DWORKIN E A TENTATIVA DE UM CONSTITUCIONALISMO APAZIGUADO

DWORKIN AND THE TRIAL OF A PACIFIED CONSTITUTIONALISM

Vera Karam de Chueiri*
Melina Girardi Fachin**

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O presente artigo reconhece a inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na base da teoria do direito moderna e que, assim, pode ser traduzida através da gramática do constitucionalismo e das constituições contemporâneas. Os princípios que significam o constitucionalismo, isto é, *rule of law*, soberania popular e tutela dos direitos fundamentais não têm, entre si, uma relação tranqüila, apaziguada, mas, sim, tensa a instigar novas possibilidades teóricas para o direito. É justamente a partir desta dificuldade (ou das possibilidades surgidas para a teoria do direito da impossibilidade de realização de um constitucionalismo apaziguado) que este artigo começa, discutindo, inicialmente, a noção de princípio, a partir de Ronald Dworkin e, posteriormente, a tensa relação que se estabelece entre os princípios que caracterizam o constitucionalismo e que se revela na dificuldade de acomodar as demandas democráticas por identidade com as demandas liberais por autonomia e diferença.
Palavras-chave: Princípio. Constitucionalismo. Identidade e diferença.

Abstract: This paper recognizes the inexorable link between republican and democratic commitments, which is at the basis of modern theory of law and could be translated by the grammar of constitutionalism and contemporary constitutions. Principles such as the rule of law, popular sovereignty and the protection of fundamental rights do not have a peaceful but tense relationship among themselves. Yet this tense relationship brings about new theoretical possibilities to law. It is exactly from this point, that is, from the possibilities that came up to legal theory from the impossibility of accomplishing a peaceful constitutionalism that this paper begins. Firstly, it discusses the notion of principle from Dworkin's point of view. Secondly, it stresses the tense relationship among principles that characterize constitutionalism showing the difficult in accommodating democratic demands for identity with liberal demands for autonomy and difference.
Key Words: Principle. Constitutionalism. Identity and diffrence.

> "We have an institution that calls some issues from the battleground of power politics to the forum of principle. It holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts between individual and society will once, someplace, finally, become questions of justice. I do not call that religion or prophecy. I call it law".
>
> Ronald Dworkin (in *A Matter of Principle*)

1. Introdução

A teoria do direito no limiar do século vinte e um pode ser referida a partir da inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na sua base. Em outras palavras, a teoria do direito neste século pode ser bem traduzida através da gramática do constitucionalismo e das constituições contemporâneas. Fide-

* Professora Adjunta de Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFPR. Doutora em filosofia, New School for Social Research, NY.
** Bacharelanda do curso de direito da UFPR. Bolsista de pesquisa CNPq-PIBIC/UFPR desde 2004. Monitora da disciplina de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFPR.

lidade aos princípios do *rule of law* e da soberania popular, bem como a proteção dos direitos fundamentais nos remete à origem do constitucionalismo, como também à impossibilidade de uma relação amena entre eles. Assim, se por um lado a relação que se estabelece entre o princípio da *rule of law*, da soberania popular e a tutela dos direitos fundamentais[1] tornou-se, ao longo do século vinte, cada vez mais problemática, por outro instigou novas possibilidades teóricas para o direito. É justamente a partir desta dificuldade (ou das possibilidades surgidas para a teoria do direito da impossibilidade de realização de um constitucionalismo apaziguado) que este trabalho se justifica.

Importa ressaltar, ainda, que as questões provocadas pela gramática constitucional resignificaram as relações jurídicas, e o direito de um modo geral, aproximando *o jardim da praça* (SALDANHA, 1986). Essas profundas alterações ensejaram mudanças estruturais dentro da própria doutrina e na interpretação da principiologia constitucional. Os princípios fundamentais passam a ser, desta maneira, o núcleo da Constituição – fonte irradiante da força normativa – e, por conseqüência, a dar sentido ao que lhe é adjacente. Daí, o texto constitucional, cujo fundamento repousa na dignidade, passar a ser compreendido como o referencial de justiça de uma comunidade política, uma vez que se apresenta como o principal garantidor dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Conforme afirma Canotilho, "o direito do Estado Democrático de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios*"* (CANOTILHO, 2001: p. 226).

Se a tensão experimentada pelos princípios que caracterizam o constitucionalismo contemporâneo trouxe interessantes e significativas conseqüências para a teoria jurídica (e é sobre isto que este artigo, em parte, versará), a própria noção de princípio – para além da norma/regra jurídica – levou os teóricos do direito, especialmente os positivistas[2] (CHUEIRI, 2004: 166), a repensar a estrutura fechada, auto-ferente, técnica ou mitologicamente, inquebrantável do sistema jurídico. Daí a primeira parte do artigo (íten 2) tratar da questão dos princípios[3], os quais serão aqui indentificados, a partir de Dworkin, nos direitos que possuem os cidadãos sob a égide da constituição, isto é, verdadeiros trunfos de que dispõem os cidadãos nas sociedades democráticas, em face da força (ou coerção) que constitui e conserva o estado (de direito). Em seguida (íten 3), discutir-se-á o consititucionalismo, a partir dos princípios que o caracterizam e sua relação com a constituição, sublinhando o difícil (senão impossível) diálogo que se trava entre eles (os princípios).

2. Princípio

Conceitualmente, o princípio diz respeito a um tipo de norma, cuja observação é uma exigência de justiça ou equidade, ou ainda, de alguma outra dimensão da moral[4] (DWORKIN, 1982: 22). Ele se diferencia do que Dworkin chama de *policy*, isto é, um tipo de norma, cujo objetivo é o bem-estar geral da comunidade, no sentido do seu *improvement* econômico, político e social. A exemplo, o artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira se refere à dignidade da pessoa humana, materialmente compreendida, como um de seus fundamentos, o que, dito de outra maneira, trata-se de um princípio fundamental do nosso sistema constitucional, pois sua observação é, incontestavelmente, uma exigência de justiça ou equidade ou ainda, de alguma outra dimensão da moral.

Parcela expressiva da doutrina refuta o princípio da dignidade da pessoa humana como valor concretizável, recepcionado pelo ordenamento jurídico porque este não possuiria uma aplicabilidade concreta. Consoante afirmou Luís Roberto Barroso, à época da promulgação da Constituição: "Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica" (BARROSO, 2000: 196). A compreensão do conteúdo da dignidade da pessoa humana, como uma concepção puramente abstrata, é, todavia, restrita. Não obstante as origens de sua fundamentação teórica remontem ao jusnaturalismo e racionalismo kantiano, a dignidade da pessoa humana tem sido uma noção, historicamente, edificada, e é significante que tenha seu significado temporalmente marcado, dependente de considerações conjunturais. A localização (espaço-temporal) do conteúdo do princípio não pode negar a sua aplicação. De modo especial, essa negativa é, criticável quando, para contrapor as possibilidades de concretização de direitos por meio de tal princípio, se realça o seu viés ideal, préconstituído e perenemente válido. Neste sentido, afastar a incidência permanente do princípio é recusar a transformação dos conceitos (jurídicos) ao longo do processo histórico.

Neste sentido, o princípio se diferencia da norma jurídica, tal qual o positivismo a compreende (é argumentativamente mais forte e sofisticado do que ela para sustentar pretensões jurídicas), seja em Kelsen ou em Hart[5] (DWORKIN, 1982: 76), na medida em que argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que esta respeita ou garante algum direito individual ou coletivo (DWORKIN, 1982: 82). "Uma decisão jurídica baseada em princípios não é facilmente objetável por razões de política, uma vez que a dimensão política que se lhe atribui não redunda em expedientes imediatistas de consecução da felicidade geral, leia-se, mendigadas doses de bem comum, mas, sim, no *enforcement* dos direitos individuais ou coletivos" (CHUEIRI, 1995: 75). Daí defender a tese de que o juiz, singular ou coletivamente, deva fundamentar suas decisões em princípios[6], a despeito das regras jurídicas que se aplicam na base do *tudo ou nada*: se o fato descrito por determinada regra é dado, então ela, e somente ela é válida e sua aplicação enquanto resposta à pretensão em questão deve ser aceita. Isto significa que havendo conflito de regras será válida apenas aquela escolhida como *funcionalmente* mais importante. Este mecanismo de autoregulação do sistema - de regulação dos conflitos pelas próprias regras que dele fazem parte - é um dos traços característicos do positivismo jurídico.

Dworkin parte da premissa de que o direito positivo não pode se esquivar de um conteúdo moral, o qual resulta da formação da vontade política do legislador e dos compromissos políticos estabelecidos na esfera pública. Neste caso, aplicar ou fazer valer um direito demanda um exercício hermenêutico, na busca do melhor argumento que, baseado em um princípio, por exemplo, o da dignidade da pessoa, é capaz de justificar uma decisão jurídica, relativamente ao direito demandado. Nessa toada, a atividade interpretativa é pressuposto necessário para a aplicação das normas jurídicas, conforme anota Paulo Bonavides: "Não há norma jurídica que dispense interpretação" (BONAVIDES, 1980: 268).

Na esteira da atividade hermenêutica, Dworkin (e a sua noção de princípio) dá um significativo passo ao trazer conteúdos morais para a identificação do direito, opondo-se, claramente ao positivismo de Hart, para quem a fonte do direito é o que permite identificá-lo como tal. Dworkin

desloca, assim, a questão da validade das normas, que da autoridade de uma norma fundamental (*rule of recognition* em Hart, ou *Grundnorm* em Kelsen) passa a ser pensada em termos da coerência das mesmas no sistema jurídico-constitucional. Daí a sua afirmação de que a autoridade do direito é antes uma questão de princípios sobre os direitos dos cidadãos, do que uma questão relativa à norma jurídico-positiva. Isto é, a autoridade do direito depende das considerações acerca das interpretações, moralmente relevantes, dos princípios que estão firmemente estabelecidos no direito positivo, especialmente na constituição. Se obedece ao direito na medida em que esta obediência é uma questão de princípio, cujo sentido paradigmático é o da igualdade, segundo o qual não é suficiente tratar todos os cidadãos como iguais mas, acima de tudo e, em qualquer circunstância, tratá-los com igual respeito e consideração (*to treat them with equal concern and respect*) [7] (HELLER, 1998: 215). Desta forma, as práticas jurídicas (o direito como tal) deveriam ser interpretadas à luz do princípio da igualdade e, por isso (ou por causa dele), elas são dotadas de autoridade, isto é, se impõem e obrigam.

Há, assim, dois níveis em que a noção de princípio atua: internamente em oposição à de política, consubstanciando o nervo da teoria da *adjudication* de Dworkin e, externamente, em oposição à regra jurídica, determinando o debate com o positivismo jurídico de Hart. Não obstante, é na atividade judicial que o binômio princípios/políticas ganha relevância ao determinar a compreensão e consecução de uma teoria das decisões judiciais não só mais interessante e sofisticada, mas, sobretudo, mais democrática, na medida em que constrói um espaço (democrático) de interação entre a filosofia, a política, a moralidade, a ética e o direito.

Nesta perspectiva, apesar das lacunas existentes no sistema jurídico, haverá sempre um princípio sobre o qual o julgador poderá apoiar sua decisão. Princípio este que não é um artifício metafísico, mas, sim, algo interpretado, de maneira articulada e consistente, a partir das práticas sociais e jurídicas da comunidade. Eis o que Dworkin chama de a *tese da resposta certa* (*right answer thesis*). Os princípios proporcionam uma descrição e justificação geral das estruturas jurídica, política e moral da comunidade em questão.

Por outro lado, *a resposta certa* significa que através de um exercício de interpretação o juiz chegará à uma decisão sobre direitos, baseda em um princípio, isto é, "judicial decisions enforce existing political rights…If the thesis holds, then institutional history acts not as a constraint on the political judgment of judges but as an ingredient of that judgment because institutional history is part of the background that any plausible judgment about the rights of an individual must accommodate" (DWORKIN, 1982: 87). O adjetivo *certa* (*right*) que qualifica a melhor decisão pressupõe o substantivo *right* (direito) que justifica, por sua vez, a atitude do intérprete ou juiz ao decidir com base em princípios. Em outras palavras, a *resposta certa* de Dworkin presupõe sua tese dos direitos e, de um ponto de vista mais amplo, sua teoria das decisões judiciais pressupõe sua teoria do direito, a qual se funda sobre a pretensão política liberal de que os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser protegidos da força coercitiva do Estado. Isto signfica que o ponto mais fundamental da prática jurídica é orientar e limitar o poder do governo e do Estado.[8] A força monopolizada pelo Estado é legítima, na medida em que é exigida e autorizada pelos direitos dos cidadãos, os quais fluem das decisões políticas passadas que, historicamente, os garantiram[9] (DWORKIN, 1986: 93).

2.1 Equal concern and respect

É importante lembrar que os direitos a serem protegidos através das práticas jurídicas estão fundados no mais fundamental direito de igual respeito e consideração. Em uma passagem do *Sovereign Virtue,* Dworkin acredita que: "(w)e are now united in accepting the abstract egalitarian principle: government must act to make the lives of those it governs better lives, and must show equal concern for the life of each. Anyone who accepts that abstract principle accepts equality as a political ideal, and though equality admits of different conceptions, these different conceptions are competing interpretations of that principle" (DWORKIN, 2000: 128). Dworkin é intransigente ao defender a igualdade como sentido último que se deve atribuir à prática jurídica[10], desde a sua visão, moral e politicamente, liberal. Essa igualdade que é *the nerve of liberalism*[11] (DWORKIN, 1986: 183) exige que o governo trate todos os seus cidadãos como titulares de igual respeito e consideração.

A considerar o conflito entre igualdade e liberdade Dworkin observa que os liberais tendem mais em favor da primeira do que da segunda, ao passo que os conservadores fazem o contrário. "So we must reject the simple idea that liberalism consists in a distinctive weighting between constitutive principles of equality and liberty. But our discussion of the idea of equality suggests a more fruitful line. I assume…that there is a broad agreement within modern politics that the government must treat all its citizens with equal concern and respect" (DWORKIN , 1985: 191). Se se aceitar a igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade torna-se, assim, um aspecto da igualdade e não um ideal político distinto a conflitar com ela (DWORKIN, 2000: 121). Vale dizer, liberdades, moralmente importantes, como a de expressão, religião, convicção, orientação sexual, só tem sentido (e devem ser protegidas), se tornarem melhor a vida das pessoas, na medida em que lhes possibilitarem alcançar um nível respeitável de igualdade substancial.

Dworkin defende estas liberdades (moralmente fundamentais), sob o argumento de que elas devem ser protegidas, conforme a melhor visão do que seja a igualdade distributiva, isto é, "the best view of when a society's distribution of property treats each citizens with equal concern" (DWORKIN, 2000: 122). A idéia de comunidade é nuclear, pois a distribuição igual de recursos depende de um processo de decisões coordenadas, no qual as pessoas que respondem por seus próprios interesses, devam ser capazes de identificar o verdadeiro ônus dos seus planos individuais às outras pessoas e, assim, trabalharem nestes planos, desejando, nada mais do que a justa divisão dos recursos, a princípio, disponíveis a todos.

Sem um grau substancial de liberdade é impossível alcançar a igualdade de recursos pretendida, pois esta última depende da competência do processo de discussão e escolha que ela gera. "So liberty is necessary to equality, according to this conception of equality … because liberty, whether or not people do value it above all else, is essential to any process in which equality is defined and secured. That does not make liberty instrumental to distributional equality any more than it makes the latter instrumental to liberty: the two ideas rather merge in a fuller account of when the law governing the distribution and use of resources treats everyone with equal concern" (DWORKIN, 2000: 122-123). As liberdades acima mencionadas são fundamentais para decidir em favor da

igualdade, enquanto outras, como a econômica, são importantes na medida da sua limitação (pelo poder público).

Há aqui a combinação da pretensão liberal de respeitar a esfera individual, especialmente no que concerne às liberdades de expressão, convicção religiosa, filosófica e política, orientação sexual com a pretensão democrática de melhor (re)distribuição de recursos. Isto permite dizer que a compreensão que Dworkin tem do direito serve como justificação de um tipo de liberalismo que pode ser chamado de *egalitarian–liberalism* (ARATO e ROSENFELD, 1998: 04).[12]

Pois bem, retomando a idéia de que a interpretação jurídica é uma questão de princípios, os quais expressam os valores morais e políticos da comunidade, o juiz ao interpretar tais princípios, também leva em consideração seus próprios valores morais e políticos como membro desta comunidade. Isto significa que a interpretação no/do direito não pode ser arbitrária restando sobre os gostos e opiniões particulares do intérprete. Ela deve, pois, ser consistente e coerente com os valores morais e políticos da comunidade a que pertence o intérprete. Poder-se-ia dizer, então, que a melhor interpretação das práticas que constituem o direito, isto é, a melhor *resposta* que o aplicador do direito pode dar é aquela que parte do sentido da igualdade acima referido (e a partir dele compreendido o das liberdades moralmente fundamentais), numa comunidade que, efetivamente, compartilha tais valores. Talvez aqui resida a dificuldade ou limitação da teoria de Dworkin a considerar a nossa experiência político-constitucional (e a nossa experiência comunitária).

2.2 coerência

Dworkin compreende o direito como um fenômeno social, cuja prática é argumentativa. "Legal practice is an exercise in interpretation not only when lawyers interpret particular documents or statutes but generally…. I propose that we can improve our understanding of law by comparing legal interpretation with interpretation in other fields of knowledge, particularly literature. I also expect that law, when better understood, will provide a better grasp of what interpretation is in general" (DWORKIN, 1985: 146). Este argumento traz uma alternativa para o dilema descrição versus prescrição, pois assume que as proposições jurídicas não são meramente descritivas, relativamente ao direito e sua história, ou simplesmente valorativas. Elas são interpretativas da história jurídica combinando elementos de descrição e valoração, mas diferente de ambas (DWORKIN, 1985: 147). Neste ponto, a idéia de narrativa é essencial à compreensão do direito de Dworkin. O intérprete ou participante não compreende as proposições como algum tipo de descrição ou como as preferências políticas daquele que as formula, mas sim como parte da história jurídica que ele interpreta, isto é, como parte de uma narrativa.

O que é interessante nesta atitude interpretativa que define o direito é que, através dela, a prática (re)interpretada tem sua forma alterada a encorajar novas (re)interpretações, de forma que a prática se altera, dramaticamente, neste processo em que cada etapa é interpretativa daquilo que é realizado (DWORKIN, 1986: 48).

Conforme aponta Habermas, Dworkin "looks to an ambitious theory that enables one, especially in hard cases, to justify the individual decision by its coherence with rationally reconstructed history of existing law… Coherence between statements is established by substantial arguments…, and hence by reasons that have the pragmatic property of bringing about

a rationally motivated agreement among participants in argumentation" (HABERMAS, 1996: 211). Os positivistas, a exemplo de Kelsen, rejeitam este entendimento, pois do seu ponto de vista, o direito é constituído por normas jurídico-positivas e as proposições jurídicas são proposições acerca de como as coisas são no direito, isto é, no âmbito das normas e não como deveriam ser. Neste sentido, o ponto de vista do participante ou intérprete assemelha-se ao ponto de vista de um observador externo, a exemplo da atitude cognitiva do cientista jurídico ao descrever seu objeto de análise.

A coerência de que fala Dworkin e que se revela na sua idéia da *chain of law* satisfaz a exigência de certitude e legitimidade, relativamente ao sistema do direito. Assim, a justificação da decisão do juiz é sua coerência com a história reconstruída do direito existente. Uma narrativa jurídica coerente demanda consistência entre os princípios e as decisões políticas passadas e, ainda, consistência entre as convicções morais do juiz e os princípios gerais da ética. A tarefa jurisdicional, torna-se, pois, a de 'descobrir' os princípios "in the light of which a given, concrete legal order can be justified in its essential elements such that all the individual decisions fit into it as parts of a coherent whole" (HABERMAS, 1996: 212). A decisão judicial é parte da narrativa (do direito que se constrói), à qual o próprio juiz se compromete, de forma que sua criatividade resta, precisamente, no ato de 'descobrir' um conjunto coerente de princípios que justifique a história institucional de um dado sistema jurídico no sentido exigido pela equidade, pela justiça e pelo devido processo legal.[13] A decisão do juiz, que não por acaso Dworkin nomeia de Hercules[14], demanda ainda a integridade, no sentido de conceber (e respeitar) o direito como um todo, a despeito da compreensão do direito como um conjunto de decisões tomadas, livremente, em nome de interesses estratégicos.

Coerência significa consistência em princípio, a qual "requires that the various standards governing the state's use of coercion against its citizens be consistent in the sense they express a single and comprehensive vision of justice" (DWORKIN, 1986: 134). Essa '*single and comprehensive vision of justice'* que torna o direito bastante consistente depende da (está visceralmente ligada à) idéia de integridade. Isto é, a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas e, também, para os juízes decidirem os casos ditos difíceis. A integridade faz com que a comunidade tenha uma interpretação virtuosa da sua prática jurídica. Assim, o direito é definido, ou melhor, narrado, através de uma atitude compreensiva, interpretativa e reflexiva que torna cada cidadão responsável pelos compromissos públicos da sua comunidade com os princípios.

A integridade é o valor desta consistência ética e moral e também o âmago da comunidade liberal-democrática de Dworkin, na qual os direitos são respeitados com base no direito mais fundamental ao igual respeito e consideração. Segundo Dworkin, "(w)e accept integrity as a distinct political ideal and we accept the adjudicative principle of integrity as sovereign over law because we want to treat ourselves as an association of principle, as a community governed by a single and coherent vision of justice and fairness and procedural due process in the right relation" (DWORKIN, 1986: 405).

Nas democracias liberais o princípio da integridade só pode ser preservado se os juízes garantirem um lugar significativo às interpretações controversas dos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal. O direito como integridade

torna o conteúdo do direito dependente de concretas e sofisticadas interpretações da prática jurídica.

2.3 integridade

Gostaria de retornar ao conceito de integridade, pois ele reitera a idéia do governo das leis, como também a idéia democrática de que a comunidade política se vincula através de obrigações ditas associativas (DWORKIN, 1986: 198-215).[15], se manifestando através de uma única voz, que é a voz do seu povo. A integridade é um ideal político que deve se ajustar e justificar a estrutura e prática constitucional da comunidade, afirmando e exigindo o compromisso com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo. Para tanto, a integridade demanda uma atitude interpretativa em relação à estrutura e prática constitucional da comunidade que a melhor revele, conforme já se disse há pouco.

Em outras palavras, a integridade é um princípio central para uma comunidade política *liberal-igualitária*, pois impõe sentidos fraternais, comunitários às obrigações que se estabelecem entre os cidadãos. Vale dizer, os cidadãos aceitam serem governados por normas, pois resultantes do tipo de compromisso e obrigações que eles próprios construíram e reconstruíram ao longo do tempo. A integridade é uma base política e moralmente progressista para um conceito liberal-igualitário do direito.

Ao afirmar que a integridade deve se ajustar e justificar a estrutura e prática jurídica da comunidade e que os juízes deveriam decidir de acordo com ela, Dworkin enfatiza a natureza interpretativa do direito[16], na medida em que aplicar o direito (*to enforce the law*) requer que se interprete o sistema jurídico como expressando um coerente conjunto de princípios. Os juízes ao interpretar o sistema jurídico procuram por princípios implícitos entre e por trás dos explícitos (DWORKIN, 1986: 217).

Pois bem, a discussão acerca da noção de princípio, tal qual Dworkin a concebe na sua teoria do direito, não só parte da crítica que ele faz ao positivismo de Hart, como também ao convencionalismo e ao pragmatismo jurídico[17], mas, ainda, oferece uma interessante possibilidade para a teoria constitucional: o reconhecimento de um sistema constitucional formado por princípios e políticas, para além das normas jurídicas em sentido estrito; a fundamentalidade do papel dos princípios para determinação da abertura formal e significação material do sistema; a assunção do princípio da igualdade como princípio constitucional de maior peso e importância; a necessidade de uma atitude interpretativa do julgador comprometida com a igualdade; o sentido do direito constitucional como resultado das práticas jurídico-constitucionais, historicamente consideradas, e que se revela através das decisões judiciais dos tribunais que exercem, de maneira consistente, a jurisdição constitucional[18]; e, finalmente, a tentativa de se (re)construir um sistema constitucional hercúleo, que dê respostas certas para o direito e para a política. Do que foi acima pontuado, queremos, a partir de agora, voltar a nossa atenção para o último ponto, qual seja a tentativa de se (re)construir um sistema constitucional que dê respostas certas às questões jurídicas, como também, às questões políticas que lhe são postas. A esta tentativa, eu chamei no início deste artigo, de 'constitucionalismo apaziguado'.

3. Tentativa de um constitucionalismo apaziguado

O constitucionalismo está, via de regra, relacionado à constituição escrita, embora nem todas as constituições escritas

atendam às demandas do constitucionalismo, relativamente à soberania popular, ao Estado de direito, à supremacia da constituição, à separação dos poderes, à democracia (participativa e representativa), ao respeito e garantia dos direitos fundamentais e à autodeterminação dos povos.[19]

Contemporaneamente, aumentou o número de constituições, cujos textos aderiram às estas teses fundamentais do constitucionalismo. A exemplo, a constituição brasileira de 1988, nos seus artigos iniciais (1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º) assume, expressamente, o compromisso com as teses do constitucionalismo moderno, sem transigir quanto à imposição de limites aos poderes do Estado, à aderência ao estado democrático de direito e à proteção dos direitos fundamentais, incluídos neste elenco de direitos, também os de natureza coletiva, social e difusa. Ainda que o constitucionalismo não dependa da existência de uma constituição escrita, no atual contexto das sociedades complexas, tem-se que a sua realização -não sem tensões- está àquela atrelada.

É justamente sobre as tensões que existem entre os princípios que dão sentido ao constitucionalismo (e cuja importância para uma maior abertura do sistema constitucional foi discutida nos itens anteriores deste artigo) que a seguir se tratará.

É importante também lembrar as dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo contemporâneo no campo da sua realização, da sua afirmação prática. Bem diz Sarlet que estamos vivendo um *mal-estar constitucional* (SARLET, 1998) já que o Estado Democrático de Direito não saiu do papel para grande parte da população. Deste modo, esse abismo entre o texto e sua afirmação prática deve servir de impulso para superar a gramática do constitucionalismo tradicional que lhes nega aplicabilidade/eficácia. Nas palavras de Anebelle Macedo Silva: "A contínua concretização de tais normas compromissórias pode, de fato, servir como progressiva construção do consenso social acerca do conteúdo das disposições contrapostas, sendo a concretização jurisdicional um dos legítimos veículos institucionais para o embate entre os interesses dos grupos sociais opostos. Ao revés, a frustração simplista da efetividade de tais disposições, através de fórmulas superficiais e reducionistas tais como o caráter exclusivamente programático de certas disposições constitucionais, ausência de normatividade de normas-príncípio, ilegitimidade do Judiciário decorrente da separação de poderes, dentre várias máximas do rosário da teoria constitucional da inefetividade induz ao fenômeno da constitucionalização simbólica (SILVA, 2005: apresentação)." É este arco entre a aplicabilidade da norma *in abstrato* e o resultado decorrente da efetiva aplicabilidade desta que deverá ser traçado.

3.1 Constitucionalismo e constituição: identidade e diversidade

A relação entre o constitucionalismo e a constituição, conforme bem diz o professor Michel Rosenfeld, implica em um outro tipo de relação (ou troca) que é a que se dá entre a reafirmação ou reforço das identidades e a preservação da diversidade. "The roles that may be assumed by constitutionalism and constitutions in relation to the interplay between identity and diversity are complex and multifaceted" (ROSENFELD, 1994: 04). A tensão entre identidade e diversidade decorre do caráter multicultural das sociedades contemporâneas, nas quais as identidades entram em disputa, relativamente às diferenças de classe social, crença religiosa, etnia, orientação sexual, ideologias, entre outras (ver caso anexo). Não é tão óbvio como estas

identidades devam ser combinadas para se adequar aos princípios fundamentais do constitucionalismo[20], todavia não se pode escapar deste cenário diverso e da dificuldade (ou impossibilidade) que ele gera para a efetivação do constitucionalismo, através das constituições contemporâneas. Neste sentido, afirma Rosenfeld, que "the pursuit of the central values embodied in constitutionalism only makes sense in relation to sociopolitical settings that can be constructed as revolving around the two opposite poles of identity, and diversity or difference" (ROSENFELD, 1994: 04). Vale dizer, o constitucionalismo traduzido nos princípios da soberania popular, do Estado de Direito, da democracia, da supremacia da constituição, da separação dos poderes e da proteção dos direitos fundamentais nos faz enfrentar o conflito entre identidade e diversidade. Se do lado do direito, especialmente a partir de Dworkin e das considerações feitas nos itens precedentes, é possível pensar em uma resposta (certa) que dê conta de erradicar esse antagonismo, do ponto de vista da política, tal empreitada torna-se difícil, se não impossível.

A teoria do direito de Dworkin é uma possível resposta (certa) para apaziguar os conflitos na esfera da aplicação do direito, das decisões judiciais, sobretudo em face da sua atitude crítica e hermenêutica em relação à função jurisdicional. Ela proporciona decisões jurídicas que engendram uma provisória estabilidade ao que é, intrinsecamente, conflituoso: a demanda por direitos.

O direito como integridade é uma (hercúlea) tentativa de se assegurar, de um lado e, na medida do (im)possível, respostas consistentes do direito que evitam o perigo da auto-referência e da indeterminação e que, por outro lado, acalmam a tensão entre direitos e democracia. Todavia, apesar do esforço heróico de Dworkin (e de Hércules), o sistema jurídico-constitucional não é capaz de garantir decisões articuladas fundadas em uma visão singular e coerente da equidade, da justiça e do devido processo legal. Assim, a realização do direito como integridade depende de respostas que escapam do sistema jurídico-constitucional, pois estão em outro lugar, isto é, para além dele, na esfera da política democrática e seus conflitos.

Dworkin, conforme o que até agora foi aqui apresentado e discutido, é crédulo de que as respostas dadas pelos tribunais à tensão inerradicável que move as sociedades políticas pluralistas e democráticas são, não somente, as corretas, mas as melhores: "our concept of law ties law to the present justification of coercive force and so ties law to adjudication: law is a matter of rights tenable in court" (DWORKIN, 1986: 400-1).[21] Neste sentido, é significativo que seu juiz paradigmático se chame Hércules, pois somente juízes com superpoderes seriam capazes de decidir de acordo com a integridade: sopesando demandas individuais com objetivos comunitários. Hércules teria como tarefa equilibrar as demandas individuais baseadas na idéia de autonomia com as demandas coletivas ou comunitárias baseadas na idéia de identidade. Assim, sendo fiel ao direito como integridade, Hércules responderia a ambas as demandas, a liberal que clama por autonomia e liberdade e que implica no respeito à pluralidade e diferença e a democrática que clama por identificação coletiva, segundo a qual, os indivíduos se reconhecem como uma comunidade identificada em princípios. Decidindo (ou respondendo) desta forma, Hercules triunfaria no *Império do Direito,* ao satisfazer a exigência por estabilidade nas sociedades complexas e plurais (como a nossa), na medida que ele equalizaria a demanda por

direitos, com a demanda por uma sociedade equânime e justa, isto é, uma comunidade de princípios.

Interessante (ou irônico) que o próprio Dworkin reconhece a contingência das conseqüências dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo, de maneira que, não importando a retidão da resposta de Hércules, esta acaba não sendo absoluta ou incondicional.

A 'certeza' da resposta certa de Hercules pode ser, ainda mais problemática, pelo fato de que a coerência ou integridade requerida pelo sistema jurídico nem sempre é alcançada através da atitude interpretativa articulada por Dworkin. Como observa Habermas, "(t)he theory of judge Hercules reconciles the rationally reconstructed decisions of the past with the claim to rational acceptability in the present, it reconciles history with justice. However, this presupposes that judges such Hercules act, consistently, over time yet there is no guarantee that this will happen" (HABERMAS, 1996: 213). É possível que, em face de princípios que não são coerentes entre si, o juiz (Hercules) falhasse na construção de uma resposta consistente, comprometendo a idéia de certeza jurídica[22] e a demanda por uma aplicação legítima do Direito, na medida em que ele teria que buscar respostas em outra esfera do que a do sistema jurídico, isto é, nas lutas que acontecem na arena política.

Daí, recolar a questão dos princípios que fundam o constitucionalismo e sua relação com a constituição em outro lugar, para além do Direito, no qual uma solução apaziguada seria tão impossível quanto comprometedora dos conteúdos dos próprios princípios. De dentro do sistema jurídico-constitucional (e na esteira de Dworkin) é possível se ter respostas, todavia provisórias, à questão da identidade e da diversidade, dos direitos e da justificação do poder do Estado. Dworkin certamente não concordaria com esta afirmação, mas é esta crítica que este artigo busca articular.

De fato, o Direito como integridade nos lembra que o Direito não é e nem pode ser auto-referente, na mesma medida que não é e nem pode ser reduzido à política, "in the pejorative sense of the unprincipled, shrewd, and often manipulative quest for advantage in the political arena" (ROSENFELD, 1998: 17). A integridade no Direito, reconhecida nas práticas jurídicas, garante respostas certas (*principled*) às disputas judiciais. Na política liberal-democrática a integridade, reconhecida nas práticas políticas, também pretende dar respostas certas aos conflitos, os quais combinam demandas que são, no fundo, intrinsecamente excludentes, ou melhor, que são impossíveis de serem harmoniosamente articuladas.

A crença numa sociedade, na qual as pessoas sejam tratadas com igual respeito e consideração e se vinculem através de obrigações associativas ou comunitárias, dividindo um alto nível de identificação é, em certo sentido, romântica. Isto é, não se pode fechar os olhos para as diferentes identidades que as pessoas têm enquanto membros de uma comunidade, das diferentes posições de classe que elas ocupam e dos diferentes níveis de poder que elas possuem. Mas, "a consciência disto mesmo não tem que matar nosso direito à utopia e nosso direito ao sonho. Porque a utopia ajuda a fazer o caminho. Porque sonhar é preciso, porque o sonho comanda a vida" (NUNES, 2003: 123).

Isso significa que a concretização da igualdade em qualquer sociedade implica em arranjos, relativamente aos direitos e às obrigações, os quais acarretam algum ônus às pessoas. Esse ônus poderia ser mensurado no reconhecimento do caráter contingente de toda identidade. Conforme diz

Hart, "*(*t)hough the claim that liberal rights are derived from the duty of governments to treat all their citizens with equal concern and respect has the comforting appearance of resting them on something uncontroversial… this appearance dissolves when it is revealed that there is an alternative interpretation of this fundamental duty from which liberal rights could not be derived but negations of many liberal rights could.*" (HART, 1983: 226) O que Hart aponta é que a sociedade liberal pensada por Dworkin e seus compromissos com a igualdade podem ser controversos, de forma a afetar a própria idéia de identidade e consenso, na qual ela está fundada. Por exemplo, quando o direito à igual respeito e consideração se traduz no direito à liberdade sexual, é possível que este seja protegido e aplicado pelos tribunais, mas com algum custo em relação à identidade que caracteriza a sociedade enquanto tal.[23]

Dworkin evita a tensão entre as demandas democráticas por identidade e as demandas liberais por autonomia e diferença, assumindo que em uma sociedade liberal democrática não há desacordo entre identidade e autonomia, mas ambas se apóiam uma na outra. Contrariamente a este entendimento, sustentamos que qualquer tentativa de proteger e concretizar os princípios do constitucionalismo, especialmente em relação aos direitos fundamentais, deve assumir a inevitável e constante tensão entre identidade e diferença. Isto significa que uma vez que se tenha que responder à esta tensão, o direito o fará, sempre, de maneira contingente, assumindo sua limitação diante dos conflitos que estão além da arena jurídica, em outro lugar: na arena política da democracia liberal, do constitucionalismo, cuja paradoxal estrutura pede por uma permanente negociação "between political forces which always establish the hegemony of one of them" (MOUFFE, 2000: 05).

4. considerações finais (ou para além do constitucionalismo apaziguado)

Pois bem, o que finalmente fica é a sensação de desafio colocada pelo constitucionalismo para o direito e suas teorias a instigar novos caminhos que, ao serem percorridos (e não há outra maneira), nos permitem pensar a frente, em termos de um outro tempo, de um devir, que não é senão a transformação do presente. Que esse tempo que virá, esse futuro, é indeterminado, nós sabemos. Que em si e na sua permanente tensão ele é indecifrável, nós também sabemos. Mas quando a ação (o caminhar) acontece e o futuro assume a forma do presente (contínuo), esta (a ação) acha sua motivação, a qual, mais do que estar nas respostas dadas pelo direito ou pela política, está no chamado por justiça.

Não há discurso racional-moral que reduza os antagonismos até o seu final numa sociedade de consenso. Nem a política, nem o direito conseguem, em última análise, reconciliar os princípios que estão na base do constitucionalismo contemporâneo, como também aqueles não são entre si reconciliáveis, no sentido de um consenso final. Esta aporética construção do Estado constitucional, democrático e de direito, não signfica, porém, que estamos fadados a viver em tensão, sobrestados no que não se resolve. Ao contrário, uma aporia (e assim, o Estado constitucional) requer decisão (política e jurídica), a qual, no entanto, será sempre contingente e como tal, provisória, porém, atenta ao chamamento da justiça. Como afirma Derrida, a justiça é infinita, incalculável, avessa à simetria, enquanto o direito existe no âmbito da legalidade, estável e estatutária, enquanto um sistema regulador e normativo (DERRIDA, 1990: 947).[24]

É neste sentido da justiça como algo que está por acontecer e da possibilidade de transformação (de recriar, repensar,

reformular) que ela suscita que devemos agir. "O fato de a justiça exceder as fronteiras do jurídico e do político, e o fato de que ela não é um elemento de cálculo, não pode servir como álibi para alguém negar a responsabilidade na busca da transformação das instituições que compõem a sociedade" (KOZICKI, 2003: 151). Eis o nosso compromisso e daí essa discussão em torno do constitucionalismo e das constituições contemporâneas.

5. Anexo

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004) AP nº 70009550070. Rel Des Maria Berenice Dias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

BODIN DE MORAES, M. C. o Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONAVIDES, P. *Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2001.

CHUEIRI, V. K. de. *Before the law: philosophy and literature*. Tese de doutorado. Graduate Faculty, New School for Social Research, NY, 2004.

_____. *Filosofia do direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos.* Curitiba : JM, 1995.

_____. The chain of law: How is law like literature? *Legal Philosophy: General Aspects. Concepts, Rights and Doctrines.* Suttgart: Franz Steiner Verlag, 2002.

DERRIDA, J. "Force of Law: the Mystical Foundation of Authority," *Cardozo Law Review* 11: 5-6 (July/August) 1990.

DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.

_____. *Freedom's Law.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.

_____. *Law's Empire***.** London: Fontana Press, 1986.

_____. *Sovereign Virtue*. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 2000.

_____. *Taking Rights Seriously.* Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1982.

FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo:* derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée, 2000.

GRIMAL, P. *Dicionário De Mitologia Grega E Romana* **Rio de Janeiro: Bertrand, 1992.**

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Trans. William Rehg. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996.

HART, H.L.A. "Between Utility and Rigths". In: COHEN, Marshall (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence.* Totowa, NJ: Rowman & Allnheld, 1983.

_____. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

HELLER, A. *Além da Justiça.* Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito.*São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOZICKI, K. A política na perspectiva da filosofia da diferença. In: OLIVEIRA, M. AGUIAR, O. A., SAHD, L. F. N. A. S. *Filosofia Política Contemporânea.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

_____. O Problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. O que nos faz pensar. *Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-Rio,* Rio de Janeiro, n. 18, p. 145-164, Set/2004.

MOUFFE, C. *The Democratic Paradox*. London, New York: Verso, 2000.

NUNES, J. A. *Neoliberalismo e Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PUGGINA, M. O. A Hermenêutica e a Justiça do Caso Concreto." In: SAMPAIO, P. de A. *et ali. Ética, Justiça e Direito.* Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p. 163-175.

ROSENFELD, M, and ARATO, A. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges.* Berkley, Los Angeles, London: University of California Press, 1998.

ROSENFELD, M ed. *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy.* Durham and London: Duke University Press, 1994.

_____. *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics.* Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 1998.

SALDANHA, N. *Entre o Jardim e a Praça.* Porto Alegre: Fabris, 1986.

SAMPAIO, P. de A. *et ali. Ética, Justiça e Direito.* Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, A. M. *Concretizando a Constituição.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOUSA FILHO, C. F. M. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.* Curitiba: Juruá, 1998.

NOTAS

[1] No que tange à tutela dos direitos fundamentais Joaquin Herrera Flores assevera que no cenário contemporâneo é um tema de alta complexidade, pois, a natureza normativa dos direitos humanos está diretamente relacionada com a vida concreta das pessoas. Neste mesmo sentido, acrescenta que não podemos prescindir de uma análise hodierna dos direitos humanos que parta de sua complexidade teórica e do compromisso humano que estes direitos carregam consigo.

[2] Hans Kelsen e Herbert L.Hart, apesar de representarem tradições jurídicas distintas (Romano-Germânica e Anglo-Americana), concordam que a autoridade do direito não pode ser pensada sem se referir à norma/regra jurídica pois, em certo sentido, aquela depende desta.

[3] Os princípios serão aqui discutidos a partir das considerações que faz Ronald Dworkin acerca dos mesmos em suas obras *A Matter of Principle*, *Freedom's Law, Law's Empire***,** *Sovereign Virtue* e *Taking Rights Seriously.*

[4] "I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or any some other dimension of morality."

[5]"My point was not that 'the law' contains a fixed number of standards some of which are rules others principles. Indeed I want to oppose the idea that 'the law' is a fixed set of standards of any sort. My point was rather that an accurate summary of the considerations lawyers must take into account, in deciding particular issue of legal rights and duties, would includes propositions having the form and force of principle...".

[6] Ver decisão em anexo.

[7] Interessante a crítica de Agnes Heller, para quem a idéia de Dworkin de *equal respect* é ilusória, na medida em que entende o igual respeito como uma categoria da igualdade (igualdade de respeito), cujo principal valor é o respeito e não a igualdade.

[8] Esta idéia de defesa encontra-se conectada à dimensão negativa dos direitos fundamentais que os fixa como *limite e tarefa do Estado.* A partir desta noção, nota-se que esta dimensão negativa impõe a necessidade da abstenção do Estado e a demarcação de uma zona individual de não-interferência. Curiosamente, o novo código civil brasileiro, em vigor desde 11/01/2004, a dispõe, no art. 1513, que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". De algum modo e sob certo viés, restou aí reconhecido um espaço de incolumidade no seio de uma experiência de vida coletivamente limitada. Neste sentido que Ronald Dworkin (In: *Life's Dominion.* p. 306.) refere-se ao sentido *paciente* da dignidade da pessoa humana, pois, esta constitui garantia de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações.

[9] Mais adiante nesta página, o autor afirma que "conceiving the law of a community as the scheme of rights and responsibilities that license coercion because they flow from past decisions of the right sort, leads us to the idea of the rule of law."

[10] Na teoria constitucional brasileira avulta mais coerente a tese que coloca o princípio da dignidade da pessoa humana, materialmente concebido, como núcleo do sistema constitucional. Isto porque esse princípio representa um *conteúdo comum* a todos os direitos humanos e fundamentais. Todavia, o *princípio-fundamento* enunciado no artigo 1º, par. 3º da Constituição Federal cumpre papel maior, pois "além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos" (SARLET, 1998: 97). Assim sendo, esta noção de igualdade que sustenta Dworkin estaria contida no princípio da dignidade. Para Ingo Wolfgang Sarlet "não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana"(SARLET, 1998: 97).

[11] Ainda no mesmo capítulo sobre liberalismo Dworkin fala sobre o que ele considera as posições políticas dosliberais: "in economic policy, liberals demand that inequalities of wealth be reduced through welfare and other forms of redistribution financed by progressive taxes. They believe that government should intervene in the economy to promote economic stability, to control inflation, to reduce unemployment, and to provide services that would not otherwise be provided, but they favor a pragmatic and selective intervention over a dramatic change form free enterprise to wholly collective decisions about investment, production, prices, and wages. They support racial equality and approve government intervention to secure it, through constraints on both public and private discrimination in education, housing, and employment. But they oppose other forms of collective regulation of individual decision: they oppose regulation of the content of political speech…and they oppose regulation of sexual literature and conduct, even when such regulation has considerable majoritarian support. They are suspicious of criminal law and anxious to reduce the extension of its provisions to behavior whose morality is controversial, and they support procedural constraints and devices, like rules against the admissibility of confessions, that makes it more difficult to secure criminal convictions." (p. 187)

[12] Rosenfeld e Arato observam que "Dworkin would be hardly pressed to justify that his liberal-egalitarian rights are more legitimate than liberal-libertarian or conservative rights, or even those goods that loom as normatively paramount within ethical theories committed to the priority of goods over rights, if it were not for his assertion that the U.S. Constitution happens to have codified liberal-egalitarian rights and principles. But this latter assertion makes Dworkin's theory doubly vulnerable: …it can be dismissed as merely parochial since it depends on contingent historical facts lacking importance beyond the United States; on the other hand, Dworkin's conclusions regarding the American Constitution may be attacked as being historically unwarranted".

[13] Para Dworkin *fairness*, *justice* e *procedural due process* subsumem a diversidade dos princípios que existem nos Estados liberais democráticos ou nas "comunidades de princípios.

[14] Hércules (ou Héracles) foi o maior de todos os heróis gregos. Era filho de Zeus e Alcmena e, desde jovem, revelou seu potencial heróico: conta a literatura que, ainda no berço, estrangulou duas serpentes que a ciumenta Hera, esposa de Zeus, tinha mandado para atacá-lo. Em sua vida adulta, as aventuras de Hércules o tornaram o mais espetacular herói da mitologia grega. Em que pese as fontes literárias mais coerentes acerca da temática datarem apenas do século III a.C., citações de diversas fontes artísticas deixam claro que suas façanhas eram conhecidas dos povos antigos (**GRIMAL, 1992).**

[15] "Associative obligations that arise from social practices are interpretative and not mechanically given through habits or conventions. For instance, it is "an open question among friends what friendship requires… The reciprocity we require for associative obligations must be more abstract, more a question of accepting a kind of responsibility we need the companion ideas of integrity and interpretation to explain. Associative obligations can be sustained among people who share a general and diffuse sense of member's special rights and responsibilities from or toward one another, a sense of what sort and level of sacrifice one may be expected to make for another".

[16] Esse pensamento traz a colação as idéias de François Gény que, arrostando o pensamento positivo liberal, vislumbra o Direito não apenas como dado (lei), mas também como construído por meio da atuação hermenêutica criativa de seus operadores. In: CARMO, L. U. do. *Ensaio sobre a hermenêutica jurídica e suas funções.* Texto disponível no domínio: www.socejur.com.br .p. 15.

[17] Dado o objeto deste artigo, não serão discutidos aqui os conceitos (e as diferenças entre) convencionalismo e pragmatismo jurídicos. Para tanto, ver Dworkin, *Law's Empire,* capítulos quatro e cinco.

[18] Nessa toada, faz-se mister trazer à colação jurisprudência da Suprema Corte Americana, berço das idéias acerca do controle de constitucionalidade, com destaque para o caso *Griswold vs Connecticut*, de 1965, no qual a Suprema Corte, no exercício dos afazeres concretos de uma verdadeira jurisdição constitucional, invalidou lei ordinária estadual que proibia a comercialização e utilização de anticoncepcionais com fulcro no *right of privacy.*

[19] Este elenco de princípios ou demandas do constitucionalismo não é exaustivo, todavia concentra os/as mais fundamentais, relativamente ao seu núcleo duro. Acerca da origem e evolução do conceito de autodeterminação nos explica Marés: "Sob a cultura de que não pode haver nem território, nem povo, sem Estado, o direito à autodeterminação dos povos passou a ser o direito a constituir-se em Estado. Nas décadas de 60 e 70 deste século, grandes movimentos de libertação nacionais agitaram o mundo com guerras marcadas por atos heróicos de povos inteiros, que acabaram destruindo antigos e sedimentados impérios coloniais e até mesmo infringindo derrotas ao que se chamou imperialismo norte-americano. Os povos em armas logo se transformaram em Estados carentes de políticas, de mercado e de leis. A autodeterminação dos povos se converteu, a partir da criação dos Estados em autodeterminação dos próprios Estados. A vitória dos povos nos campos de batalha transformava-se em vitória do Estado e do Direito estatal. A partir da constituição do Estado livre e soberano, com uma Constituição que garante direitos individuais, não se poderia mais falar de povos integrantes deste Estado, mas somente de um povo, que corresponderia a toda a população daquele território, este é o dogma do Estado contemporâneo. Os povos minoritários passaram a ser oprimidos, ter suas manifestações culturais proibidas, perderam seus direitos de povo e, no máximo, adquiriram direitos individuais de cidadania e de integração. É a versão constitucional da política integracionista. Aos Estados assim constituídos ficou transferido o direito de autodeterminação. Quer dizer, autodeterminação dos povos, significa ainda hoje, autodeterminação dos Estados nacionais. Exatamente aí radica a dificuldade dos organismos internacionais, e os Estados nacionais que os criam, em aceitar a denominação **povo** quando se referem aos indígenas, buscando subterfúgios como populações ou pessoas.".(MARÉS DE SOUZA FILHO, 1998: 77)

[20] Essa idéia resta bem demonstrada na passagem que afirma: "O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita cada povo viver segundo seus usos e costumes e transformá-los, quando desejável e necessário, em Constituições rígidas, após inventar sua própria forma estatal de organização.". (MARÉS, 1994) Trabalho publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional "Ciência, cientistas e tolerância".

[21] A propósito, "(j)udicial review insures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a tranformation that cannot succed, in any case not fully, within the legislature itself. That is important beyond the importance of actual decision reached in courts so charged" (DWORKIN, 1985: 70).

[22] Em que pese o sistema jurídico dever oferecer aos seus destinatários segurança haja visto o imperativo da estabilidade das relações interhumanas, avulta claro que a segurança jurídica não é o escopo exclusivo do direito. Antes dele, exsurgem outros princípios de maior relevância, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da justiça material.

[23] A propósito ver a decisão em anexo.

[24] "Antes de mais nada, a responsabilidade judicial exige um compromisso em atender ao chamado da justiça. Isto implica no reconhecimento da insuperável separação entre direito e justiça, desmistificando os conteúdos legais como intrinsecamente justos. Assim, atender a este chamado significa assumir a responsabilidade, envolvida em cada decisão, de repensar e justificar o direito passado e outras categorias jurídicas, ao invés de meramente repeti-los" (KOZICKI, 2004: 160).