especificidades do caso em questão.

O autor busca resgatar os exigentes pressupostos que informam a postura do juiz em uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Para ele, todo e qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda a tutela jurisdicional é único e irrepetível, como, aliás, o são todos os eventos históricos. Dessa formá, é um pressuposto de sua teoria que, um juiz Hércules, realize um esforço no sentido de encontrar no ordenamento, considerado em sua inteireza, a única decisão correta para cada caso específico, irrepetível por definição. Todo caso deve ser tratado como um caso difícil.

Como resultado dessa concepção do Direito como integridade, o juiz deve, segundo Dworkin, procurar para cada caso a melhor solução possível, para que sua decisão continue a história do Direito da forma mais adequada. Continuar a história da forma mais adequada significa apoderar-se criticamente desta história institucional e fazer uma reconstrução do direito vigente até o momento da decisão pretendida.

Dworkin constrói, portanto, um esquema de interpretação baseado em princípios que tem como objetivo identificar a moralidade pressuposta nas leis e instituições, além de justificar e harmonizar o ordenamento.

Cabe a Hércules, portanto, encampar essa tarefa inglória. Para tanto, reveste-se este poderoso juiz de apostos quase sobre-humanos. É ele, ao mesmo tempo, um juiz, um filósofo, um sociólogo, etc., isto é, detém Hércules o poder e o privilégio de conhecer a verdade. É, sobretudo, pelo caráter solitário, monológico e sobre-humano deste juiz que a teoria de Dworkin será veemente-

mente criticada, visto que ele coloca em xeque o pressuposto mesmo de que partiu: o direito como integridade ou como coerência a princípios.

• *Teoria discursiva de Jürgen Habermas* – A teoria de Habermas possibilita uma reconstrução da tensão imanente ao Direito entre faticidade e validade, feita a partir da perspectiva do papel desempenhado pelo Direito nos processos de integração social. A teoria discursiva do direito busca superar os dilemas epistemológicos legados pelo Positivismo, pela Hermenêutica Filosófica e pelo Realismo Jurídico, à medida que não se deixa vincular a um único ponto de vista disciplinar; ao contrário, permanece aberta a diferentes objetivos teóricos, a diferentes papéis sociais e a diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa, a fim de que uma abordagem normativista não perca o seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetivista exclua qualquer aspecto normativo, mas permaneçam em tensão.¹⁸

Ao explicar sobre sua noção de hermenêutica, Habermas demonstra que toda expressão dotada de sentido pode ser identificada, numa perspectiva bifocal, tanto como ocorrência observável quanto como objetivação inteligível de um significado. Ou seja, é possível descrever, explicar ou predizer um ruído que equivalha ao proferimento vocal de uma frase falada, sem ter a menor idéia do que esse proferimento significa. Para captar seu significado, no entanto, é preciso participar de algumas ações comunicativas no curso das quais se empregue de tal modo a frase mencionada que ela seja inteligível para os falantes e ouvintes e para os membros eventualmente presentes da mesma comunidade.¹⁹ Para ele, a hermenêutica considera a linguagem a partir da forma como é empregada pelos participantes com o objetivo de chegar à compreensão conjunta de uma coisa ou uma maneira de ver comum.

18 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*, p. 40.

19 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. I, p. 276.

Daí as críticas feitas por Habermas à Dworkin, pois, apesar da interessante proposta de uma interpretação principiológica, Habermas não concorda com o caráter monológico da atividade do solitário juiz Hércules. A objeção levantada à teoria do direito ideal, formulada por Dworkin, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, parte da premissa de que essa teoria possui um único autor (o juiz).²⁰

Para Habermas esse princípio monológico vai contra a própria proposta de Dworkin de colocar o direito como integridade ou como coerência a princípios, pois do ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo elaboração da Constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional.²¹

O paradigma do Estado Democrático de Direito deve, conforme mencionado, fazer *jus* à idéia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais.²² Dessa forma, a Constituição deve ser vista como um projeto pretensioso de realização do direito, em que todos os atores afetados (e não apenas o juiz) têm de dar a sua contribuição para a compreensão de como o conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas, de forma a tornar possível que o direito cumpra seu papel de servir de *medium* de integração entre os diferentes sistemas sociais da complexa sociedade moderna.

20 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de Direito*, p. 32 e 33.

21 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni: *Tutela ...*, p. 276.

22 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni: *Tutela...*, p. 129.

5 CONCLUSÃO

Temos que o nosso objetivo, ao fazer a análise sobre os paradigmas da modernidade, foi tentar compreender a noção que se tinha em cada um deles sobre o Estado, a sociedade, o Direito, bem como sobre a interação entre eles, de forma a possibilitar a compreensão sobre o modo pelo qual essas noções influenciaram e influenciam as construções de como deve se dar a interpretação e a aplicação do direito no caso concreto.

Tal estudo se faz necessário à medida que as mudanças na concepção de direito trazem inovações para o ordenamento, e que tais inovações só podem ser apreendidas em toda sua amplitude se pudermos visualizar as mudanças históricas, as mudanças no pensamento, que levaram não só à inserção de novos institutos em uma ordem jurídica, mas também à releitura dos antigos institutos.

Esperamos que a análise aqui realizada sirva como reflexão sobre nossa realidade atual, bem como da nossa secular história de exploração e exclusão. Faz-se imperativa a necessidade de nos apoderarmos criticamente dessa história institucional e buscar continuar a trajetória de nossa comunidade da melhor maneira possível, pois que um sistema político que se pretenda minimamente democrático não pode negligenciar a população, visto ser *a democracia a correspondência, na medida do possível, entre as demandas da população e as decisões da administração*.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, 1997.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, jan./jun. 1997.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. As correntes e escolas mais importantes do pensamento jurídico. *Cadernos do Bacharelato*, Belo Horizonte: MEFD, v. II.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, jan./jun. 1997.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey.

_____. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. I, 1997.

ESTADO NA CONCEPÇÃO DE ROUSSEAU – NATUREZA, DESIGUALDADE, CONTRATO

Fabricio Gonçalves de Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos e noções do Estado 3. Estado de Natureza. 4. Desigualdades. 5. Estado civil. 6. Contrato social. 7. Estado Político segundo Rousseau. 8. Volta ao Estado de Natureza. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O Estado sempre foi um assunto pertinente às mentes dos pensadores em toda evolução da história. Desde os filósofos antigos – como Platão e Aristóteles – até os modernos – Hobbes e Kant –, passando pelos medievais e ainda chegando aos dias atuais, encontramos pensadores dispostos a discorrerem sobre o tema, dentro, obviamente, de perspectivas próprias.

Dada a gama de teorias sobre o assunto, tornaria extenso e, portanto quase impraticável, determo-nos em cada um desses inúmeros filósofos e em suas respectivas idéias. Todavia, considerando a importância do conhecimento sobre tal fenômeno, faz-se necessário limitar esta obra, cujo objeto é o Estado,

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e pesquisador do CNPq.