

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

PEDRO VITAL EUGÊNIO MELO

DIREITO E POLÍTICA: RELAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS E PRÁTICAS

São Luís
2016

PEDRO VITAL EUGÊNIO MELO

DIREITO E POLÍTICA: RELAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS E PRÁTICAS

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Fernando Otaviano Melo
Jardim

São Luís
2016

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Eugênio Melo, Pedro Vital. Direito e Política:
Relações epistemológicas e práticas / Pedro Vital
Eugênio Melo. - 2016. 52 f.

Orientador(a): Fernando Otaviano Melo Jardim.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito,
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Direito. 2. Dworkin. 3. Política. 4. Relações de
poder. 5. Verdade. I. Melo Jardim, Fernando Otaviano. II.
Título.

PEDRO VITAL EUGÊNIO MELO

DIREITO E POLÍTICA: RELAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS E PRÁTICAS

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Fernando Otaviano Melo Jardim
Orientador

1º Examinador (a)

2º Examinador (a)

É vã toda tentativa de traduzir o mundo para compreendê-lo e aceitá-lo. Basta olhá-lo no vale, perdoar a fonte pura que tal qual o generoso astro rei, nasce para todos. E “desprezá-lo”, seguindo o conselho de Nietzsche, sem renovar a leitura do bizarro.

Valéria Montenegro

*A todos que partilham comigo um pouco do
seu amor, pessoas sem as quais nada faria
sentido.*

RESUMO

Trata-se de estudo sobre as relações entre direito e política. O trabalho é desenvolvido de forma a primeiramente analisar as questões metafísicas do problema, abordando a influência das relações de poder na produção do direito e do conhecimento como um todo. Como consequência, ainda nessa primeira parte é abordado o direito como forma de produção de verdades, além da clássica questão a respeito de verdade e mentira. Em seguida são analisados os conceitos de direito e política e como estes se relacionam. O trabalho é finalizado com a abordagem de Dworkin que defende o direito como uma atividade interpretativa e baseada no complexo conceito de integridade desenvolvido pelo autor.

Palavras-chave: Política. Direito. Relações de Poder. Verdade. Filosofia do Direito. Dworkin.

ABSTRACT

A study about the relation between Law and politics. The work firstly analyses the metaphysical questions that involve the problem, approaching the influence of power relations in the production of Law and knowledge itself. Consequently, in this first part, the study develops the idea of Law as an instrument of truth production, and the classical discussion about truth and lies. In the second part, it has analyzed the concepts of Law and Politics, as their relation with each other. The study is finished with the presentation of Dworkin's idea that Law is about interpretation and based on the complex concept of integrity developed by the author.

Keywords: Politics. Law. Relations of Power. Truth. Philosophy of Law. Dworkin.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA	14
2.1 O impasse epistemológico	14
2.1.1 Uma análise dos métodos disponíveis: as vias filosófica e científica.....	16
2.2 Poder, verdade e direito	18
2.2.2 Verdade e poder	18
2.2.3 Poder e Direito	23
3 DOS CONCEITOS	25
3.1 Quid Juris?	25
3.1.1 Dificuldades para elaboração dos conceitos.....	25
3.1.2 A visão do positivismo jurídico	27
3.1.3 Breve comentário a respeito da visão de Dworkin conceito de Direito	31
3.2 O que é política?	32
3.3 Política x Direito: um problema gerado pela interdependência	34
4 A VISÃO LIBERAL DE DWORKIN: UMA CONSTRUÇÃO HÍBRIDA	38
4.1 A construção do pensamento dworkiniano	38
4.2 Direito como interpretação.....	39
4.2.1 Argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político .	39
4.3 As diferentes visões sobre o Estado de Direito	42
4.4 O direito como integridade.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

1 INTRODUÇÃO

A primeira parte do trabalho vai refletir sobre aspectos básicos do próprio conhecimento humano. A discussão sobre verdade e mentira, primeiramente desenvolvida por Nietzsche, será abordada por meio do pensamento de Foucault, um pensador que teve o papel de reconhecer as influências das relações de poder na construção do conhecimento.

Há verdades absolutas no Direito? Essa dúvida é muito latente quando estamos diante de casos controversos que parecem apresentar discursos diferentes e que aparentemente poderiam ser escolhidos pelo juiz pois obedecem às regras do discurso jurídico. A discussão entre verdade e mentira expõe as dificuldades da linguagem para estabelecer uma relação entre os conceitos e as coisas, e traz consigo uma série de perguntas que tem influência no processo de aplicação do Direito.

Há de se pensar: se os processos da linguagem permitem tal maleabilidade, de que se servem os juízes para emitir suas decisões? Nesse ponto, autores divergem a respeito da própria natureza do Direito, do seu papel, das ferramentas que ele dispõe, e de que modo essas ferramentas devem ser utilizadas para solucionar os casos concretos que chegam até sua alçada.

O problema a ser analisado não será a interferência da política partidária sobre a norma na sua elaboração ou mesmo aplicação – intervenção que pode dar-se de forma ilícita ou lícita. Serão apreciadas relações que exponham o direito de forma independente ou por essência associado à ideologia e à concepção de poder.

Durante o trabalho, o conceito de norma não será explorado no sentido Kelseniano. Utilizaremos como corrente doutrinária, aquela defendida, por exemplo, pelo ex-ministro do STF Eros Grau, de forma que onde Kelsen enxerga norma legal, para nós será texto legal, e a norma surgirá como resultado da interpretação desse texto.

Foucault entendia ser impossível a separação do Direito e das ideologias que permeiam e sustentam o poder. Para ele, o conhecimento (direito) surge sempre de um poder (política), e a esse poder está submetido o conhecimento.

Bobbio seguia num sentido muito parecido quando falava que os poderes existentes, na verdade seriam o econômico, ideológico e político. De forma que o grupo que detivesse o controle sobre os meios de produção, da elaboração do conhecimento e das ideologias que fundassem o Estado (família, Direito, religião e demais formas de organização e sustentação do sistema), seria também detentor do poder político.

Em ambas as abordagens fica claro que o Direito, como toda forma de conhecimento, só é produzido à luz de um processo de organização e compreensão social que desemboca na sustentação de um poder, e por consequência, de uma ideologia, nem que essa ideologia seja o próprio Estado Democrático de Direito.

Seria possível isolar o Direito, conseguir que ele se moldasse de forma independente de influências conceituais e de divergências que permeiam o campo político? Se alguém, no senso comum, critica, por exemplo, uma decisão do STF, esse alguém a crítica dizendo que tal decisão não é legítima pois tem viés ideológico X. Mas é possível que o conhecimento (direito) seja algo independente da ideologia? O conhecimento não se forma para sustentar um poder? (Foucault) Como entender isto na contemporaneidade quando o Direito do pós-guerra fundou-se numa hermenêutica cada vez menos baseada no objetivismo e mais na ponderação de princípios? O judiciário, palco da resolução dos conflitos interindividuais está pronto para solucionar problemas transindividuais? São todas as questões jurídicas também políticas pois o Direito é uma ferramenta de organização social que visa sustentar uma ordem vigente (poder/política)?

Muitas visões sobre o assunto foram desenvolvidas, as quais se destacam, por exemplo, aquelas provenientes do formalismo jurídico representado pelo positivismo teórico, que procura estruturar o Direito como ciência, conferindo a ele um caráter técnico, livre de reflexões sobre ideias de justiça substantiva e princípios inerentes à condição humana, como a teoria desenvolvida por Kelsen.

Kelsen, apesar de ser visto como o pai do positivismo jurídico, é entendido assim pelas razões erradas. Sua visão desde sempre procurou separar não o Direito da Moral, da Política e de outros campos do saber, mas sim construir uma estrutura metodológica que propiciasse o surgimento do Direito como ciência. O autor não era positivista porque achava que o Direito poderia isolar-se de todas as influências dos outros campos do saber, mas porque enxergava no texto legal que fosse válido,

legítimo e eficaz, a norma jurídica que solucionaria sempre com justiça todos os conflitos. Desenvolve uma metodologia no sentido da construção de uma norma com as características citadas, sem considerar que a interpretação desse texto conduz a uma série de desafios hermenêuticos, e que é nesse momento onde se passa a conferir significado ao que foi positivado, apesar de já reconhecer que a interpretação era um ato de vontade.

Essa visão objetivista do Direito, proveniente de um pensamento da era moderna, só começará a ser questionada com o turbulento começo do século XX. O pós-guerra caracterizou-se pelo sentimento de fracasso da tentativa do Direito de apresentar-se como alternativa para solução de conflitos que transcendessem a esfera das relações interindividuais para discussões com cunho político-social.

Desde então, nosso Direito – a Constituição da República de 1988 é um exemplo disso – é pautado em princípios que devem nortear todo o bom ordenamento jurídico. Se antes o problema era conferir ao Direito um caminho lógico, estabelecer um método para sua aplicação, a discussão hoje gira em torno do Direito como garantidor do cumprimento de princípios e ideias que são a base de toda a nossa organização social.

Tal visão esbarra num questionamento básico sobre a legitimidade do judiciário para decidir sobre objetos que trespassem a simples interpretação de um texto legal à luz de princípios gerais. Teria o juiz legitimidade para apontar o que deve ser executado no campo social? A interpretação e ponderação de princípios e garantias fundamentais devem ser usadas para solucionar impasses políticos? Nosso processo hermenêutico está preparado para isto ou ainda estamos sob um modelo híbrido entre o objetivismo e o pragmatismo jurídico? Quais são os riscos desse ativismo? É possível a neutralidade ideológica do Direito?

Várias são as questões que surgem quando pensamos sobre o que é Direito, o que é Política e até que ponto podemos separar as duas coisas. A dificuldade da formulação dos conceitos de Direito provém do desafio que é a delimitação de seu objeto, de forma que a depender dessa delimitação, todo o resto se altera, e a forma de se aplicar o Direito e de percebê-lo na sociedade também se transfigura.

O desafio epistemológico é refletido nas práticas jurídicas: se o Direito é só aquilo que as instituições do aparelho político dizem que ele é, temos uma forma de compreendê-lo e aplicá-lo; se ele é feito de princípios universais que norteiam todo seu arcabouço e dão forma aos seus princípios gerais, que devem ser considerados

durante o processo hermenêutico, temos outra forma de compreendê-lo e aplicá-lo. Essa dificuldade não aparece em áreas do saber como Química, Biologia ou Física, mas quando o método científico é transportado para as disciplinas humanas e sociais, tais desafios representam a base de toda a discussão sobre a matéria, e determinarão todos seus outros aspectos.

Seriam as dificuldades epistemológicas do Direito provenientes dos próprios entraves gerados pelo discurso científico, e pela tentativa de autores como Kelsen de incluí-lo na forma positivista tão amplamente aplicada no século XVIII e XIX? Muitos são os entraves epistemológicos, e autores como Foucault e Nietzsche instruirão a primeira parte do trabalho que se debruça sobre essas questões basilares, a perpassar entre discussões a respeito do discurso, da linguagem, e do direito como instrumento de produção de verdades.

Se Direito e Política surgem juntos, como se dá essa relação? O Poder Político é limitado e regulamentado por instrumentos jurídicos, ou são esses instrumentos provenientes da vontade dominante? Se na origem Direito e Política parecem ser indissociáveis, que dizer do momento da aplicação do Direito? Diante de casos controversos, os fundamentos que juízes utilizam para decidir sobre qual é o Direito são de cunho moral e político? A exposição aqui proposta traz muito mais perguntas do que respostas definitivas, e em grande parte do tempo tentará explorar as falhas e desafios existentes da relação analisada.

Muitos são os indícios que nos levam a crer que Direito e Política são coisas inseparáveis. Os Ministros do STF, por exemplo, assim como de vários outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, são indicados pelo chefe do executivo e ratificados pelo legislativo. Qual seria a razão de ser desse caminho se a atividade daqueles magistrados tem caráter simplesmente técnico e não devem se deixar desviar por influências da política?

A relação entre o Direito e poder mudou ao longo dos séculos, evoluiu juntamente com a noção de Estado, de Governo, de princípios e até mesmo do papel do próprio Direito. Entender qual é a posição do Direito em toda a nossa estrutura de organização social, e portanto entender o seu papel político, é fundamental para construir um novo modelo hermenêutico que consiga romper definitivamente com o objetivismo de outrora, mas sem dar espaço para juízes solipsistas, que através da argumentação jurídica podem justificar quaisquer decisões a depender de suas amarras ideológicas ou convicções políticas.

Para essas e outras questões, a parte final do trabalho trará a visão de Dworkin sobre o assunto, onde o autor tentará nos trazer uma teoria que unifique todos esses campos, mas que ao mesmo tempo deixe clara a separação entre Direito e Política, além de confrontar os desafios dos juízes diante de casos controversos e suas consequências no campo político.

2 DA APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

2.1 O impasse epistemológico

O Direito sempre esteve presente no ambiente político, seja quando dita as regras pelas quais o poder deve ser exercido ou ao regulamentar o funcionamento das instituições que compõe o Estado. As formas jurídicas são instrumentos pelos quais todas as ações dos governantes são legitimadas. Os agentes políticos executam suas atribuições por meio de decretos, medidas provisórias, atos administrativos e outras tantas estruturas que fazem parte da realidade jurídica:

O Poder político – Potestas e não potentia – é uma construção jurídica, tanto é que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõe restrições e limites. Se a potência é força e, às vezes, violência, o Poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais. O “direito político” é precisamente constituído pelas normas que regem organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por ela determinado e delimitado.¹

A questão levantada por parte da filosofia do direito é clássica: até que ponto se pode encarar o Direito como algo independente das relações de poder? São todas as questões jurídicas também políticas pois o Direito é uma ferramenta de organização social que visa sustentar uma ordem vigente (poder/política)?

Durante parte do trabalho, expor-se-á as diversas vias pelas quais caminham as respostas para essas e outras questões, fazendo-se uma análise das transformações pelas quais o Direito teve que passar para superar grandes controvérsias e inconsistências inerentes à sua aplicação, para que fosse encarado como instrumento confiável de solução não só de conflitos interindividuais, mas também de questões que remetem a transindividualidade, onde se percebe um Direito

¹ Goyard-Fabre, Simone. **Os princípios do direito político moderno**; tradução Irene A. Paternot. – São Paulo : Martins Fontes, 1999.

cada vez mais preocupado em ser o meio executor de garantias sociais e portanto, a certa maneira, de questões políticas².

O entendimento do Direito como algo totalmente separado da política advém apenas com o surgimento do Estado moderno, pois antes do discurso científico e da tarefa da qual se incumbiram vários pensadores de estabelecer um método pelo qual se poderia chegar a uma verdade absoluta diante das questões jurídicas, essa distinção era impossível. Tal sentimento provém da fé racionalista dominante no século XVIII que acreditava na capacidade do legislador formular um plano consciente e completo de toda a vida política e social³.

A separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (the rule of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do Direito⁴. No plano de sua criação, não há como o Direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O Direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas⁵. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.⁶

Epistemologicamente falando, ainda hoje essa distinção é impossível. Complementando o já explicitado na citação acima, as próprias constituições dos Estados, de onde serão retirados boa parte dos princípios que nortearão as construções jurídicas de seus ordenamentos, são, na sua essência, provenientes de um sentimento político. Tal visão, de origem na Teoria da Constituição de Carl Schmitt, vai em contraponto ao formalismo jurídico dominante durante o século XX.

Nesse ponto, é importante fazer uma diferenciação entre o caráter político do Direito no seu surgimento (aspecto epistemológico) e na sua aplicação, onde surge a dúvida se essa unidade entre Direito e Política pode subsistir até mesmo durante o

² **Lênio Streck sobre Hermenêutica e Jurisdição**. Congresso organizado pela universidade Unisinos, 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=PrSl9umZWRw>. Acessado em 03 de Novembro de 2016.

³ SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpresión em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003.

⁴ V. Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, 2004, p. 7

⁵ V. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), **The Oxford handbook of law and politics**, 2008, p. 3.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil** – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

processo hermenêutico que possibilita sua aplicação aos casos concretos colocados diante do judiciário.

A partir dessa discussão sobre a interpretação do Direito, o trabalho deve analisar obras do jus filósofo Ronald Dworkin, que em livros como *Uma questão de Princípio*⁷, *O Império do Direito*⁸, entre outros, tentará estabelecer uma diferença entre Direito e Política onde o último sempre se mostra em argumentos baseados no objetivo, enquanto o primeiro está ligado intrinsecamente a argumentos de princípio.

Dworkin rejeita a ideia que adjetiva como “tosca”⁹, na qual Direito e Política são vistas como a mesma coisa, mas ao mesmo tempo constrói uma argumentação onde os dois campos do conhecimentos se encontram ligados, porém independentes na forma de resolução de seus conflitos e questões. O autor propõe uma visão liberal do Direito, distanciando-se do positivismo jurídico e ao mesmo tempo mostrando que há, sim, a possibilidade de obtermos respostas certas para casos controversos, a despeito do que uma abordagem mais próxima à escola crítica diria.

2.1.1 Uma análise dos métodos disponíveis: as vias filosófica e científica

A questão epistemológica do Direito gerou muitos caminhos que ambicionam sua compreensão, e o que foi trilhado pelo estado moderno desde a sua criação foi o método científico. A eclosão das ideologias racionalistas que começaram a fundar o estado moderno por volta do século XVI, tomam grande força naquele momento de ascensão da burguesia e impulsionam a formulação das ideias liberais e democratas que buscavam a queda do regime de estados absolutistas que impediam o dinamismo necessário ao desenvolvimento de uma sociedade de mercado.

As ciências humanas e sociais, como formas de conhecimento, também sofreram influência do discurso científico, fazendo com que muitos estudiosos desses campos se empenhassem na estruturação desses saberes a partir das premissas ideológicas da ciência. Autores como Kelsen e outros positivistas enxergavam na Ciência do Direito uma possível saída para a obtenção de um método que fosse capaz

⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007

⁹ Ibidem. Pág. 07

de solucionar objetivamente os conflitos sociais de maneira eficaz e ao mesmo tempo resolvendo problemas de justificação teórica e de legitimidade.

Acontece que áreas do conhecimento como a ciência política e a ciência do direito, assim como todo o discurso racionalista moderno, atualmente encontram-se sob diversas críticas de autores que se dizem críticos da modernidade, e apontam suas falhas, principalmente no que diz respeito às aporias geradas pelo método científico empregado nessas áreas do saber. Até mesmo a pluralidade de procedimentos surgidos a partir do discurso científico aplicado às ciências humanas e sociais, torna-se um empecilho ao seu funcionamento:

A variedade dos procedimentos lançou suspeita sobre a ‘ciência do direito’, que às vezes é acusada de ser desprovida seja de cientificidade, seja de juridicidade. Sem chegar a uma crítica tão radical, devemos observar que, no que diz respeito sobretudo ao estudo do direito político¹⁰ pela ciência do direito, esta esbarra na multiplicidade de fatores que tem que levar em conta e na necessidade de escolher, entre eles, os paradigmas aos quais recorrerá preferentemente.¹¹

Para que o método científico fosse implantado com total êxito no direito, seria necessária a definição exata do objeto do qual se ocupa tal ciência, o que em especial para o Direito e para ciência política é sempre um fator que apequena os seus próprios horizontes. A delimitação de um objeto e de uma metodologia específica, sempre limitará a própria produção de conhecimento teórico e vai contra a intenção primeira desse caminho de criação/verificação do conhecimento.

De acordo com os critérios escolhidos, a capacidade de elucidação que uma ciência assim possui é seletiva; em consequência, é necessariamente limitada, já que é, no fundo, dependente de pressupostos, axiológicos ou ideológicos por exemplo, que puderam determinar a escolha de seus critérios e de seus modelos operacionais. Nessas condições, pode-se indagar se uma ciência do direito político não está condenada a tropeçar em “obstáculos epistemológicos” intransponíveis, que afastam os resultados por ela obtidos de conhecimento teórico aprofundado que buscava.¹²

Obstáculos epistemológicos intransponíveis é uma expressão que explica muito bem o que acontece à ciência política e do direito. Não há impasses epistemológicos a serem solucionados por meio da ciência do direito, e sim impasses epistemológicos gerados do próprio método científico. É desse “recorte” do objeto,

¹⁰ O que a autora chama de *direito político*, ou *direito público segundo a própria*, é o conjunto das regras do direito positivo que formam a base institucional das sociedades políticas tal como existiram nos séculos da modernidade ocidental.

¹¹ Goyard-Fabre, Simone. **Os princípios do direito político moderno**; tradução Irene A. Paternot. – São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pág. 47

¹² Ibidem. Pág. 48

dessa limitação ao empírico, à observação e simples descrição de postulados produzidos pelas instituições, que se deve as críticas ao modelo e sua tão anunciada crise.

Por outro lado, se essas ciências perdem a ambição de isolar-se com método próprio, sua constituição acaba sofrendo de um sincretismo, onde diversas outras áreas do saber que se entrelaçam ao estudo da política e do direito, distanciando-se do ideal cientificista almejado¹³.

A via filosófica nos ajuda a encarar as questões relacionadas a epistemologia do conhecimento e do direito sem necessariamente ligada a definição de um objeto ou mesmo de encontrar a essência predeterminada desses campos do saber. A filosofia busca compreender os mecanismos hermenêuticos e expor a realidade do universo jurídico e político por trás de toda teorização resultante de processos metafísicos parciais.

A tarefa do filósofo não é descrever uma ordem existente aqui e agora, nem sequer explicar a forma e o conteúdo do ordenamento jurídico de certo Estado ou de certo organismo internacional. A filosofia não é um trabalho de conhecimento, mas um exercício infindável de reflexão compreensiva e crítica. (...) Pelo gesto radicalizador da reflexão, o que busca compreender é a própria possibilidade da existência do direito público enquanto fato normativo essencial às sociedades políticas modernas.¹⁴

Por isso a parte sobre epistemologia do conhecimento e do Direito confeccionada nesse trabalho, que constitui o núcleo duro de toda a análise feita, e de onde na verdade surgem os verdadeiros impasses que dão origem a todas as reflexões exploradas nesse texto, são tratadas sob a visão de autores da filosofia, para que depois o objeto seja limitado à filosofia do direito e às questões típicas dessa área de estudo. O verdadeiro objetivo passa por entender as perguntas geradas pela epistemologia e em que se apoiam os caminhos escolhidos pelo Direito do estado moderno para responde-las.

2.2 Poder, verdade e direito

2.2.2 Verdade e poder

¹³ Goyard-Fabre, Simone. **Os princípios do direito político moderno**; tradução Irene A. Paternot. – São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pág. 48

¹⁴ Ibidem. Pág. 48

Num plano de análise ainda mais profunda, depara-se com a via filosófica para a compreensão das formas jurídicas como instrumentos de produção de verdade¹⁵, onde se reflete sobre a forma com que as verdades são construídas de acordo com as várias regras do discurso jurídico, por exemplo.

A abordagem filosófica da análise das interações entre poder, verdade e Direito constitui talvez o núcleo duro de toda essa exposição. Ao analisar a natureza do Direito, pode-se voltar à própria análise epistemológica do conhecimento. Muitas são as correntes que tentam elucidar tal questão, mas Foucault apresenta uma visão muito propícia para a presente análise, pois o autor trabalha com a ideia de que as relações de poder são as próprias geradoras do saber, e que esse último não está necessariamente ligado a questões racionais e positivistas, mas deve ser compreendido dentro das relações sociais num determinado momento histórico.

Na arqueologia o poder aparece na discussão saber/poder e sobre verdade científica na qual Foucault se posiciona, afirmando que aquilo que é tomado como verdadeiro em uma época está ligado ao sistema de poder. Ou seja, a validação do conhecimento científico é uma questão de poder. (...) Na fase genealógica a ênfase recai sobre as práticas de poder e seus efeitos na construção da subjetividade. O poder passa a ser analisado a partir de suas práticas, das tecnologias de produção de poder desenvolvidas pela sociedade. Não mais o poder circunscrito ao Estado ou aos seus aparelhos, (...) explicar seu funcionamento comparando-o a uma rede que se estende ao corpo social, produzindo seus efeitos. O poder não mais localizável, mas multidirecional, espalhado como micro-poderes – grãos de podres na mesa social.¹⁶

Portanto, segundo a ideia concebida por Foucault, não só o Direito se mostra inseparável das relações de poder, mas é imprescindível para a compreensão da episteme de todo o conhecimento.

Essa concepção nos leva, óbvio, à discussão filosófica sobre verdade, que impactará a questão hermenêutica, parte fundamental da construção do Direito e alvo da segunda parte desse trabalho. Porém na via epistemológica, o autor também oferece uma reflexão sobre a forma como as verdades são construídas; de forma que o Direito, em especial o direito penal, é apenas o reflexo do que uma determinada sociedade considera como certo ou errado diante de um momento histórico específico.

O importante, creio, é que a verdade não existe fora do poder ou sem poder (não é – não obstante um mito, de que seria necessário esclarecer a história

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. Pág. 12

¹⁶ SILVA, Francisco Paulo da. **Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault**. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro (org.). Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade. São Carlos: Claraluz, 2004, p. 160

e as funções – a recompensa dos espíritos livres, o filho das longas solidões, o privilégio daqueles que souberam se libertar). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. **Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.**¹⁷ (grifo nosso)

Nesses “tipos de discurso” também se encontra o discurso jurídico. Ele próprio também é dotado de regras e procedimentos que devem ser obedecidos para que algo seja encarado como verdade. Isso tudo está inserido dentro de uma lógica de dominação, que passa obviamente pelo controle da produção do verdade que ajuda a sustentar a ordem vigente. O direito produz verdades, dá vereditos sobre o que é certo ou errado, pautando-se em regras que na provem das relações de poder que não estão centradas apenas no aparelho estatal, mas encontram-se difusas em toda a gama de relações sociais.

As práticas judiciais – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar na história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipo de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas¹⁸

O discurso de Foucault, muito baseado nos processos de produção de verdade, por certo remetem a visão Nietzscheana da filosofia. Em seus textos, Nietzsche vai sempre questionar a origem daquilo que se admite como verdade. O seu diferencial para Foucault nesse ponto, é que este último introduz as relações poder como fonte geradora de toda construção do conhecimento, enquanto o primeiro parte de uma análise metafísica baseada principalmente nos limites da consciência humana e nos desafios da linguagem.

Ambos tem em comum a objeção a ideia de um sujeito predeterminado que pode conhecer verdades através da descrição de objetos pela linguagem, sendo

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pág. 10

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. Pág. 11

críticos ferrenhos do método científico, e tentam ao máximo ir aos porões da metafísica racionalista e expô-la como frágil e arrogante quando se trata da valorização do intelecto humano e seu papel na existência¹⁹.

Para Foucault não somos seres alienados por um sistema, mas somos o próprio sistema, somos parte da estrutura que se forma a partir das relações de poder e geram os sujeitos de conhecimento. O autor chega a colocar em jogo a própria questão da criatividade, encarando o processo criativo como algo resultante de diversas influências como do próprio modelo metafísico no qual estamos inseridos, de momentos históricos e das instituições que utilizam o poder como forma de controle da produção de verdades.

(...) quando penso – erradamente, sem dúvida – estar dizendo algo original, ainda assim estou ciente da existência de regras atuando em minha afirmação, não somente regras linguísticas, mas também regras epistemológicas, e essas regras caracterizam o conhecimento contemporâneo.²⁰

Não podemos simplesmente compreender as relações sociais e nos libertarmos de todas as amarras impostas pelas relações de poder porque não existe um sujeito de conhecimento previamente estabelecido, mas apenas o resultado-parte de todos esses eventos que produzem não só novas formas de saber mas também novos sujeitos de conhecimento em relações dinâmicas com o poder²¹.

O poder não deve ser encarado como algo estático, seu estudo deve vir sempre acompanhado na noção básica de sua capilaridade e dinamicidade. As relações de poder não são simplesmente aquelas que partem de um governo soberano sob seus governados, mas estão espalhadas por toda a sociedade e são sustentadas pelos instrumentos de criação de verdade como o Direito.

O poder circula em rede por todo o meio social, agindo sobre o corpo e construindo subjetividades, tendo característica ao mesmo de tempo de um poder disciplinar, que age sobre a individualidade, e de um biopoder que age sobre a vida e sobre a coletividade.²²

¹⁹ NIETZSCHE, F. "Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral". Tradução: Torres Filho, R. in: Antologia de Textos Filosóficos. Marçal, J. (org.), SEED, Paraná, 2009 (pp. 530 – 541)

²⁰ CHOMSKY, N.; FOUCAULT, M. **Natureza humana: justiça vs. poder: o debate entre Chomsky e Foucault**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Pág. 28

²¹ BRANDÃO, André Martins. **Michel Foucault e a questão do poder: o judiciário como um produtor do discurso da verdade**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0efbe98067c6c73d>. Data de acesso: 20/01/2017

²² Idem

Nietzsche vai ainda mais distante, rejeita a própria ideia de origem, a qual em suas obras refere-se constantemente sobre o título de *Ursprung*. Para o filósofo, que rejeita ideias de verdade, a busca pela origem das coisas e dos conceitos se apoia na errada ideia de que existem verdades preestabelecidas no universo e que o intelecto humano pode reconhece-las. Talvez por isso Nietzsche seja um autor que é considerado por todos aqueles que se propuseram a escrever qualquer coisa em termos de filosofia depois durante o século XX.

Por que Nietzsche genealogista recusa, pelo menos em certas ocasiões, a pesquisa da origem (*Ursprung*)? Porque, primeiramente, a pesquisa, nesse sentido, se esforça para recolher nela a essência exata da coisa, sua mais pura possibilidade, sua identidade cuidadosamente recolhida em si mesma, sua forma imóvel e anterior a tudo o que é externo, acidental, sucessivo. Procurar uma tal origem é tentar reencontrar "o que era imediatamente", o "aquilo mesmo" de uma imagem exatamente adequada a si; é tomar por acidental todas as peripécias que puderam ter acontecido, todas as astúcias, todos os disfarces; é querer tirar todas as máscaras para desvelar enfim uma identidade primeira.²³

A busca pela origem constitui um problema que na verdade não possui uma resposta. Na verdade, no cerne de todo conhecimento talvez se encontre sempre a dúvida que gerou sua produção em primeiro lugar, nunca sua origem pura e livre de distorções e parcialidade conferidas ao longo de suas modificações através do processo histórico.

A história ensina também a rir das solenidades da origem. A alta origem é o "exagero metafísico que reaparece na concepção de que no começo de todas as coisas se encontra o que há de mais precioso e de mais essencial": gosta-se de acreditar que as coisas em seu início se encontravam em estado de perfeição; que elas saíram brilhantes das mãos do criador, ou na luz sem sombra da primeira manhã.²⁴

Essa busca pela origem está sempre ligada a concepção de que lá é o lugar onde reside a verdade, ideia que Foucault se contrapõe e tenta demonstrar que tudo aquilo que foi sedimentado como verdade resultou de processos históricos, do desenrolar de eventos políticos, de pequenas transformações baseadas em detalhes de vitórias, derrotas e lutas ao longo da história.

De acordo com a análise feita inicialmente, ficou claro que o Direito é umas das formas mais antigas de produção de verdade e de conhecimento, resta esmiuçar os mecanismos dos quais se utiliza para a produção dessas verdades. Para que são

²³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979

²⁴ Ibidem. Pág. 13

usados os discursos jurídicos e qual sua função desempenhada na estruturação do corpo social.

2.2.3 Poder e Direito

Em *A verdade e as formas jurídicas*²⁵, uma obra de Foucault baseada em cinco conferências proferidas em 1973 na PUC do Rio de Janeiro, o pensador reflete sobre o discurso, e como as formas jurídicas são instrumentos antigos de produção de verdade. A primeira parte da obra explicita que o discurso ganhou regras próprias, e que essas regras começaram a tomar contornos de *games*, jogos estratégicos, de ação e de esquivas, como também de luta²⁶, de forma que muitas vezes as verdades são construídas simplesmente com base nas regras do discurso.

Para os sofistas, por exemplo, o discurso era encarado não como uma forma de expor a verdade, mas era antes uma questão de vencer o oponente, uma prática cheia de astúcia, um jogo de poder no qual o objetivo não era chegar à verdade, mas superá-la²⁷. A visão contemporânea do discurso como descritor da verdade surge apenas com o platonismo.

Dessa forma, poder, verdade e direito se encontram extremamente relacionados, além do fato de que toda a filosofia ocidental esteve ligada ao Direito e suas práticas²⁸.

O que tentei investigar, de 1970 até agora, grosso modo, foi o como do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que este poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no. Um triângulo, portanto: poder, direito e verdade.²⁹

Poder, Direito e verdade também são as bases para compreendermos as perguntas iniciais que o presente trabalho tenta contemplar muito mais como forma de expor o impasse do que propor uma decisão definitiva para todas as questões aqui abordadas. Aquilo que é tomado como verdadeiro em uma época está ligado às

²⁵ FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pág. 09

²⁷ Ibidem. Pág. 140

²⁸ Ibidem. Pág. 142

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro. Pág. 100

relações de poder? O Direito como forma de conhecimento que é, então é apenas mais um fruto dessas relações de poder? Se não há respostas certas, e o direito é apenas um instrumento de produção de verdades de que se utilizam os juízes para decidir? Suas motivações seriam de cunho moral e político? Direito e política são a mesma coisa ou pelo menos estão necessariamente ligados? O que é Direito? O que é Política?

Nesse ínterim, convém analisarmos questões referentes a crise hermenêutica na qual estamos inseridos, e as possíveis saídas apontadas para a questão de até que ponto se pode exigir de juízes análises neutras politicamente, debruçando-se, obviamente, sobre os métodos interpretativos do Direito e suas incongruências, tanto no formalismo jurídico, como da saída proposta por linhas pautadas por um certo “pós-modernismo” da escola crítica, o que será feito por meio da obra de Dworkin.

A controvérsia se dá em parte a respeito da influência que aspectos morais e políticos podem ter sobre as decisões dos magistrados diante de um caso concreto. Apesar de o trabalho tratar dessas questões, o verdadeiro impasse que gera todos os questionamentos jurídicos encontra-se essencialmente nas questões filosóficas.

Se o discurso pode englobar muitos fatos e expô-los como verdade apenas através da obediência a certas regras inerentes a esse discurso, as decisões jurídicas podem estar contaminadas - e não por uma questão de má-fé, mas de real impossibilidade de que assim não o sejam – por motivações que vão além do universo jurídico e perpassam por questões tão basilares como a própria linguagem e as formas de produção do conhecimento. Principalmente nos chamados casos controversos, verifica-se que muitas vezes o legislador pode estar diante de várias teses conflitantes e excludentes entre si, porém que se adequam a todas as regras do discurso jurídico e podem aparentemente ser igualmente válidas. Restaria ao intérprete escolher uma das visões, baseando-se em argumentos puramente políticos³⁰.

Esse ponto de vista, segundo Dworkin, é defendido por muitos juristas que veem o Direito de forma mais cética, porém o autor busca construir uma teoria que não separa totalmente o Direito da Política, mas que irá rejeitar completamente a visão

³⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 311

de que se tratam da mesma coisa, fornecendo-nos um olhar diferenciado para a relação ora analisada: o direito como *integridade*.

3 DOS CONCEITOS

Esse capítulo destinar-se-á a esmiuçar os conceitos dos quais sem o completo domínio não se pode travar uma discussão proveitosa sobre o tema. Ora, como perguntar se Direito e Política são a mesma coisa sem a análise pormenorizada do que significam cada um desses dois universos?

Os dois conceitos serão primeiramente analisados de forma isolada porque o trabalho não pretende apresentar uma definição como unicamente válida, pois parte das questões que envolvem a relação alvo desse trabalho é inserida dentro da discussão dos próprios conceitos desses termos.

3.1 Quid Juris?

3.1.1 Dificuldades para elaboração dos conceitos

Os processos judiciais suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade.³¹

Pensar sobre o que é o Direito tem uma importância muito maior que a simples delimitação do objeto de seu estudo, pois a discussão carrega a reflexão sobre aspectos fundamentais de como se deve lidar com os conflitos em sociedade. De que maneira devemos interpretar o casos concretos que chegam ao universo jurídico? Como devemos aplicar a lei? Devemos aplicar somente a lei? Todas essas perguntas são algumas de muitas que se encaixam dentro das considerações feitas a respeito do conceito ora abordado.

A discussão também é necessária para qualquer análise epistemológica do Direito, pois se estará, em tese, a procura da fonte primária de todo o conhecimento jurídico e é aí que entra o questionamento sobre a motivação política desses postulados. Indo mais a fundo, diante da imensidão abarcada pela realidade jurídica, tais perguntas nos levam a questões básicas sobre a influência das relações de poder

³¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 5-6

na formação do próprio conhecimento, da relação dos desafios gerados pela própria linguagem - tema de grande importância quando analisarmos o modelo de interpretação jurídica com o objetivo de explicitar a sua contaminação por conceitos tipicamente políticos ou não – que são o real desafio para a moldagem de uma definição.

Existe uma grande dificuldade entre os jus filósofos para determinar o objeto de seu estudo, diante da complexidade e diversidade de fatores que devem estar presentes dentro dessa definição. Como toda questão complexa, a resposta não é apenas uma, existindo diversas formas de encararmos a questão.

O Direito é antes de tudo, conforme o ponto de vista de Foucault, é um instrumento de produção de verdades. Para que algo seja verdade dentro do Direito, é preciso que esse fato obedeça às regras da linguagem jurídica, que de certa forma também ajuda a moldar uma verdade própria³². O Direito transporta acontecimentos práticos para uma linguagem própria com o intuito de resolver conflitos inerentes ao convívio social.

No início de uma de suas obras, *Carlos Santiago Nino* nos adianta uma concepção interessantíssima sobre a dificuldade de pensarmos acerca de tal enigma, que está justamente atrelada ao que foi anteriormente falado a respeito das dificuldades geradas pela própria linguagem e sua relação com a realidade:

Arrisco-me a antecipar a hipótese de que as dificuldades que alguns juristas e as pessoas em geral encontram para definir o 'direito' têm origem na adesão a uma certa concepção sobre a relação entre a linguagem e a realidade, que impede que se tenha uma ideia clara sobre os pressupostos, as técnicas e as consequências que devem ser consideradas quando se define uma expressão linguística, nesse caso, o 'direito'. (...) Acredita-se que os conceitos refletem uma pretensa essência das coisas e que as palavras são veículos dos conceitos. Isso Supõe que a relação entre o significado das expressões linguísticas e a realidade consiste em uma conexão necessária que os homens não podem criar ou alterar, mas apenas reconhecer, detectando os aspectos essenciais da realidade que devem, inevitavelmente, estar armazenados em nossos conceitos.³³

Essa visão platônica, ocidental, típica do racionalismo que funda o estado moderno, coloca o sujeito como ser capaz de conhecer verdades que estão previamente dispostas no mundo, sendo esta a causa de dificuldades quando tentamos formular qualquer conceito.

³² Por exemplo, em matéria de direito processual é muito comum falar-se em *verdade real* e *verdade formal*, sendo esta última a que resulta do processo e de suas regras.

³³ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**; tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 12

O Direito é algo inventado pelo ser humano dentro de sua cultura como forma de superar os obstáculos gerados pelo natural convívio entre os homens, nasce da própria necessidade social de se resolver conflitos e também de construir estruturas de colaboração social³⁴. Quando entendemos esse aspecto básico, percebemos que todos os conceitos fornecidos pelas mais diferentes escolas não passam de modelos e tentativas de aprimoramento destes para que se tornem cada vez mais eficazes na luta pela promoção do bem comum e/ou de compreensão/controle de certos fenômenos, e que na verdade não guardam necessariamente a essência das coisas.

Porém, existe uma certa incompreensão por parte de alguns autores, que são imbuídos da ideia básica de que palavras e conceitos guardam uma relação de verdade com as coisas do mundo. A definição de Direito, por exemplo, seria algo previamente pertencente ao mundo, de forma independente do sujeito, e que este apenas tem o papel de reconhece-la através de seu intelecto. Nino explica que essa visão é arraigada pelo que Hermman Kantowicz chamou de “realismo verbal”.³⁵

Tentar responder o que é Direito só é possível quando se observa suas práticas reais, partindo do uso comum da palavra, para que aí se aperfeiçoe o conceito com o objetivo de torná-lo academicamente mais útil e eficaz. Qualquer ousada tentativa de chegar a um conceito fechado, previamente estabelecido e que está fora das práticas comuns, frequentemente levam estudiosos a ponderações extremamente maçantes e totalmente abstratas sobre a questão.

3.1.2 A visão do positivismo jurídico

A crença da relação quase que sagrada em entre as palavras e as coisas geram intermináveis controvérsias que só existem por conta dessa confusão metafísica, e uma das respostas a esse impasse é o ponto de vista do positivismo jurídico. Essa concepção, que leva ao entendimento de que o Direito é o que algumas instituições já decidiram, é chamada por Dworkin de *ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito*. A questão seria sintetizada da seguinte forma:

¹⁸ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**; tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 03

³⁵ Ibidem. Pág. 12

Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser. Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de oralidade e fidelidade, não de direito.³⁶

John Austin, um clássico autor positivista, sustenta que o direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político, um poder soberano. De forma muito limitada, esta pode ser encarada como base para todo o conhecimento jurídico.

Os pensadores ligados a esta corrente do pensamento, conforme o próprio Hart, estavam essencialmente preocupados em promover a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas, todavia, legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e que satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. Comungando esta forma de analisar o fenômeno jurídico, asseveram que o Direito Positivo é a vontade do Estado, e não há fonte mais genuína do Direito do que a lei. O ordenamento jurídico constitui um todo completo, sem lacunas ou incoerências. Os juízes não possuem outra função além de deduzir, a partir de regras de Direito Positivo, a solução dos casos concretos.³⁷

É impossível falar do conceito de direito a luz positivista sem mencionar o magnífico trabalho de H. L. A. Hart. O autor oferece o que considera-se como um grande aperfeiçoamento da visão de Austin. Na verdade, o direito não é simplesmente aquilo que uma determinada ordem soberana diz, ou pelo menos não é ali a fonte de sua legitimidade, mas parte do sentimento de aceitação da sociedade em relação a um modelo político que confere a certas pessoas ou grupos o poder de dizer o que é o direito de fato. Assim, por exemplo, no Brasil, não são os membros do legislativo os responsáveis por ditar o Direito, mas o sentimento político dos cidadãos que aceitam e legitimam a autoridade dos partidos, deputados e senadores de produzirem matéria legislativa.

Algumas críticas podem ser feitas a esse pensamento, como o fato de que diferentes modos de governo mostram que nem sempre as pessoas que estão no poder, lá estão por aceitação social, mas se sustentam pela imposição do medo, de distorções dos instrumentos democráticos, arbitrariedades, etc. O século XX está cheio de demonstrações de Estados nacionais que funcionaram embasados nos instrumentos citados, e essas nações possuíam Direito. O fato é que todos os pontos

³⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 10/11

³⁷ DMITRUK, Erika Juliana. **O que é o Direito? Uma Análise a partir de Hart e Dworkin**. Artigo publicado na Revista Jurídica da Unifil, ano I – nº 1

de vista provenientes do positivismo possuem duas coisas em comum: encaram o direito como uma questão que deve ser analisada de forma empírica, não teórica, e pregam a distinção entre o campo moral e a realidade jurídica.

Kelsen, talvez o nome mais importante do positivismo jurídico, acreditava que a metodologia jurídica poderia ser isolada de contaminações políticas, morais e ideológicas. Esse autor estará preocupado na formulação de uma teoria pura, assim como na construção da Ciência do Direito através discurso do método como a forma legítima de sua aplicação.

Como para o autor a única fonte legítima para aplicação do Direito é a norma, os esforços de Kelsen se concentraram em construir um método para que se pudesse chegar a uma norma jurídica que fosse legítima, válida e eficaz, resolvendo o problema da aplicação do Direito dessa forma. Kelsen, porém, traz poucas reflexões sobre os problemas interpretativos de aplicação das normas, limitando-se a colocar que a interpretação é *“uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”*, o que casa com seu conhecido esquema em pirâmide para legitimação das normas.

A questão da interpretação e consequentemente da discricionariedade é um dos pontos fundamentais para questionamentos a respeito da validade dos métodos positivistas, e é nesse aspecto que a contribuição de Dworkin oferece uma alternativa baseada na visão liberal do Direito.

É bem verdade que o positivismo possui diversas correntes, e não podemos dizer que Hart ou Austin defendiam que Direito trata-se unicamente de leis. Essa ideia de positivismo que geralmente decorre da simplificação dos conceitos relacionados ao formalismo e do chamado positivismo teórico, não serve para caracterizar de forma definitiva o pensamento desses autores. Mas o que então possuem em comum todas as formas de positivismo? Nino nos dá uma solução para esse impasse quando diz que todos os positivistas negam a premissa abaixo citada:

Para reconhecer um sistema normativo como uma ordem jurídica ou uma regra como uma norma jurídica, não basta constatar que o sistema ou a regra em questão satisfazem certas condições fáticas, mas deve-se determinar também sua adequação aos princípios morais e de justiça; um sistema ou uma regra que não se ajustem a tais princípios não podem ser classificados como jurídicos.³⁸

³⁸ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**; tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pág. 18

Essa visão do autor é completamente consoante com o ponto apresentado por Dworkin ao falar das teorias semânticas e do positivismo, teorias que consideram o direito como fruto de um processo histórico político dentro de uma determinada sociedade. O ponto de divergência entre os positivistas seria a definição de quais fatos históricos devem ser levados em consideração e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam.³⁹

A objeção de certos positivistas a introdução no direito de questões relacionadas a justiça ou a moral, é combatida com a afirmação de que essas coisas não podem produzir verdades absolutas e estão sempre recheadas de relatividades que contaminariam o processo hermenêutico. O positivismo se ocupa de tentar construir um mecanismo que funcione baseado no modelo científico, no racionalismo, no pensamento lógico e “matemático”.

A escola sempre é criticada por autores jusnaturalistas que denunciam seu excessivo apego à lei, além da ideia de um sistema positivo sem falhas ou incoerências capaz de abarcar por inteiro os casos concretos juridicamente relevantes. Qualquer coisa que não está dentro do ordenamento positivado, simplesmente não pertence ao Direito.

Encerra-se o tópico sobre o conceito de direito sustentado pelo positivismo com uma reflexão sobre sua base filosófica e a necessidade da formulação dessas teorias. O positivismo (não somente o jurídico) é a festa de comemoração da supremacia da razão e do discurso científico. A tentativa de Kelsen, por exemplo, de criar uma metodologia pura para o direito, nada mais é do que a continuação de um paradigma que se sustenta desde o advento da revolução científica e do iluminismo.

Uma doutrina do direito simplesmente empírica (como a cabeça de pau na fábula de Fedro) é uma cabeça que talvez seja bela, só que é pena que não tenha cérebro”. Toda legislação positiva repousa em princípios imutáveis e categóricos cuja autoridade suprema tem a elevação e a universalidade das exigências práticas expressas pelo imperativo categórico da razão.⁴⁰

O discurso científico desde a sua criação foi aos poucos tomando conta de todas as áreas do conhecimento, e o Direito também acompanhou as ideias liberais-racionalistas que interessavam a classe burguesa em ascensão. O positivismo jurídico conferia a segurança necessária para que os detentores do poder econômico

³⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 41

⁴⁰ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. P. 104

pudessem crescer livres das arbitrariedades dos governos absolutistas. Daí a necessidade de racionalizar o direito, de torná-lo científico, matemático⁴¹.

O conceito de Direito segundo o positivismo foi apresentado nesse trabalho porque as controvérsias geradas pelo método científico para resolução de questões jurídicas suscitam questões que expõe grande parte das dúvidas as quais são parte da problemática aqui analisada.

3.1.3 Breve comentário a respeito da visão de Dworkin sobre o possível conceito de Direito

*Vivemos na lei e segundo o Direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça. Lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o Direito (...) Somos súditos do império do Direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer.*⁴²

Como podemos depreender facilmente do fragmento supracitado, a visão de Dworkin sobre o Direito apresenta muitos outros fatores, indo além das barreiras do positivismo clássico. O autor nos traz a visão do Direito como integridade para tentar extirpar a ideia de um direito limitado aos comandos das instituições legais, e ao mesmo tempo para conter a discricionariedade de juízes do pragmatismo, sempre interessados um direito que olha para o futuro e para consequência de suas decisões antes de mais nada.

A visão do Direito como integridade rediz o que o jus filósofo expõe durante a maior parte de sua obra: que o Direito é interpretação, e que essa interpretação não se limita ou extrapola a aplicação da lei, mas a aplica em consonância com os princípios disponíveis no próprio universo jurídico.

Devemos aceitar a integridade como uma virtude da política comum, pois devemos tentar conceber nossa comunidade política como uma associação de princípios; devemos almejar isso porque, entre outras razões, essa concepção de comunidade oferece uma base atraente para exigências de legitimação política em uma comunidade de pessoas livres e independentes que divergem sobre moral política e sabedoria.⁴³

⁴¹ PORTINHO, Aline Roehrs. **A falácia da dualidade: direito e política**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EVVMwl4ZHcYJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/522231+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Data de acesso: 17/01/2017

⁴² DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Prefácio

⁴³ Ibidem. Pág. 490

Dworkin não apresenta uma fórmula para os tribunais, nem almeja apresentar um caminho fixo pelo qual devem trilhar todas as decisões, mas antes de tudo, enxerga o direito como o resultado da combinação de todos os princípios morais e políticos dentro de uma comunidade, dos quais o julgador se utiliza para chegar à melhor solução.

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. (...) É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.⁴⁴

Surge em Dworkin a visão do Direito como atividade essencialmente interpretativa, baseada em princípios, e nunca em *fins* políticos. Se as decisões dos juristas são políticas em algum nível, pois muitas vezes possuem consequências no campo político, na hora de sua aplicação a atividade hermenêutica deve ser baseada puramente em princípios que são aplicados nos mais diversos casos, daí a integridade e o aparecimento da figura do *Juiz Hércules*.

O *Juiz Hércules* é um indivíduo de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o Direito como integridade⁴⁵, e até mesmo esse personagem de Dworkin, é uma tentativa de demonstrar a forma como o direito deve ser enxergado, antes do que apresentar um conceito de direito que possa satisfazer a todos.

3.2 O que é política?

Derivado do adjetivo de pólis (politikós), significando tudo aquilo que se refere à cidade, e portanto ao cidadão, civil, público e também sociável e social, o termo 'política' foi transmitido por influência da grande obra de Aristóteles, intitulada Política, que deve ser considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, as divisões do Estado, e sobre as várias formas de governo, predominantemente no significado de arte ou ciência do governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também prescritivas (mas os dois aspectos são de difícil distinção), sobre as coisas da cidade.⁴⁶

⁴⁴. DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 492

⁴⁵ Ibidem. Pág. 287

⁴⁶ Bobbio, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Pág. 159

Esse conceito transcrito acima, estritamente relacionado à *polis* e às suas atividades organizacionais, pode ser transportado para a experiência moderna relacionando-se com o conceito de Estado. O uso comum da palavra política geralmente se refere às coisas do Estado: sua organização, legitimação, fins, meios, episteme, etc. *O conceito de Estado pressupõe o conceito do político*⁴⁷

Aliado também a esse conceito, indissociável de sua descrição, está também o conceito de Poder político, que é diferente da outra gama de relações de poder no meio social. Política, em seu uso comum na esfera acadêmica, refere-se ao exercício do poder último sobre uma comunidade de indivíduos que formam uma comunidade em determinado território⁴⁸.

Por ser a política um desdobramento do poder, logo podemos concluir pela sua capilaridade e dinamicidade em torno de todas as vias da vida social, a despeito de um conceito limitado a instância última soberana, a constituir uma série de relações de dominação que em grande parte das vezes, na modernidade, está relacionada ao exercício de funções institucionais do estado, questões de força para influenciar as massas e de autoridade.

Essa última visão nasce também com a modernidade e está relacionada a teóricos políticos como Maquiavel:

A noção de Poder político foi geralmente, na história, ligada à ideia do comando por aquele ou aqueles que detêm a autoridade: "Uma multidão sem chefe nada pode fazer; e não se devem fazer ameaças antes de se apoderar da autoridade", escreveu Maquiavel com impressionante síntese. Essa concepção, que assimila o Poder político a uma libido dominandi, certamente tem o privilégio da perenidade, mas tem também o defeito da equivocidade. De fato, se está claro que ela põe a política de todos os tempos sob o signo da dominação – o ato de dominar e o fato de ser dominado –, ater-se à imagem da 'Cidade do comando' é deixar de lado a pluralidade das manifestações da autoridade dominante que, lógica e cronologicamente, assumiram formas tão diversificadas que dão à realidade do direito político significados totalmente heterogêneos.⁴⁹

Cabe aqui ressaltar a diferença de poder para política. A noção de poder está muito relacionada com a capacidade de um indivíduo ou de um grupo de influenciar as ações de outros sujeitos que estão sob o seu governo⁵⁰. As relações de

⁴⁷ Schmitt, Carl. **A era das neutralizações e despolitizações**. "The concept of state presupposes the concept of the political". 2007, Pág. 19

⁴⁸ Schmitt, Carl. **A era das neutralizações e despolitizações**. "The concept of state presupposes the concept of the political". 2007, Pág. 19). Pág. 216

⁴⁹ Goyard-Fabre, Simone. **Os princípios do direito político moderno**; tradução Irene A. Paternot. – São Paulo : Martins Fontes, 1999. Pág. 55

⁵⁰ Ibidem. Pág. 216.

poder são as geradoras da política e suas ramificações, e não podem ser confundidas dentro do mesmo conceito.

Poder, em essência, e livre de outros conceitos que já começam a permear pelo universo jurídico, está relacionado essencialmente à força, muitas vezes também referida como potência. O poder político, esse que vivenciamos nos estados da modernidade, tem relação íntima com universo jurídico, e está permeado por limitações, estruturações, meios de ação e fundamentação de sua legitimidade em conceitos jurídicos:

*“De Maquiavel a Kelsen, as análises convergem para mostrar que, na esfera do Estado, o Poder não pode confundir-se, a não ser desnaturando-se, com o fato de poderes interpessoais. Ele é, no Estado, um fenômeno jurídico de organização e de regulação que se caracteriza, já em sua emergência, por sua capacidade normativa. Como tal, ele se coloca sob o signo do humanismo jurídico e encarna princípios ao mesmo tempo fundamentais e fundadores que são indispensáveis ao direito político moderno. Dir-se-á, certamente com razão, que a capacidade normativa do Poder político não era ignorada pelos romanos. Aliás, é o que atesta amplamente a obra de Cícero. **A Res publica, que implica um consensus juris, é em sua essência, assinalava Cícero, intimamente ligada ao direito; é mesmo inconcebível fora do estabelecimento das leis, o qual é sua marca distintiva: lex est civilis societatis vinculum.**”⁵¹*

Em verdade, o poder político é o que realmente interessa para este trabalho que se destina à análise das relações entre Política e Direito, e portanto pouco tem a dizer sobre as outras formas de poder no âmbito social como aquelas já descritas por Aristóteles e Santo Agostinho, a não ser quando trata-se da discussão dos fundamentos do Poder político, de sua legitimidade normativa, etc.

Dissociado do pragmatismo de Maquiavel, o estado moderno contemporâneo legitima a capacidade normativa do Poder pautada num certo humanismo que é traduzido no sentimento constitucionalista indispensável para a compreensão de sua dinâmica. Toda a racionalidade política é construída sob essa base desde os processos de mudança organizacional do Estado impulsionados pela Revolução Francesa⁵².

3.3 Política x Direito: um problema conceitual gerado pela interdependência

⁵¹ Goyard-Fabre, Simone. **Os princípios do direito político moderno**; tradução Irene A. Paternot. – São Paulo : Martins Fontes, 1999. Pág. 57.

⁵² Ibidem. Pág. 59

(...) o problema da relação entre política e direito é um problema muito complexo de interdependência recíproca. Quando por Direito se entende o conjunto de normas, o sistema normativo, dentro do qual se desenvolve a vida de um grupo organizado, a política tem a ver com o direito sob dois pontos de vista: enquanto a ação política se exerce através do direito, e enquanto o direito delimita e disciplina a ação política⁵³.

Se, como visto por alguns, o Direito é a vontade da maioria legitimada pela força e capacidade de coerção do Estado sob ser dominados, qual a diferença entre o poder exercido por um chefe de um grupo de bandidos e o poder exercido por um chefe de Estado? Santo Agostinho responde que a chave para responder ao questionamento está em perceber que tudo é uma questão de fim. A política e as leis que dela provém devem estar atreladas a concepção de justiça e de bem comum.

O problema com esse tipo de abordagem é que se o discurso político é em geral constituído por ideias que buscam promover o bem dos cidadãos sob um determinado governo, os meios e frequentemente o conceito de bem comum são extremamente relativos, e de forma última emanariam sempre da vontade do mais forte que a forçaria sobre às massas⁵⁴. Porém, o estado moderno se apoia em um poder político que está legitimado pelo Direito, e é aí onde percebemos toda a complexidade de separarmos em suas epistemes os dois conceitos.

Uma visão mais positivista do Direito (nem todos os positivistas enxergam dessa maneira) diria que esse é um caminho errado, pois o universo jurídico não legitima o Poder político, mas nasce do poder de fato e por isso é posto de acordo com a vontade emanada por esse último. Mas uma visão não tão formalista, expressada em conceitos já trabalhados, como nos constantes na obra de *Simone Goyard-Fabre*, pode ver o Poder político como uma construção jurídica, limitada e organizada por instrumentos pertencentes ao Direito.

O poder pode ser legítimo ou ilegítimo, e a diferença entre os dois está exatamente na sua justificação pelo Direito. Se os ideais de justiça são produto da vontade dominante, essa vontade dominante só é imposta através de sua legitimação por instrumentos jurídicos que a limitam e condicionam.

Um poder é considerado legítimo quando quem o detém o exerce a justo título, e o exerce a justo título enquanto for autorizado por uma norma ou por um conjunto de normas gerais que estabelecem quem, em uma determinada comunidade, tem direito de comandar e de ter seus comando obedecidos⁵⁵.

⁵³ Bobbio, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Pág. 232

⁵⁴ Ibidem. Pág. 234

⁵⁵ Ibidem. Pág. 235

Essa visão pode ser comparada ao que dizia Hart – já discutido no tópico sobre formalismo – quando inclui em sua teoria de caráter positivista, a necessidade de aceitação social das instituições que ditam o Direito. Dessa discussão podem surgir outras relacionadas às diversas formas de poder, e principalmente sobre poder de direito e poder de fato, onde o primeiro é o último transformado em autoridade (Bobbio, 1999. Pág. 235).

A essa visão, algumas pessoas poderiam dizer que essa legitimação do poder de fato feita pelo Direito já é um processo que é resultado do poder que instituiu o grupo político dominante sobre determinado território. O que não corresponde à realidade, já que nenhum tipo de poder de fato se sustenta por muito tempo sem a sua institucionalização

Pode-se objetar que, neste caso, o que transforma o poder de fato em poder de direito não é tanto a sua duração, aquilo que os juristas chamam de 'efetividade', que seria mais um caso de poder que cria o direito, e não vice-versa. Mas é um grave erro – no qual recaem com frequência aqueles que olham a complexa relação entre direito e poder apenas a partir do ponto de vista do poder, e não do direito – considerar que a continuidade de um poder exclusivo sobre um determinado território seja um mero fato. Trata-se, ao contrário, do resultado de uma miríade de comportamentos orientados em direção à obediência e aceitação das normas estabelecidas pelos detentores do poder que não podem ser explicadas de modo determinista, como se fossem fatos naturais, mas devem ser interpretados nas suas motivações, entre as quais está certamente também a motivação da validade das normas do sistema.⁵⁶

Como exemplo, podemos citar a própria experiência brasileira. Quando o golpe militar tomou forma em 1964, para que o novo governo se mantivesse vivo e pudesse transformar seu poder de fato em autoridade, com a possibilidade de instituir cargos, cadeias de comando e de hierarquia, os líderes do regime trataram de emitir atos institucionais, que mesmo com conteúdos arbitrários e extremamente questionáveis quanto a serem medidas realmente em prol do bem geral e de princípios de justiça, tornavam o poder de fato em um poder de direito, a constituir uma série de pontos destinados a garantir obediência aos que agora detinham o controle do Estado. Ou seja, os militares precisaram de ferramentas jurídicas para validar e dar continuidade ao exercício do governo.

No Estado moderno, o constitucionalismo é o ápice da aplicação de tudo que se falou aqui por último. Governantes e governados são regidos por regras

⁵⁶ Bobbio, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Pág. 236

jurídicas e princípios de origem constitucional que regulam suas relações. O Poder político é exercido através de uma autoridade que lhe foi constitucionalmente outorgada, e que só pode ser exercida através dos mecanismos de controle já estabelecidos no texto constitucional.

Assim, pode-se enxergar a questão sob o ponto de vista da política, ou sob o ponto de vista do Direito. Se no final das contas, enxerga-se o fundamento do Direito como vindo do próprio universo jurídico, como no caso dos jusnaturalistas, ou mesmo da visão Kelseniana, que para “fechar o sistema” utiliza-se da figura da norma fundamental, estaremos vendo a questão sob a ótica do Direito; Se, no final da cadeia, o fundamento de todo o sistema se encontra na soberania, no exercício do poder último, estaremos diante de uma visão política da questão (Bobbio 1999. Pág. 239).

Portanto, mesmo para os normativistas, que acreditam que todas as leis emanam das instituições do Estado legitimadas através da soberania, existe a necessidade de demonstrar que tal soberania não provém apenas de um poder de fato, mas sim de um poder direito, pois há necessidade de diferenciação desse comando do Estado da simples coação exercida por um grupo de bandidos, conforme o já tão debatido exemplo.

O grande problema seriam então as desavenças entre os intérpretes do Direito a respeito do que de fato a constituição estabelece, qual o limite da aplicação dos princípios por ela estabelecidos e como tratar a relação entre esses princípios que muitas vezes mostra-se conflituosa diante de casos concretos.

4 A VISÃO LIBERAL DE DWORKIN: UMA CONSTRUÇÃO HÍBRIDA

4.1 A construção do pensamento dworkiniano

Dworkin foi um filósofo do direito americano que tentou englobar em sua teoria sobre o que é o direito, também uma teoria política e moral. O autor, que foi aluno de Hart - um dos mais célebres positivistas de sua época, responsável pelo aperfeiçoamento dessa linha de pensamento – parte primeiramente da crítica ao modelo positivista para depois introduzir sua própria tese.

Um positivista, como já exaustivamente explorado nesse trabalho, reconhece o direito apenas nos comandos emitidos por instituições legítimas, provenientes das relações de poder, produtoras de todas as ferramentas jurídicas disponíveis. Obviamente, mesmo o maior conteúdo normativo possível, sempre estará incompleto, ou muitas vezes, diante de um caso concreto, mostrar-se dúbio, o que traz à tona a questão da discricionariedade, pois é por meio desta que o juiz diante de um caso complexo, ou sem aparente solução no ordenamento, criaria a solução para a demanda analisada.

Dworkin constrói toda o seu pensamento no sentido de negar, em especial, essa última afirmativa. Para o autor, existem sim soluções certas para casos complexos - aqueles que extrapolam o universo da aplicação mecânica das regras - e esta não está na discricionariedade dos que interpretam a lei, mas nos princípios que estão contidos dentro do próprio ordenamento, e que servem não somente para preencher lacunas, mas são aplicados juntamente às regras para que se chegue à solução mais adequada que possa transparecer todos os princípios de uma comunidade política.

Ao final de sua última obra, *O império do direito*, o autor deixa claro que não produziu nenhum tipo de fórmula, ou mesmo forneceu um algoritmo para o tribunal, sua teoria introduz a ideia de integridade, de forma que o direito “não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”⁵⁷.

Durante obras como *Levando os Direitos a sério* ou *O Império do Direito*, raramente nos deparamos com o autor nos dizendo o que é certo ou que é errado, sua obra é recheada de análises sobre como as questões jurídicas são tratadas em

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 489

sua época. Ao destrinchar todas essas práticas do Direito, Dworkin também de certa forma já introduz seu pensamento, que não pode ser resumido em simples conceito, mas numa forma de encarar as questões da cultura jurídica.

Esse é o direito visto como interpretação, como uma questão de princípio, e também como *integridade*. O direito como integridade talvez seja a essência de todo o pensamento do autor. O juiz não é um agente político que fundamenta suas decisões de acordo com objetivos políticos, muito menos alguém que julga apenas com os olhos na letra da lei, mas alguém que tem o importante papel de ser conhecedor de todos os princípios que embasam o ordenamento jurídico, incluindo questões da moralidade política, mas sempre como princípio, sempre se voltando à história.

Dworkin comparava o Direito à literatura. Considerava o intérprete como aquela pessoa que recebia uma história inacabada e partindo dela, construía mais um pedaço do romance. Esse intérprete está sempre preso a história que recebeu inacabada, e não pode ignorá-la e construir uma nova sem considerar tudo que já foi feito. Numa de suas palestras, afirma que Direito não é literatura, mas está muito mais próximo da poesia do que da física⁵⁸.

4.2 Direito como interpretação

4.2.1 Argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político

Primeiramente, cabe ressaltar algo que o próprio Dworkin adverte sobre sua obra: ela só faz sentido dentro de uma perspectiva liberal do direito. Dworkin deixa claro em suas obras que pretende construir uma teoria que é sustentada pelo liberalismo a maneira como ele o enxerga. Já na introdução de sua obra *Levando os direitos a sério*, o autor deixa isso claro, e na obra que a sucede e a aperfeiçoa, *Uma questão de princípio*, dedica um capítulo inteiro para discorrer sobre o liberalismo, suas mudanças ao longo do tempo e desafios.

Para Dworkin, o direito tem um fundamento político e moral, porém de uma forma diferente da qual a maior parte das discussões introduz essas questões no universo jurídico.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Acessado em 10/01/2016.

Os juízes nos Estados unidos e na Grã-Bretanha tomam decisões políticas? Naturalmente, as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para controvérsias políticas. (...) Quero indagar, porém, se os juízes devem decidir os casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos.⁵⁹

O autor rejeita a opinião de que convicções políticas não representam nenhum papel nas decisões proferidas pelos tribunais, porém rechaça igualmente a visão de que direito e política são a mesma coisa, e que na verdade aqueles que decidem casos controversos estão apenas sustentando suas afirmações baseados em suas próprias inclinações ideológicas⁶⁰. Declina a primeira visão porque é irrealista, porque assume que o direito possa ter um conceito certo, isolado de todas os outros elementos sociais e até mesmo da visão do intérprete sobre o que é o direito. Declina a segunda por conta do que parece ser um dos pontos mais importantes de sua explanação: a questão do princípio.

A maior parte dos debates falha em entender a diferença entre dois tipos de argumentos políticos dos quais juízes podem se valer para tomar suas decisões: *argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político*⁶¹, conceitos que são apresentados na sua obra *Levando os Direitos a sério*.

Direito é sempre uma questão de princípio, isto porque um juiz não pode fundamentar suas decisões em argumentos que aspirem objetivos a serem alcançados com sua decisão. De forma bem suscita, o próprio Dworkin define em poucas linhas o que é princípio e o que é política:

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.⁶²

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. ***Uma Questão de Princípio***. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 03

⁶⁰ Ibidem. Introdução.

⁶¹ Ibidem. Pág. 06.

⁶² DWORKIN, Ronald. ***Levando os direitos a sério***. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pág. 35

O juiz apenas deve aplicar aos casos em que atua, princípios que acredita figurarem numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade⁶³. Dessa forma, um julgador que tem, por exemplo, fortes sentimentos religiosos ou políticos que se sobressaem a essa cultura, não pode usar tais convicções como fundamentos de suas sentenças, pois é necessário que ele encaixe esses princípios dentro de uma estrutura que se presta a uma interpretação geral. As respostas para as questões jurídicas não são inventadas, porém são construídas pelo intérprete, que o faz encaixando sua argumentação numa estrutura, numa teia de princípios interligados e preexistentes e que são aplicados universalmente.

Na política, o argumento central é baseado na justificação de uma determinada decisão porque se entende que a comunidade como um todo estaria melhor com essa decisão, enquanto os argumentos de princípio podem inclusive barrar uma decisão politicamente validada e que, em tese, seria a melhor para a população, isto apenas porque ela vai de encontro a princípios do ordenamento, ou pode ser negativa para determinado grupo de pessoas daquela sociedade.

Na segunda década do século XX, a suprema corte norte-americana tinha grande parte de seus juízes influenciados pelo que se chama de realismo jurídico – mais tarde rebatizado de pragmatismo⁶⁴. Pessoas adeptas dessa corrente do direito, acreditam que o bom juiz é aquele que constrói suas decisões pautando-se no que considera ser o melhor para a sociedade. Esse tipo de doutrina conduz a um inevitável ativismo judicial, assim como a um protagonismo do juiz como agente político ativo.

O pragmatismo é sempre marcado pela ação política do julgador, que consequencialista, “resolve” o caso olhando para o futuro. A visão de Dworkin é diametralmente contrária, pois o material do qual dispõe o intérprete está sempre no passado, em questões de princípio e nunca de objetivo, é dessa concepção que surge a ideia dworkiniana do direito como *integridade*. Essa visão também destoa do convencionalismo jurídico da cultura positivista, pois não busca retirar do direito quaisquer influências da moral ou da política. Ao invés, tenta demonstrar como os intérpretes do direito devem encarar essas questões.

⁶³ DWORKIN, Ronald. ***Uma Questão de Princípio***. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Introdução

⁶⁴ **O que é pragmatismo jurídico?** Thamy Pogrebinski. Banco de artigos da PUC-RJ. Disponível em: <http://www.cis.pucrio.br/cis/cedes/banco%20artigos/Filosofia%20e%20Teoria%20do%20Direito/pragmatismo.pdf>. Data de acesso: 10/01/2016

4.3 As diferentes visões sobre o Estado de Direito

Existe uma questão muito interessante e esclarecedora na obra de Dworkin sobre o tema analisado aqui. Esse ponto consiste nas diferentes visões que tanto juristas como leigos podem ter sobre o que seria o Estado de Direito, um ideal político a qual todos se remetem.

Há duas visões sobre a questão: a concepção “Centrada no texto legal” e a “centrada nos direitos”. A primeira é caracterizada pelo autor da seguinte maneira:

Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos⁶⁵.

Essa visão pouco tem a dizer sobre o conteúdo das normas, justamente porque acredita que isto é uma questão de justiça substantiva, que não pode fazer parte do Direito. Encarar o Direito dessa forma, significa que as normas devem ser obedecidas independentemente de seu conteúdo, deixando de considerar quaisquer outros fatores.

Diante de uma questão controversa, a visão centrada no texto legal desenvolve *teorias semânticas*. Isso significa que o papel do intérprete seria o de extrair do texto legal positivo o verdadeiro significado dado pelo legislador. Diante de expressões que não são totalmente claras, deve o julgador, de boa-fé, tentar entender o que realmente significam.

O texto legal, portanto, é uma tentativa da sociedade de captar direitos morais, e qualquer direito que esteja fora do que se conseguiu positivar, carece de legitimidade para que seja reconhecido como tal.

A concepção “centrada nos direitos” é explicada da seguinte forma:

(...) é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. (...) Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário,

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 07

exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique⁶⁶.

Portanto, essa visão do Direito nos remete a ideia de que uma decisão será melhor se não considerar apenas o texto legal, mas diante de um caso concreto, também reconhecer como válidos direitos morais e políticos que extrapolam o que está positivado, e portanto obter-se-ia uma análise mais completa.

Essa visão, por ser mais complexa, também é alvo de objeções da filosofia, principalmente quanto a sua neutralidade:

Muitos filósofos, porém, duvidam particularmente que seja sensato dizer que as pessoas têm quaisquer direitos que não os concedidos a elas por leis ou outras decisões oficiais, ou mesmo que a ideia de tais direitos faça sentido. Duvidam particularmente que seja sensato dizer que as pessoas têm direitos morais quando (como a concepção centrada nos direitos deve admitir que ocorre frequentemente) é controvertido numa comunidade quais direitos morais elas têm.⁶⁷

Tais questões são respondidas com argumentos que representam a teoria dworkiniana do Direito como interpretação. O juiz que segue a concepção centrada nos direitos, não pode se utilizar de quaisquer princípios para compor suas decisões. Evidentemente, o intérprete por vezes tomará decisões políticas diante de um caso controverso, mas essa decisão política deve ser baseada na integridade, de forma que seja compatível com o repertório legal de sua jurisdição:

Um juiz que segue a concepção do estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras⁶⁸.

A visão centrada nos direitos não deseja que a lei seja desconsiderada, muito pelo contrário, pois ela também faz parte da gama de direitos morais aos quais o intérprete deve se remeter, mas rejeita a ideia de que o livro de regras seja a única fonte legítima disponível. Mas como conciliar os diferentes conceitos de justiça, de direitos morais e outras ferramentas que não provém do texto legal? É nesse ponto

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 07

⁶⁷ Ibidem. Pág. 09

⁶⁸ Ibidem. Pág. 15

que o autor remete a ideia de integridade, que já foi introduzida diante do que já foi analisado.

4.4 O direito como integridade

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.⁶⁹

O direito como integridade é uma alternativa às visões do convencionalismo e do pragmatismo. Constitui mais uma forma de encarar o direito, do que uma teoria sobre como se deve interpretá-lo. Ela é extremamente abrangente, e vai muito além da ideia de coerência, que inicialmente pode ser vista como um sinônimo para o conceito elaborado pelo autor.

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.⁷⁰

A integridade faz uso da história, mas não se atém simplesmente ao que foi resolvido diante de um determinado caso, mas adentra todas as justificativas, princípios e demais pontos relevantes utilizados para construir aquela decisão analisada.

O conceito de integridade e do que ela representa para a maneira como se deve encarar o processo hermenêutico é explicado pelo que Dworkin chamou de *romance em cadeia*. O autor imagina um projeto literário, onde um cada autor recebe

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 271

⁷⁰ Ibidem. Pág. 263-264

do que o antecedeu, parte da história, devendo escrever novos capítulos que sejam coerentes com aquilo que já está posto:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. (...) Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar.⁷¹

A ideia é que cada um dos romancistas escreva como se tudo fosse produzido por um só autor, e não por mais de um, cada qual com sua opinião sobre os fatos narrados. Cada intérprete e construtor do romance deve considerar por completo toda a cadeia de argumentos postos, mesmos os secundários, e construir sua parte de acordo com tudo aquilo que representa tal obra.

Se algum dos intérpretes, obstinado em impor o seu ponto de vista individual sobre o desenrolar dos fatos, decidir ignorar parte do romance, ou mesmo de má-fé tentar modificar as ideias ali já postas, esse romancista falhou em sua missão. Assim também é o direito, e o juiz, diante de uma caso controverso que exige a construção de um parecer que é ao mesmo tempo original e atrelado ao que já está posto, deve encaixar suas decisões dentro de uma estrutura, sempre se utilizando da interpretação motivada e coerente.

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. (...) Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a ela for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável –, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio.

A integridade não engessa o processo hermenêutico, mas oferece a visão do direito como uma prática interpretativa de todo o conjunto de elementos que constituem a base moral e política de uma comunidade que aceita que é governada por princípios comuns, e que precisa unir-se através desses princípios para conciliar

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 276

as mais diversas formas de pensar que são naturais e saudáveis a toda democracia e, acima disto, ao liberalismo.

Devemos aceitar a integridade como uma virtude da política comum, pois devemos tentar conceber nossa comunidade política como uma associação de princípios; devemos almejar isso porque, entre outras razões, essa concepção de comunidade oferece uma base atraente para exigências de legitimação política em uma comunidade de pessoas livres e independentes que divergem sobre moral política e sabedoria

Por fim, o direito como integridade não é totalmente baseado no passado, como o convencionalismo, pois o romancista encarregado de escrever o novo capítulo precisa ter em mente que haverá um próximo escritor a continuar a história. Mas encara o futuro de forma diferente daquela apresentada pelo pragmatismo jurídico, ao *colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado*⁷².

Dworkin através da apresentação do direito como integridade, apresenta até mesmo uma visão de como o direito pode evoluir junto à mudança inevitável das concepções da moral, e até mesmo revela que terá sido malsucedido se um estudante abandonar sua teoria em algum estado de abstração precoce, mas confessa que terá falhado *por completo* se ele jamais a abandoná-la.

⁷² DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pág. 492.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Política, arte e Direito estão unidos, de algum modo, na filosofia*⁷³. Seguindo o exemplo da obra de Dworkin, o presente estudo não se destina a provar que nenhuma teoria sobre o objeto de sua análise é aquela que deve ser seguida. Antes disso, é uma tentativa de captar o motivo dos questionamentos, na tentativa de chegar a novos questionamentos que possam numa árdua e interminável reflexão.

As questões abordadas nesse trabalho deixam marca de sua influência por toda a aplicação do Direito. Dúvidas quanto ao conceito, à origem e às relações da cultura jurídica com o poder constituem a base de boa parte das discussões das quais se ocupam os filósofos do Direito. A depender das possíveis visões que o intérprete tiver sobre o assunto, o seu objeto de estudo transmuta em algo que é reflexo dessas formas de encará-lo.

O estudo aqui apresentado, em seu núcleo, talvez tenha regredido mais, distando-se totalmente das questões jurídicas, numa tentativa de mostrar que a fonte dos problemas é anterior ao próprio Direito. A linguagem, os limites da consciência, a busca por sentido como umas das principais jornadas humanas, são algumas das discussões que parecem abarcar todo o resto que se segue. A questão da interpretação da lei provém da clássica discussão entre verdade e mentira, assim como as relações entre Direito e política encontram-se marcadas pela própria discussão da origem das coisas. Por vezes a discussão, quando faz esse trabalho de retorno a segmentos cada vez mais basilares, parece querer abarcar tudo na medida que torna-se mais específica.

Se para alguns, não se pode evocar direitos que não estejam positivados, para outros, a lei é apenas mais um instrumento de tentativa de captar princípios morais de determinada sociedade. Para Montesquieu, *dizer que não há nada de justo ou injusto além daquilo que as leis positivas ordenam ou proíbem é dizer que antes de traçar o círculo todos os raios não são iguais*⁷⁴.

O trabalho iniciou tratando da parte epistemológica com perguntas e ponderações que pertencem às discussões da metafísica, para ser finalizado com a

⁷³ DWORKIN, Ronald. ***Uma Questão de Princípio***. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 249

⁷⁴ MONTESQUIEU, ***O espírito das leis***. Tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pág. 12

visão liberal de Dworkin sobre o que é o Direito, que transporta a discussão para o campo da moral, nem que seja da moralidade política.

Para abordar o problema da diferenciação entre Direito e política, primeiramente foi analisado como o poder pode chegar a construir o próprio conhecimento, e de que forma as práticas jurídicas podem integrar esse sistema funcionando como um instrumento de produção de verdades.

O impasse metafísico é quase que intransponível, requer um nível de abstração da discussão que pode não servir imediatamente às questões controversas com as quais se depara o intérprete do direito em sua rotina, porém toda a dúvida quanto à origem do direito, sua relação com o poder, e se ele pode ser encarado como uma ciência, provém dessas reflexões.

O método científico foi constantemente colocado a prova tanto por meio de questionamentos filosóficos ao próprio modelo, como também através de constatações práticas sobre seus obstáculos e incongruências. Tudo isso foi feito não porque se acredita que o método científico esteja errado, mas sim porque ele é talvez ainda a principal forma de enxergar o direito na contemporaneidade.

A questão é ainda mais complexa quando se analisa de que forma se relacionam os três pilares que compõe a análise desse trabalho: direito, política e verdade. O poder político é uma criação jurídica ou o direito é criado pelo poder, assim como as estruturas jurídicas que aparentemente o limitam? Se podemos assumir que não há forma de conhecimento sem relações de poder que a constroem e a validam, o contrário também é verdade: não há poder político que se sustente sem forma de saber correlata. Nesse sentido, enxergar o direito como apenas advindo da política entendida como aquele poder último e soberano, é um erro. Direito é o exercício interpretativo de todos princípios políticos e morais presentes dentro de uma comunidade.

O Direito como ciência, as limitações do convencionalismo e o excessivo caráter político do pragmatismo, passando por todas as objeções postas pelos questionamento filosóficos ao Direito, tornam a teoria de Dworkin um meio perfeito de encerrar esse trabalho. Sua teoria não ignora o caráter político do Direito, muito menos trata de aspectos da metafísica que podem influenciar o processo hermenêutico, mas traz um ponto de vista extremamente útil para que algumas repostas para questões basilares da cultura jurídica sejam construídas.

Se para alguns o Direito deve se ocupar em descobrir significados previamente postos em fontes formais, e se para outros as decisões devem ser criadas pelo intérprete a fim de promover o bem comum, observando a consequência da decisão proferida, Dworkin adverte que o Direito não é descoberto pelo intérprete, muito menos inventado, mas sim criado a partir da mistura de todos os argumentos de princípio que fazem parte de uma comunidade política.

A argumentação do intérprete está sempre limitada pelo fato de que precisa ser coerente com a história e com a forma como as práticas jurídicas tem sido encaradas, devendo-se adequar por completo à estrutura de princípios comuns que unem uma comunidade que muitas vezes discorda sobre vários temas, dentro de uma perspectiva liberal. Dworkin desenvolve essa complexa teoria de adequação e coerência no complexo conceito de *integridade*.

Apesar de o autor chegar a mencionar o direito com integridade não rejeita por completo suas relações com o futuro, isso acontece de uma forma diferente àquela do pragmatismo jurídico. No direito encarado como integridade, as ferramentas disponíveis ao intérprete estão basicamente na história, não apenas no que lhe é explícito, como seria no convencionalismo, mas numa interpretação mais aguçada de todos os princípios que nortearam essa história.

Política trata de objetivo, Direito trata de princípio. A política é dotada necessariamente de um consequencialismo que pauta o rumo de suas decisões, enquanto o direito é pautado pela *integridade*, pela coerência com a história e o compromisso com o futuro. O direito é criado como um romance produzido em cadeia, que se desenrola como a reinterpretação da mesma história, que deve ser coerente com todas as partes da grande estrutura a qual pertence e a qual apenas interpreta.

Para Dworkin, encarar o direito como uma ciência, na qual um especialista pode perseguir a verdade absoluta por traz das questões jurídicas, é um erro. Ao mesmo tempo, insiste que do direito visto como interpretação, pode-se obter uma resposta certa para casos controversos, construindo-a através de um ideal político complexo que chamou de integridade.

Casos difíceis são aqueles em que o julgador, diante de sua análise prévia, não consegue encontrar nenhum fundamento que faça prevalecer um dos argumentos aparentemente possíveis para a solução daquele caso. Para alguns, nesse ponto, tudo que pode fazer o intérprete é escolher uma das vias baseando-se em argumentos políticos próprios.

Dworkin introduz uma forma de ver o Direito que não nega a apreciação de fundamentos políticos e morais, mas que tampouco se confunde com a política, pois a atividade jurídica é essencialmente interpretativa. O intérprete constrói seus postulados com olhos voltados ao objetivo de identificar os princípios comuns de uma sociedade, reinventando-os, reinterpretando suas próprias práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Goyard-Fabre, Simone. **Os princípios do direito político moderno**; tradução Irene A. Paternot. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Lênio Streck sobre Hermenêutica e Jurisdição. Congresso organizado pela universidade Unisinos, 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=PrSI9umZWRw>. Acessado em 03 de Novembro de 2016.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpresión em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003.

V. Larry Kramer, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, 2004, p. 7

V. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), **The Oxford handbook of law and politics**, 2008, p. 3.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil** – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007

SILVA, Francisco Paulo da. **Articulações entre poder e discurso em Michel Foucault**. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro (org.). Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade. São Carlos: Claraluz, 2004.

CHOMSKY, N.; FOUCAULT, M. **Natureza humana: justiça vs. poder: o debate entre Chomsky e Foucault**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BRANDÃO, André Martins. **Michel Foucault e a questão do poder: o judiciário como um produtor do discurso da verdade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0efbe98067c6c73d>. Data de acesso: 15/12/2016

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**; tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DMITRUK, Erika Juliana. **O que é o Direito? Uma Análise a partir de Hart e Dworkin**. Artigo publicado na Revista Jurídica da Unifil, ano I – nº 1

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. P. 104

PORTINHO, Aline Roehrs. **A falácia da dualidade: direito e política**. Disponível em:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EVVMwl4ZHcYJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/522231+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Data de acesso: 17/01/2017

Bobbio, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Acessado em 10/01/2016. Data de acesso: 05/01/2016

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

O que é pragmatismo jurídico? Thamy Pogrebinschi. Banco de artigos da PUC-RJ. Disponível em:
<http://www.cis.pucRio.br/cis/cedes/banco%20artigos/Filosofia%20e%20Teoria%20do%20Direito/pragmatismo.pdf>. Data de acesso: 10/01/2016