UMA VISÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO A PARTIR DE DWORKIN

A VISION OF NEOCONSTITUTIONALISM SINCE DWORKIN

GISELE MASCARELLI SALGADO*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O Neoconstitucionalismo surge como um modo de pensar as questões constitucionais do Estado na atualidade, na tentativa de solucionar problemas de uma teoria do Direito de complexidade proporcional à sociedade que está inserida. Dworkin é um dos que se propõe a pensar alguns desses novos parâmetros do Direito, porém sua teoria enfrenta dificuldades inerentes ao descompasso conceitual e metodológico. A grande dificuldade da obra de Dworkin, está em partir de um sistema específico de Direito para pensar uma teoria que se pretende universalizante.
Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Teoria de Dworkin. Princípios.

Abstract: Neoconstitucionalismo appears as a way of thinking the constitutional questions of the State, in the attempt of solving problems of a theory of Law that has a complexity, in the same proportional of complexity to the society that is inserted. Dworkin intends to think of Law based in some of those new parameters, however his theory faces inherent conceptual and methodological difficulties. The higherest difficulty faced by Dworkin work´s, is dealing in his theory with a specific system of Law to compose a theory that intend universal.
Key Words: Neoconstitutionalism. Dworkin Theory. Principles.

"Em questões constitucionais é um erro querer
distinguir entre o jurídico e o político"
Carl Schmitt

1. Introdução

O objetivo desse artigo é apresentar a discussão sobre o Neoconstitucionalismo no âmbito de uma Teoria Geral do Direito Constitucional a partir das obras de Ronald Dworkin. Adota-se como ponto de partida que não há um neoconstitucionalismo, mas vários. Isto requer que se use a expressão no plural e não no singular, quando não se referir em caráter geral a um movimento. A Teoria Constitucional estampada nas obras de Dworkin é uma das expressões das teorias neoconstitucionalitas, que tem como particularidade ter sido montado a partir de um sistema jurídico norte americano, com forte ênfase nas questões constitucionais. A questão levantada por este artigo é se uma teoria neoconstitucionalista como a de Dworkin, consegue ultrapassar as barreiras de um direito positivado, para se efetivar como uma Teoria Geral de Direito Constitucional.

2. Papel da Teoria Geral do Direito

O Neoconstitucionalismo está situado dentro do que se costuma chamar de Teoria Geral do Direito. Esse locus ocupado pelo neoconstitucionalismo ajuda a entender o seu caráter peculiar, que como a face de Janus não pode ser apreendida em

* Doutouranda pela PUC-SP em Filosofia do Direito.

um só golpe de vista. O Neoconstitucionalismo apresenta como característica geral em quase todas suas variações, um pensar sobre o direito positivo constitucional, mas que não se limita à legislação vigente de um local específico. Assim o neoconstitucionalismo está intimamente ligado a uma determinada situação histórica atual, que englobam: a mudança do papel do Estado, a globalização/mundialização, transformações tecnológicas, etc.. Deste modo o neoconstitucionalismo se apresenta como um fenômeno temporal, com um forte apelo universalizante.

A busca de uma teoria do Direito com caráter universalizante, mas que ao mesmo tempo ocupasse o lugar da Filosofia do Direito, fez com que surgisse no século XIX a Teoria Geral do Direito (Allgemeine Rechtslehre). No auge do positivismo ocorre o desprestígio da Filosofia do Direito, surgindo em seu lugar uma nova ciência com caráter híbrido, pois não era um mero comentário das leis positivadas do Estado, nem possuía um caráter especulativo como a Filosofia do Direito. Como comenta Radbruch a missão da Teoria Geral do Direito era : "não só de investigar quais os conceitos jurídicos mais gerais e comuns a todas as disciplinas jurídicas, como de expor, comparativamente, para além da ordem jurídica nacional, os conceitos entre si aparentados das diferentes ordens jurídicas e até, inclusivamente perscrutar – para além dos domínios do direito- as suas relações com outros domínios da cultura"[1].

O que diferencia inicialmente a Teoria Geral do Direito de uma abordagem da Filosofia do Direito, é a busca de uma solidificação de conceitos, formando padrões classificatórios, que poderiam ser utilizados em diversos ramos do Direito. Apesar de distanciar-se do direito positivo a Teoria Geral do Direito admitia alguns pressupostos como fora de questão, para poder iniciar uma discussão, formados a partir de um certo consenso entre os juristas. Os trabalhos de Filosofia do Direito também adotam pressupostos, porém estes podem ser colocados em questão, pois os pressupostos de um autor podem ser derrubados por outros autores, uma vez que não existe um padrão único ou mesmo um padrão preponderante a ser obrigatoriamente adotado. Porém a linha entre Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito é muito tênue, e não raras vezes é difícil saber o lugar que uma começa e a outra termina.

O Neoconstitucionalismo como matéria que se insere na Teoria Geral do Direito também irá apresentar esse caráter duplo de dogma e de especulação, que tem como objetivo geral, o pensar sobre determinados conceitos e padrões presentes no Direito Constitucional. Acrescenta-se com isso mais um fator temporal, que é a própria existência de um Direito Constitucional nos padrões modernos. Desta maneira o neoconstitucionalismo vai ganhando complexidade no seu tratamento, que dificulta a utilização desse conceito, mas permite por outro lado dar conta de explicações que não cabem mais nas velhas teorias do Direito.

3. Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo

A complexidade que gira em torno do Neoconstitucionalismo apresenta mais uma faceta, que é a derivação do termo Constitucionalismo. O constitucionalismo pode ser entendido como um conjunto de estudos sobre o Direito Constitucional moderno, sendo que esses estudos não apresentam um forte caráter positivista.

Meirelles Teixeira chama esse Constitucionalismo moderno, de Direito Constitucional Geral, e utilizando-se dos conceitos de Santi Romano, entende que esse Direito Constitucional geral "consistiria

numa série de princípios, preceitos, institutos, que aparecem nos vários Direitos positivos dos diferentes Estados, ou em grupos de Estados, e em cuja base poderíamos classificá-los e sistematizá-los, numa visão unitária"[2]. Assim o Constitucionalismo moderno é formado, pelo que o autor chama de "patrimônio jurídico-político comum à generalidade dos países civilizados"[3]. Enfatiza Meirelles Teixeira o caráter híbrido dessa ciência, ao afirmar: "O Direito Constitucional Geral entendido nesta última acepção, já não seria mera filosofia jurídica, nem doutrina prática, no sentido próprio, mas teoria jurídica de relevante alcance prático e teórico"[4].

O Constitucionalismo também é um estudo que pressupõe uma datação precisa, pois o que se estuda são as Constituições que foram fruto do Estado moderno no mundo ocidental. Deste modo o que a princípio poderia ser tomado como uma teoria universal fica restrita a alguns Estados, que tem como origens a Constituição dos Estados Unidos da América ou de Estados europeus. Assim o Constitucionalismo está calcado diretamente em um Estado que tem como características fundamentais: existência de um governo centralizado e altamente burocratizado, predominância do monopólio estatal no âmbito legislativo e coercitivo e com um conceito de soberania forte.

O foco dos estudos Constitucionalistas está quanto ao sujeito no Estado e não propriamente o destinatário dessas normas constitucionais; e quanto ao direito está na proteção Estatal como entidade política-administrativa-jurídica. O ponto de mudança do Constitucionalismo para um Neoconstitucionalismo é controverso na doutrina. Meirelles Teixeira entende que o novo constitucionalismo "vem se delineando desde a Primeira Guerra Mundial, e cuja nota específica é o sentido social das Constituições, cujo padrão e marco inicial foi a Constituição alemã de Weimar de 1919"[5].

Canotilho também aponta para a mudança de foco do constitucionalismo, que "tem de lidar com problemas de complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução"[6]. A dificuldade dessa tarefa, segundo Canotilho, levou a um esvaziamento e erosão da teoria da constituição, pela adoção de teorias da justiça e teorias sociológicas.

O Neoconstitucionalismo figura como uma teoria que busca explicar o Direito a partir do âmbito jurídico, porém apresenta entraves decorrentes da própria estrutura do Direito que não tem instrumentos que permitam, que inovações ocorridas no âmbito econômico-social-cultural, sejam absorvidas prontamente pelo sistema jurídico, sem provocar ruídos. Esse problema decorre da estrutura estatal e jurídica, que ainda lida com padrões de um velho constitucionalismo, e não consegue enquadrar a ampla gama de transformações nos velhos "standarts".

A superação do velho constitucionalismo pressupõe o abandono, pelo menos em parte, de um positivismo jurídico extremado. Assim o neoconstitucionalismo irá buscar formas alternativas a essa teoria jurídica, para explicar uma outra realidade jurídica, que não tem mais como único ponto fundamental a legislação estatal; porém admite a inclusão no âmbito jurídico, de princípios, valores morais ou de justiça; relativizando conceitos clássicos como soberania e território; ou mesmo proporcionando um direito estatal ao cidadão para se resguardar contra o próprio Estado.

4. Diferentes Neoconstitucionalismos

Não se pode falar em apenas um Neoconstitucionalismo, mas sim em Neoconstitucionalismos, pois não pode ser encarado como uma teoria única, nem possui

um fio condutor que é comum a todas elas, que não seja a mera negativa genérica a um constitucionalismo e a um positivismo jurídico. Assim os diversos matizes dos neoconstitucionalismos não podem ser reduzidos a uma teoria comum, na medida em que cada um dos neoconstitucionalismos é fruto de uma resposta para os problemas gerados pela realidade social e que devem ser enfrentados pelo direito.

Porém mesmo o termo Neoconstitucionalismo não é unívoco, e é de fundamental importância uma distinção para saber de que fenômeno se fala. Comanducci propõe a distinção do Neoconstitucionalismo, aos moldes da divisão que Bobbio utiliza para o termo positivismo, em Neoconstitucionalismo como: uma teoria, uma ideologia e um método de análise do Direito. Essa distinção apresenta um caráter didático, uma vez que na obra de um autor que trata do neoconstitucionalismo essas facetas encontram-se entrelaçadas.

O Neoconstitucionalismo teórico é definido por Comanducci, como aquele que se caracteriza "por uma constituição 'invasora', por uma positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela presença da constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais quanto a interpretação e aplicação da lei"[7]. Como teoria o Neoconstitucionalismo se apresenta como uma contraposição ao positivismo jurídico, e geralmente centra sua análise na Constituição, adotando segundo Comanducci, dois modelos: modelo descritivo da constituição e modelo axiológico[8]. Ferrajolli e Gustavo Zagrebelsky são dois autores que defendem um neoconstitucionalismo, nos moldes do modelo axiológico, atribuindo aos valores, grande relevância no âmbito do Direito.

O Neoconstitucionalismo como uma ideologia, apóia a expansão do modelo de Estado constitucional e democrático, dando ênfase a mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais. Por essas características Comanducci denomina essa espécie de neoconstitucionalismo, como: "neoconstitucionalismo dos contra-poderes" e "neoconstitucionalismo das regras"[9]. O neoconstitucionalismo como ideologia reintroduz a questão da Moral para o âmbito do Direito, utilizando-a como um metro ou como um limite na aplicação do Direito. Desta maneira o neoconstitucionalismo se apresenta frontalmente contra o projeto kelseniano, que propõe uma purificação da ciência do Direito de tudo aquilo quanto lhe fosse estranho, inclusive questões morais. Porém o Neoconstitucionalismo como ideologia assume o problema levantado por Kelsen, ao tratar da aplicação do Direito, que vê entrar no Direito outros elementos (como valores, moral, força, poder), para preencher a moldura legal[10].

O Neoconstitucionalismo metodológico é um termo criado por Comanducci para denominar o neoconstitucionalismo, que se contrapõe ao positivismo jurídico, enquanto uma teoria que tenta não se utilizar da dicotomia do "ser" e "dever-ser". Com isso o Neoconstitucionalismo irá afirmar "pelo menos a respeito de situações de direito constitucionalizado, em que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre direito e moral, a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral"[11]. O que o neoconstitucionalismo propõe é a análise do direito como um fenômeno, que engloba regras de direito e da moral, que muitas vezes tem preceitos semelhantes; e propõe que as regras morais sejam a última ratio para decidir questões conflituosas no âmbito da aplicação do direito.

Dworkin em suas obras defende um neoconstitucionalismo que se apresenta ao

mesmo tempo como: uma teoria, um método e como ideologia. As obras de Dworkin apresentam um modelo complexo de neoconstitucionalismo, assim como também são as de Alexy. Porém ao contrário de Alexy que defende um neoconstitucionalismo com forte influência da teoria do discurso, Dworkin baseia-se em uma abordagem anti-Bentham e contrapõe-se fortemente ao positivismo jurídico de Hart, afirmando a relação necessária do Direito com a Moral.

5. Neoconstitucionalismo de Dworkin

Este capítulo apresenta o neoconstitucionalismo presente nas seguintes obras de Ronald Dworkin: "Uma questão de Princípios" e "Levando os Direitos à Sério". A crítica a obra de Dworkin é extensa e coloca em xeque as premissas de seus argumentos, quando não levanta inconsistências e problemas na obra do autor; porém esta nunca ficou inerte as propostas de Dworkin para superar o positivismo jurídico.

Ao tratar do positivismo jurídico Dworkin refere-se à Hart, que tem como principal obra "The Concept of Law". Esse é o positivismo combatido, ficando de lado outros teóricos do positivismo de tradição européia. Essa ausência é identificada como um dos fatores, que levaram a dificuldade de aceitação da obra de Dworkin. Porém a ausência de um diálogo com a teoria positivista, inclusive com autores que escrevem a partir da tradição do "roman law", parece indicar mais do que a mera falta de diálogo com a tradição do "common law".

Dworkin utiliza-se de um panorama para a sua teoria e para o seu neoconstitucionalismo, que pressupõe necessariamente a adoção do Direito aos moldes que existe hoje em seu país de origem. Essa particularidade da obra de Dworkin é acentuada por seu método descritivo de abordar o Direito. Para superar os limites do positivismo Dworkin propõe que, o modo de aplicação do Direito é mais complexo, sem lacunas e menos político.

A crítica feita por Dworkin ao positivismo jurídico recai em diversos pontos, e um deles é o de utilizar-se apenas da lei ao aplicar o Direito. Para Dworkin o direito não é formado apenas de normas jurídicas, mas também de princípios. O primeiro passo dado por Dworkin é a distinção de normas e princípios. No segundo passo, dá aos princípios um papel relevante no sistema jurídico, e é isso que o diferencia de Hart.

São os princípios de direito que devem pautar as decisões dos juízes na aplicação do Direito. Os princípios presentes explicitamente ou implicitamente no Direito, permitem a distinção de argumentos de princípio e argumentos de política. "Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos"[12].

Esses argumentos são utilizados na aplicação do Direito indistintamente pelo positivismo jurídico. O que Dworkin pretende é que sejam utilizados apenas os argumentos de princípio, que respeita o direito moral do indivíduo, mesmo quando este colide com o interesse de uma maioria. O Direito aplicado se vê pautado a uma Moral, sem o que não pode ser levado a sério.

Os princípios pressupõem uma moral que Dworkin chama de moral jurídica, que é formada a partir de um consenso entre os juízes da posição correta, partindo-se do homem médio daquela população e não da própria moral do juiz ou de sua particular visão do mundo. Nas palavras de Dworkin:

"Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[13].

Assim definido, os princípios não são regras que pautam a aplicação das normas, como sugerem os positivistas na visão de Dworkin. Os princípios não podem ser confundidos com as normas, pois tem natureza lógica distintas. As regras se pautam pela lógica da validade ou do que Dworkin chama de "lógica do tudo ou nada", enquanto os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, e podem conviver com outros princípios conflitantes. Dworkin entende que os princípios não são regras válidas acima do direito, e essa é a diferença entre o autor estudado e os positivistas, que também aceitam os princípios dentro do sistema do direito. Por não serem regras, os princípios são mutáveis e devem levar em consideração aspectos históricos e temporais. A importância dos princípios é dar um padrão moral que proporciona o respeito aos direitos individuais, ou nas suas palavras: "igual consideração e respeito".

Os juízes ao aplicar o Direito ao caso concreto utilizam-se dos princípios, porém esses são indispensáveis naqueles casos em que não há solução fácil pela lei, nos "casos difíceis", que não raro tratam de questões constitucionais. Porém o juiz ao decidir os casos difíceis não tem amplo poder de discricionariedade, como quer os positivistas, pois está vinculado aos princípios. Dworkin elabora uma teoria que não é uma prescrição do que os juízes devem fazer, mas sim, uma análise de como os juízes agem. Nesse ponto Dworkin diferencia-se quanto ao método de Kelsen e também de Rawls.

O juiz não é um criador de normas. É uma pessoa que aplica o Direito com base em critérios pré-estipulados, garantindo ao Direito uma certa segurança e certeza. Essa segurança é reforçada quando Dworkin enfatiza que: "um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas de direito aparentemente não análogas"[14].

A preocupação com a segurança do Direito tem como objetivo evitar o "juiz legislador". O positivismo entende que esse juiz é perigoso, pois não é um juiz que foi eleito pelo povo e com isso não representa seus interesses. Porém para Dworkin o juiz que cria normas para aplicá-las em casos difíceis, está se utilizando de um poder que não tem. Nas palavras de Dworkin: "O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente"[15].

A tarefa proposta por Dworkin ao juiz não é menos do que heróica. Seu juiz bem nominado Hércules "aceita que as leis têm o poder geral de criar e distinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional, como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo"[16].

Hércules ao se deparar com um caso difícil deve elaborar uma "teoria constitucional na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo ... Hércules deve desenvolver essa teoria referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos

contestados que a teoria êxitosa utiliza"[17]. A tarefa de Hércules compreende também a conciliação do princípio, para todo o sistema de Direito quanto à sua hierarquia.

Os trabalhos a que o juiz está obrigado a realizar para bem aplicar o direito, tornam a tarefa hercúlea, porém o juiz de Dworkin está muito mais para Ulisses que para Hércules. Atado aos princípios para poder proferir sua decisão, o juiz como Ulisses não pode sucumbir ao canto das sereias, que o chama para uma decisão que leve em conta suas próprias concepções, que seja uma decisão política/ discricionária. Os positivistas sucumbiram as sereias por não tamparem seus ouvidos, nem se atarem ao mastro dos princípios, ao tentar atravessar o perigoso mar do Direito. O juiz como Ulisses também deve ter seus olhos vendados, para não criar visões de seres fantásticos, ou seja, para não criar direitos.

O juiz assumindo esta postura proposta por Dworkin assegura a observância à Constituição, pelo que ficou conhecido na teoria constitucionalista de "judicial review", oferecendo em última análise um controle da constitucionalidade. A tarefa de Hércules não é imposta a todos os juízes, mas especialmente àqueles que lidam com casos difíceis, que geralmente são os juízes da Suprema Corte, pois coube a ela historicamente velar pela Constituição. Deste modo a aplicação do Direito fica fadada em seu último grau às decisões de uma corte constitucional, que tem forte componente político, uma vez que seus juízes são indicados pelo chefe de governo.

Ao restringir a interpretação do juiz Dworkin adota posição semelhante a de Kelsen, quando este trata da interpretação conforme/autência. Dworkin entende que a Suprema Corte seria o órgão autorizado a dizer o Direito no seu último grau, fechando com isso as possíveis lacunas do sistema jurídico. Kelsen atribui essa jurisdictio ao órgão aplicador do direito, que serão as autoridades do Estado. O que os diferencia é que Kelsen entende que tal tarefa cria direitos, enquanto Dworkin não defende essa postura. Porém tanto para o positivista quanto para seu crítico, o Direito necessita de uma restrição/ampliação de sentidos que lhe é exterior.

Para Dworkin a tarefa de diminuir a discricionariedade do juiz ao decidir é dada pelo método de sua leitura moral. Porém ao delimitar quem faz a leitura, Dworkin faz uma restrição dos tipos de interpretações possíveis não a partir do método, mas sim na figura do juiz. A restrição proposta pelo método e pela Corte, aumentam consideravelmente o grau de segurança de um sistema jurídico, porém pressupõe que exista uma Corte constitucional instituída como órgão legitimado a dar o último parecer sobre a Constituição.

Utilizando-se da famosa imagem da pirâmide hierárquica de competências das normas jurídicas, amplamente difundida pelo positivismo, a proposta de Dworkin está em garantir o sistema jurídico colocando a Corte Constitucional acima do topo da pirâmide, que do alto olharia por todo o sistema. Assim a Corte não deixa de atuar como portadora de argumento de autoridade, fornecendo os parâmetros de como aplicar o Direito, através de uma generalização de sentidos.

No Brasil a função do Supremo Tribunal Federal foi estabelecida de modo diferente da Corte Constitucional, adotando um sistema misto de controle da constitucionalidade, que migra da inspiração americana para a inspiração do modelo austríaco[18]. José Afonso da Silva chega a afirmar que o S.T.F., por não ser o único órgão a decidir questões constitucionais, não o converte em Corte Constitucional[19]. O controle da constitucionalidade à bra-

sileira concilia o controle concentrado e o controle difuso. Esse padrão misto tem migrado paulatinamente para a predominância do controle concentrado, mas há ainda a presença do controle difuso, como aponta Gilmar Ferreira Mendes[20].

Nos padrões que Dworkin apresenta é difícil pensar o controle constitucional e o papel do S.T.F., pois ele não figura com tamanha força de autoridade, assim como é a Corte norte-americana, para fixar os sentidos do Direito. Isso porque o próprio sistema de Direito utilizado no Brasil, não utiliza em amplo espectro a decisão do juiz vinculada a um precedente. A Constituição brasileira é uma constituição que principalmente normatiza e não uma constituição de princípios, deste modo é difícil aplicar a proposta de Dworkin de interpretação moral dos princípios em um sistema jurídico em que a importância dos princípios começa a ganhar força.

A proposta dos princípios de Dworkin não se restringe apenas aos juízes, mas deve ser adotada também pelo governo. Em obra mais recente Dworkin desenvolve como alguns dos princípios do individualismo ético garantem uma sociedade melhor através de uma teoria liberal, são eles: princípio da igual importância e princípio da responsabilidade especial. Os princípios escolhidos por Dworkin pressupõem o liberalismo e a democracia implantados na sociedade.

O governo tem papel fundamental na busca da igualdade e deve ter um papel ativo. "O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram"[21]. Para fomentar esses princípios o governo necessita, portanto de uma meta governamental bem estruturada e de uma boa estrutura econômica, social e cultural, para sua implementação. Deste modo Dworkin impõe mais uma tarefa hercúlea para os governantes.

Outro ponto da teoria de Dworkin que apresenta dificuldades se pensado nos termos do Direito brasileiro, é a leitura moral. Isto porque na Constituição de 1988 há uma ampla gama de direitos protegidos, inclusive coletivos, e os juízes levam isso em consideração; não há uma predominância do direito individual. A leitura moral também pressupõe um consenso nas decisões dos juízes, para que o juiz ao buscar pelos princípios, consiga estabelecer a moralidade jurídica.

A concepção de Dworkin que as pessoas têm direitos contra o Estado, é uma concepção nova no Direito brasileiro, que em geral é um direito que garante a proteção do Estado. Porém essa é a base do direito constitucional americano, como afirma Dworkin: "Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens tem direitos morais contra o Estado"[22]. Fica mais uma vez a questão de se essa teoria baseada em características tão particulares, serviria para pensar um país com uma formação diferente.

Há uma série de pressupostos da teoria de Dworkin que não encontram respaldo no sistema jurídico brasileiro, assim como em outros sistemas de tradição romana. Sem dúvida é possível realizar adaptações e dentro de um âmbito genérico, pensar alguns conceitos propostos por Dworkin para superar os problemas do positivismo jurídico. O que se coloca em questão é se essas necessárias adaptações, não corromperiam a própria teoria de Dworkin, restringindo a possibilidade de utilização.

6. Discussão sobre a possibilidade de uma Teoria Geral do Direito Constitucional em Dworkin

A teoria de Dworkin como foi apontada no item anterior pressupõe que se admita o sistema da "common law" e de algumas instituições, como a Corte Constitucional, nos moldes estabelecidos historicamente nos Estados Unidos da América. Dworkin utiliza-se de um método de abordagem do direito através de uma crítica conceitual frente à prática do Direito, ou em outras palavras, "Dworkin destrói o pressuposto metodológico positivista da separação absoluta entre a descrição e a prescrição"[23]. Assim descreve sua realidade jurídica e acaba por prescrever as mudanças a partir dessa mesma realidade.

A partir de uma Filosofia do Direito é possível aceitar com maior facilidade a proposta de Dworkin, pois a sua regionalidade não compromete de ser uma boa teoria, nem que seja apenas para a sociedade e o momento indicados pelo autor. Porém ao tratar da teoria de Dworkin dentro de uma Teoria Geral, o aspecto da regionalidade entra em conflito diante da busca de universalidade desse campo de estudo. O mesmo ocorre quando o campo é o da Teoria Geral do Direito Constitucional, mais especificamente do Neoconstitucionalismo.

Os problemas apontados aqui na obra de Dworkin não invalidam toda sua obra, nem pode levar para uma postura desconsideração. As dificuldades enfrentadas não são pequenas e deve-se ter extremo respeito, por aquele que se aventurou na guerra para superar o positivismo. Dworkin propõe uma teoria inovadora com soluções interessantes, que devem ser levadas em conta por qualquer jurista.

Como aponta Comanducci, a teoria de Dworkin apresenta dificuldades quando afirma que os princípios e a sua aplicação no Direito podem aumentar o grau de certeza deste e reduzir a discricionariedade dos juízes. Porém a teoria de Dworkin ao enfatizar o papel dos princípios no âmbito de uma hermenêutica jurídica, pode levar a busca de outros valores que não a certeza jurídica, mas que tem importância igual ou maior, como a adequação do direito, oferecimento de critérios a órgãos inferiores, etc.[24].

As obras de Dworkin apresentam um núcleo baseado no direito americano moderno, restringindo assim a possibilidade de se pensar em uma Teoria Geral do Direito Constitucional. Porém se analisada aos olhos de uma Filosofia do Direito, suas posturas e escolhas não prejudicam sua teoria, pois esta área não pressupõe um conhecimento que seja universalizante. O que foi colocado em dúvida é precisão ao apontar a obra do autor estudado, como parte do movimento Neoconstitucionalista. Dworkin pode ser entendido como um neoconstitucionalista em uma noção muito peculiar dessa expressão, ou seja, entender que suas obras fazem parte dos estudos que tratam da constituição norte-americana. Isso somente reforça a tese da necessidade de pensar o Direito juntamente com a Política, pois tratam de temas que são indissociáveis.

7. Considerações Finais

O Neoconstitucionalismo pode ser entendido como um movimento que repensa o Direito Constitucional, trazendo novos conceitos para um Direito que luta para lidar com seus padrões conceituais. Valores, princípios, conceitos como justiça, liberdade e igualdade; são utilizados na tentativa de trazer para o Direito, uma espécie de freio ou de um contrapeso; em especial na interpretação.

A dificuldade de um pensar sobre o Direito atual está na necessidade crescente

de lidar com uma complexidade quase incontrolável e com uma sociedade em mutação acelerada, quase volátil. A perda de valores e bases em que estavam fundados a sociedade e o Direito provoca uma falta de adequação, e conseqüentemente um ruído estridente nos ouvidos das pessoas. Boaventura Sousa Santos traduziu esse sentimento em seu livro "Pela Mão de Alice", pois como Alice, somos arrastados para dentro de um buraco sem fim, em que a lógica conhecida não ajuda entender o que ela experimenta.

Esta busca em entender a nova realidade é uma das tarefas dos Neoconstitucionalismos. Enfrentar seus problemas é encarar o sentimento de angústia que permeia o homem moderno, enredado em teorias que não são adequadas a explicar sua realidade. "A longa experiência do pensar ocidental parece dar-se conta, nesse momento, de uma experiência irredutível, nem pensável nem impensável, de um oculto que não transparece nem como oculto, de um mistério que não se expressa nem como mistério, enfim que não fala, apenas, angustia. E aí se esconderá o desafio e a interrogação do século XXI"[25]. Esse desafio foi enfrentado corajosamente por Dworkin e por outros autores que propõe um novo jeito de pensar o Direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Positivismo Jurídico. São Paulo, Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 1998.

CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Trotta, 2003.

CASAMIGLIA, Albert. Dworkin. In: Derechos en Serio. Barcelona, Ariel, 1984.

COHEN, Marshall. Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. New Jersey, Rowman & Allanheld, 1985.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: un Análisis Metateórico (trad. Miguel Carbonell). Revista Isonomia n 16, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Metodologia do Direito e Neoconstitucionalismo. In: Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito. São Paulo, Landy, 2003.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. (trad. Luis Carlos Borges). São Paulo, Martins Fontes, 2000.

_____. Levando os Direitos a sério. (trad. Nelson Boeira). São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. (trad. Jussara Simões). São Paulo, Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo, Atlas, 2002.

IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e discricionariedade. São Paulo, Revista Lua Nova n 61, 2004.

KENSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Armênio Amado, 1984.

MENDES, Conrado Hübner. Controle de constitucionalidade e democracia. São Paulo, Dissertação de mestrado FFLCH da USP, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle da Constitucionalidade. São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. (texto revisto por Maria Garcia). Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito (trad. Cabral Moncada). Coimbra, Armenio Amado, 1979.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed, Malheiros, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo, Malheiros, 1999.

NOTAS

[1]RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. p. 73.

[2]MEIRELLES TEIXEIRA, J.B. Curso de Direito Constitucional. p, 7.
[3]MEIRELLES TEIXEIRA, J.B. Curso de Direito Constitucional. p, 444.
[4]MEIRELLES TEIXEIRA, J.B. Curso de Direito Constitucional. p, 7.
[5]MEIRELLES TEIXEIRA, J.B. Curso de Direito Constitucional. p, 446.
[6]CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p, 1187.
[7]COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo. p, 97.
[8]COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo. p, 98.
[9]COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo. p, 100.
[10]KELSEN, Hans. Aplicação. In: Teoria Pura do Direito. p, 463-473.
[11]COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo. p, 101.
12 DWORKIN, R. Levando os Direitos à sério. p, 141.
[13]DWORKIN, R. Levando os Direitos à sério. p, 36.
[14]DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida. p, 204.
[15]DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. p, 127.
[16]DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. p, 165.
[17]DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. P, 167.
[18]MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e democracia. p, 19.
[19]SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. P, 555.
[20]MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. P, 253.
[21]DWORKIN, R. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. p, XVII.
[22]DWORKIN, R. Levando os Direitos à sério. p, 231.
[23]CALSAMIGLIA, Albert. Introdução. In: Derechos en Serio. P, 8.
[24]COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo. p, 108.
[25]FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito. p, 132.