

DWORKIN E A CRISE DAS REGRAS JURÍDICAS

DWORKIN Y LA CRISIS DE LAS REGLAS JURÍDICAS

Francisco Carlos Duarte¹

RESUMO

O presente trabalho aborda, sob a perspectiva de uma teoria crítica, comprometida com os interesses populares, a transição entre o modelo juspositivista clássico de direito e o pós-positivismo. Discute a inserção da força normativa dos princípios, a partir do filósofo do Direito Ronald Dworkin, como meio de correção das falhas no modelo de regras do juspositivismo. A partir destes elementos, será desenvolvida também, uma reflexão sobre a contradição das premissas da neutralidade, completude e segurança jurídica com sua factibilidade, notadamente, com cotejo com a crise cada vez mais evidente no sistema jurídico brasileiro. Em linha conclusiva, o artigo pretende evidenciar que a crise no sistema brasileiro vem desde a origem do positivismo jurídico, não sendo passível de soluções dentro dos limites deste próprio sistema, de modo que na conjuntura atual, os espaços de fomento desta crise devem, tão somente, ser ocupados para avançar na conquista de direitos para o povo.

PALAVRAS-CHAVE: jus positivismo; força normativa dos princípios; ideologia jurídica; crise.

RESUMEN

En este trabajo se analiza, desde la perspectiva de una teoría crítica, comprometida con los intereses del pueblo, la transición entre el modelo juspositivista clásico de derecho y el post-positivismo. Trata sobre la integración de la fuerza normativa de los principios, de del filósofo del derecho Ronald Dworkin, como un medio para corregir las fallas en el modelo de reglas del juspositivismo. A partir de estos elementos se desarrollarán también una reflexión sobre la contradicción de los supuestos de neutralidad, integridad y seguridad jurídica en su

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina e pela Università di Lecce – Itália, com Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa – Portugal, pela Università di Lecce – Itália; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor titular nos cursos de graduação, pós graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

factibilidad, especialmente en comparación con la crisis cada vez más evidente en el sistema jurídico brasileño. En línea concluyente, el artículo pretende poner en evidencia que la crisis en el sistema brasileño viene desde origen del positivismo jurídico, no sujeto a soluciones dentro de los límites de este sistema en sí mismo, por lo que en la situación actual, los espacios de fomento de esta crisis debe, tan solo, ser ocupados para avanzar en el logro de los derechos del pueblo.

PALABRAS CLAVE: juspositivismo; fuerza normativa de los principios, ideología jurídica; crisis.

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico clássico, tomando Hans Kelsen como seu expoente, fundou-se em três ideias centrais: completude, neutralidade e segurança jurídica. A contradição entre estes postulados passou a ser evidenciada nos século XX pela ressonância das críticas de diversos teóricos do Direito, dentre os quais, neste artigo, optou-se por Ronald Dworkin.

Deste debate, ocorreu a superação do sistema juspositivista clássico, pelo que se denominou pós-positivismo, originando também novas práticas jurídicas, inseridas no espaço do neoconstitucionalismo. Entretanto, o juspositivismo sai de cena, mas deixa como legado a sua crise, ainda não resolvida.

Neste trabalho pretende-se refletir sobre esta crise, criada pelo juspositivismo e não superada pelo pós-positivismo. Considera-se importante debruçar-se sobre tal tarefa, pois a polêmica acerca do tema constitui debate cada vez mais recorrente no cenário, especialmente, jurisdicional do Brasil. Crê-se então, que uma reflexão crítica acerca das origens e elementos de intensificação desta crise seja possível a partir de uma breve análise sobre a conjuntura de superação do positivismo clássico.

Para cumprir esta empreitada, optou-se pela pesquisa bibliográfica tomando como marco teórico o filósofo do Direito e Professor Ronald Dworkin, dialogando suas ideias com outros autores e realidades brasileiras. Também se adotará a perspectiva crítica do Direito, enquanto sistema inapto à concretização dos direitos do povo e é sob esta perspectiva que serão lançadas as breves críticas pessoais ao sistema oficial de Direito.

1 CRISE E SUPERAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO

O positivismo jurídico clássico, assim como idealizado por Hans Kelsen, funda-se em três postulados elementares: a completude do ordenamento jurídico; a neutralidade e a segurança jurídica do sistema (KELSEN, 1984). Estas foram as premissas bem articuladas na teoria kelseniana que a fizeram difundir-se pelo mundo ocidental. Entretanto, no século XX, as premissas positivistas e o seu rigor científico passaram a ser duramente rechaçados pelos reclames sociais e pela própria comunidade teórica. A lógica automática, irrefletida e mecânica da teoria pura já não convencia mais como modelo ideal de infalibilidade:

Dia após dia, através do uso da força, mandamos pessoas para a prisão, tiramos dinheiro delas, ou as levamos a fazer coisas que não desejam fazer, e, para justificar tudo isso, dizemos que essas pessoas infringiram a lei, deixaram de cumprir suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos jurídicos de outras pessoas. (DWORIN, 2002, p. 24)

Diante de questionamentos neste sentido, o positivismo confrontou-se com a urgência em reconsiderar suas diretrizes sob pena de não mais permanecer como sistema jurídico vigente. Com alguma elegância, o sistema acabou absorvendo as críticas trazidas ao debate pela doutrina progressiva e transformando-a nos novos alicerces de um positivismo repaginado, adaptado aos avanços sociais, mas sem perder seu caráter ideológico².

O espaço mais propício para este debate e desenvolvimento da crise era justamente o da hermenêutica. Assim, nota-se no positivismo que o papel do magistrado era um problema delicado: para o positivismo clássico, competia ao juiz tão somente aplicar o texto da lei. Interpretar, para aplicar da melhor maneira, mas somente aplicar: o juiz não criava direitos através de suas sentenças, mas tão somente descobria o que estava “escondido sob a norma”. Entretanto, o debate jurídico foi se mostrando cada vez mais complexo. Mesmo com os direitos sociais e humanos não conseguindo acessar aos espaços judiciais da justiça positivista

² O positivismo queria ser objetivo e assumir caráter de ciência, mas acabou sendo ideologia. Foi uma ambição que custou caro à humanidade, na avaliação de BARROSO: “O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.” (BARROSO, 2001, p. 18)

(muito menos os demais espaços estatais) o incompleto campo de produção de conflitos que era abarcado pelo sistema judicial positivista³ conseguiu causar perplexidade, pois constantemente os litígios apresentados aos magistrados não tinham a prometida fórmula pré fixada e escondida entre as normas.

Após tantas "Escolas" que buscaram fundamentar a Hermenêutica Jurídica; após a crise na crença em uma racionalidade que podia conhecer tudo e, com o crescente aumento de complexidade e descentramento da sociedade, muitos vêem a possibilidade da interpretação (ou mais especificamente, de uma interpretação correta, segura) como algo impossível, ou, ao menos, improvável. (BAHIA, 2003)

Havia uma crise instalada no interior do positivismo, que o sistema conseguiu criar sozinho pela contradição de seus próprios postulados de completude, segurança e neutralidade: postulados incompatíveis com a natureza humana, razão e causa de ser do Direito e incompatíveis com a natureza dos “operadores jurídicos”, que nunca foram nem serão máquinas.

Complicando ainda mais as contradições internas do positivismo, surgiu um novo ator nesta crise: o oprimido, o pobre, o marginalizado. Este, seja denominado como for, veio então intensificar a crise, pois aprendeu a se insurgir neste sistema, através das associações comunitárias, dos sindicatos e dos diversos movimentos sociais:

Já no final do século XIX a profunda desigualdade econômica e social entre as pessoas gerada por uma exploração sem precedentes na história, provocou reações. Pululavam revoltas de operários, os sindicatos lutavam por reconhecimento de condições mínimas de trabalho (não se esqueça que os sindicatos, durante longo tempo, foram até proibidos e tiveram de existir na ilegalidade). No meio rural, camponeses eram expulsos de suas fazendas e eram obrigados a procurar trabalho nas cidades, que cresciam sem infra-estrutura, o que agravava os problemas.

Ao mesmo tempo, as idéias de Karl Marx e Engels se difundiam e logo começariam a se reunir as "Internacionais Socialistas". Mais tarde, o sucesso da Revolução Russa (1917) gerou o temor em outros países de que em seu território ocorressem revoluções como aquela.

Diante de tais pressões, os Estados Liberais foram obrigados a ceder, editando leis que, e.g., diminuam a jornada de trabalho (ao menos para mulheres e crianças), que permitiam o funcionamento de sindicatos (BAHIA, 2003)

Acerca da crise, Saint-Simon apud Abbagnano (2007, p. 259) situa o progresso da história em sucessões de períodos orgânicos e períodos de crise. As épocas orgânicas, dentre as quais considera a Idade Média, têm seu desenvolvimento tranquilo, fundado em crenças

³ Fala-se aqui dos direitos patrimoniais e das elites, para os quais o sistema judiciário sempre se mostrou mais eficaz e seguro.

firmes e bem estabelecidas. Neste sentido, a crença positivista é de que a modernidade toda se desenvolve na crise por ainda não ter consolidado sua organização acerca de um princípio único. Para as diversas opiniões, há um consenso: a modernidade se desenvolveu na crise. Alguns, entretanto, creem que o caminho para o qual a modernidade ruma é o comunismo.

o ideal de uma época orgânica, em que não haja incerteza nem luta, é, por sua vez, um mito consolador que serve de escape para as gerações que perderam o sentido de segurança, visto que nenhuma época chamada orgânica, nem mesmo a Idade Média, foi isenta de conflitos políticos e sociais insolúveis, de lutas ideológicas, de antagonismos filosóficos e religiosos, a testemunharem a fundamental incerteza ou ambigüidade dos valores da época. **Quando, de resto, o diagnóstico da crise é acompanhado pelo anúncio de uma época orgânica qualquer, essa noção revela claramente seu caráter de mito pragmático, ideológico ou político.** (ABBAGNANO, 2007, p. 259, sem grifo no original)

Então a transição entre as formas de Estado que a modernidade experimentou, inaugurou também algumas mudanças dentro da teoria positivista. Neste sentido, ocorreu o fenômeno descrito por Boaventura de Sousa SANTOS (1997, p. 93), ou seja, a subsunção das energias emancipatórias em energias regulatórias. Ou seja: os diversos autores que se debruçaram sobre a revisão da teoria positivista, ainda que motivados pelo genuíno compromisso com os oprimidos e explorados, acabaram por construir uma teoria que foi absorvida pela mesma lógica que operou o positivismo clássico.

As insuficiências da modernidade logo se revelaram. A emergência do proletariado e novos aportes teóricos tiveram um efeito intrusivo sobre o modelo de homem e de conhecimento concebidos na modernidade. O juspositivismo conhece sua derrocada definitiva com a derrubada nos regimes nazi-fascistas ao final da 2ª Guerra Mundial e o pós-positivismo desenvolve-se como concepção alternativa à ciência jurídica. (ASSIS, 2006)

Um dos autores de maior contribuição para reforma dos preceitos positivistas foi Ronald Dworkin. Inserido na lógica de estudos jurídicos típica dos Estados Unidos da América, a qual se desenvolve não pelo estudo dos dispositivos jurídicos (a escola da exegese é muito mais forte na cultura acadêmica brasileira, por exemplo), mas principalmente pelo estudo dos casos judiciais. Esta metodologia pode levar ao despertar precoce, em relação às outras escolas, com relação aos problemas destacados na crise interna do positivismo, ou seja: a insuficiência das regras para solução de conflitos. E, desta consciência de Dworkin, surge a construção da força normativa dos princípios, teoria endossada entre diversos teóricos pós positivistas, como John Rawls, Robert Alexy, entre outros.

A contribuição de Ronald Dworkin abriu caminho para o surgimento de racionalidades alternativas no campo do positivismo, que, ao abrir mão de sua rigidez para manter-se vigente, permitiu a coexistência de profundas divergências teóricas no mesmo sistema, originando o chamado pós-positivismo, ou neo constitucionalismo. Destaca-se, todavia, que a coexistência destas divergências teóricas dentro do positivismo se fez possível graças, não somente ao trabalho dos autores supracitados, mas ao fato de seus espaços de inserção estarem vinculados mais ao formalismo jurídico que à efetivação real dos direitos dos grupos de exclusão social.

2 REVISIONISMO DE RONALD DWORKIN E A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

O ensinamento do direito, na metade do século, era dividido em “teoria analítica do direito” e “teoria do direito ética”. Esta, se dedicava ao que devia ser o direito e aquela, analisava os conceitos, tentando fixar seu significado⁴. Os conceitos sobre os quais se funda a teoria jurídica (infração, posse, propriedade etc.) são difíceis de precisar e um problema desta teoria, era o fato de que diversos juristas empregavam estes conceitos sem compreender seu significado (DWORKIN, 2002, p. 4-5).

Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais. Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais. E são treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas, anteriormente decididas. A abordagem profissional da teoria do direito tentou reformular as questões relativas à doutrina legal de tal maneira que uma ou mais dessas qualificações pudesse ser empregada. Essa abordagem produziu apenas a ilusão de progresso e deixou intocadas as questões de princípio, genuinamente importantes, que existem no direito. (DWORKIN, 2002, p. 4)

⁴ Na Inglaterra os manuais fixavam o significado dos conceitos, extraindo os elementos de significação das decisões judiciais e das leis, buscando uma significação jurídica e nunca relacionando esta significação às múltiplas outras propostas pelos juízos leigos (DWORKIN, 2002, p. 5). Por outro lado, as decisões judiciais e os legisladores, empregam os termos apoiando-se nos significados determinados pela produção doutrinária, criando assim, mais uma justificação tautológica no direito. O maior esforço (e possivelmente maior problema) do positivismo, talvez seja tentar abstrair de sua ciência as interferências e determinantes sociais e humanas, tentando efetivar a impossível tarefa de transformar-se em ciência objetiva e não ideológica.

Neste sentido, o autor critica a incapacidade, ou dificuldade, em precisar o sentido dos termos jurídicos, especialmente “obrigações jurídicas” e “direitos jurídicos”. Frisa-se novamente, a escola tradicional (bem como a contemporânea) do positivismo não prepara para compreender estes conceitos, prepara simplesmente para aplicar. Esta prática prejudica a expansão da teoria crítica dentro do direito, mesmo porque, “Antes que possamos decidir que nossos conceitos de direito e obrigação jurídica são mitos, necessitamos decidir o que são” (DWORKIN, 2002, p. 25).

A investigação do autor se desenvolve e oferece uma proposta de solução utilizando para tanto a matéria-prima que o positivismo oferece. Então DWORKIN (2002, p. 36), argumenta “que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. O sistema de regras não é suficiente para solucionar os “casos difíceis”:

Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar estes casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar nenhum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas. (DWORKIN, 2002, p. 71-72)

Para além do modelo de regras, Dworkin propõe os princípios como uma categoria normativa que seria menos rigorosa, porém mais ampla, e destaca a importância dos princípios no direito, mas destaca também que, na metodologia do positivismo, os princípios não podem ser, como o são as regras, submetidos à regra de reconhecimento. Não há como saber quais princípios devem ser levados em consideração nos casos difíceis. E são justamente estes problemas que estão além das propostas formuladas pelo positivismo (DWORKIN, 2002, p. 71).

Bem, se o positivismo, em seus próprios termos, não pode formular uma teoria eficaz acerca dos princípios, tal tarefa fatalmente vai recair sobre o examinador destes casos, ou seja: os juízes. Se não há solução determinada previamente, não é possível determinar previamente o conteúdo da decisão judicial. Com isto, “Os juristas não precisam de provas para mostrar que os juízes divergem e que suas decisões com frequência refletem sua formação e seu temperamento.” (DWORKIN, 2002, p. 10)

A discrepância entre as decisões judiciais viria então, das divergências dos intérpretes acerca da “natureza e núcleo dos princípios jurídicos fundamentais” (DWORKIN, 2002, p. 10). Então o problema dos princípios foi um problema que o positivismo não conseguiu contornar, nem deixar para trás com nenhum método proposto dentro de seus limites, pois sempre surgia novamente em momentos posteriores. E isto fortalece o campo de discricionariedade judicial.

Sobre a discricionariedade judicial, DWORKIN (2002, p. 54) destaca que alguns teóricos “argumentam que os juízes sempre possuem poder discricionário, mesmo quando o que está em pauta é uma regra clara, pois juízes são, em última análise, os árbitros definitivos da lei”. Os positivistas, por outro lado, não definem assim o papel dos juízes. Para os positivistas, os juízes não têm poder discricionário quando a regra é clara e somente às vezes formam seu próprio juízo para aplicar padrões jurídicos. Isto ocorre quando o conteúdo da regra é menos rigoroso ou delimitável. Por isto, “algumas vezes, os juízes devem examinar demoradamente pontos específicos do direito e que os juízes igualmente inteligentes e bem treinados frequentemente estarão em desacordo” (DWORKIN, 2002, p. 55).

Neste sentido, a teoria de Dworkin parece ter triunfado, pois cada vez mais se fortalece na doutrina jurídica a posição de que a atividade interpretativa nunca cessa, nem mesmo em normas bastante claras. Veja-se: “a zona de clareza existente na lei enfraquece a atividade do intérprete, mas não o condena a uma acrítica interpretação literal” (BARROSO, 2009, p. 110).

Sem decidir exatamente qual é o papel do juiz dentro do direito (interpretar e aplicar a lei, ou também criar direitos), o positivismo lidou com esta questão de maneira negligente, pois sem saber definir este papel, optou por formular teorias superficiais sobre as duas questões que se relacionam – princípios jurídicos e função judicial – e que não foram enfrentadas pela ciência jurídica, mas continuaram batendo à porta do direito. Desta negligência do positivismo em enfrentar a questão dos princípios, decorre o seguinte problema:

Dois juízes decidirão um caso controverso de tal tipo de maneiras diferentes porque defendem visões diferentes quanto aos direitos morais de fundo dos cidadãos. [...] Cada juiz que decide esta questão de princípio faz o que faz, não porque todas as possibilidades sejam excluídas pelo que já está na legislação, mas porque acredita que o seu princípio está correto, ou pelo menos, mais próximo de ser o correto do que os outros princípios também não excluídos. (DWORKIN, 2000, p. 16)

Então, ao não enfrentar este inevitável problema, fica aberto um espaço de imprecisão, onde o juiz acaba muitas vezes “criando”⁵ o direito e não “o encontrando”. Este problema é criticado pelo autor, que entende que isto prejudica a segurança que a democracia deveria oferecer.

Democracia significa (se é que significa alguma coisa) que a escolha de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes do povo, e não por juízes não eleitos. Assim, a revisão judicial não deve basear-se em opiniões dos juízes [...] uma teoria bem fundamentada da revisão judicial – a única compatível com a democracia – condena todas, e condena qualquer outra decisão que se apóie expressa ou implicitamente na idéia de devido processo legal substantivo⁶. (DWORKIN, 2000, p. 80)

Estes casos, onde a atuação dos juízes avança para outras esferas, adentrando muitas vezes em competências legislativas ou executivas, se soluciona um problema (o da exclusão social, eventual e isoladamente, ou de outro tipo de conflito situado na zona de imprecisão ou lacuna jurídica), acaba por criar outro: o judiciário ao extrapolar suas atribuições, põe em risco a construção do Estado Democrático de Direito, com sua divisão em poderes que se controlam, fiscalizam e tolhem abusos recíprocos. O ativismo judicial fortalece sobremaneira o judiciário e, não há como saber onde isto vai parar...

Sobre este problema, Dworkin oferece uma construção hermenêutica que investiga o papel dos princípios jurídicos e outros aspectos referentes a eles. Crê que, um modelo que os aceite como normas, institucionalizando-os, tira da margem do sistema positivo esta forma de influência e pode possibilitar o controle da mesma. Formula então uma teoria dos princípios, onde dentro da categoria “norma”, inclui as regras e os princípios. Destaca ainda as questões políticas como incidentes sobre o conteúdo das decisões judiciais.

A partir desta teoria, nas três categorias: regras, princípios e políticas, a política seria um padrão que estabelece um objetivo, como a melhoria econômica, social etc. e o princípio, um padrão a ser observado, pois constitui uma exigência de justiça ou equidade ou

⁵ O agravamento desta questão é que quando o juiz cria um direito, ele o faz e o aplica retroativamente. Legisla *ex post facto*, (DWORKIN, 2002, p. 70-71)

⁶ através do *princípio* do devido processo legal substantivo, os juízes estão autorizados a perscrutar a razoabilidade do conteúdo dos atos legislativos e executivos cerceadores de Direitos Fundamentais, com esteio na *construção* judicial destes Direitos. O *princípio*, então, permite aos juízes que, ao debruçarem-se sobre a questão da constitucionalidade de um ato normativo deste tipo, ultrapassem o mero exame da compatibilidade formal e literal do ato com a Constituição, para averiguar, ainda, a razoabilidade da medida constritora. (MARTEL, 2004, p. 94)

moralidade⁷. Finalmente a regra: estas “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002, p. 39).

A diferença entre as categorias regra e princípio é que quando duas regras entram em conflito, uma é inválida⁸. No caso de princípios, quando entram em conflito, cada um cede um pouco, de acordo com a decisão mais adequada ao caso, levando-se em conta “a força relativa de cada um”:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2002. p.42-43).

O princípio pode então sobreviver intacto aos conflitos que venha a enfrentar, o que não é o caso da regra, pois as regras ditam um resultado e quando desta regra surge um resultado contrário, a regra é modificada ou abandonada. O princípio por sua vez, inclina para um resultado e quando não aplicados, nem assim deixa de ter seu valor. Claro que eventualmente, de acordo com o entendimento do intérprete, os princípios podem ditar um resultado. (DWORKIN, 2002, p. 57). Além disto, os princípios assumem força hierárquica superior à das regras⁹ a partir da construção de Dworkin. Então, em nome de um princípio, ou para favorecer algum princípio, uma regra pode ser mudada (DWORKIN, 2002, p. 59-60). Entretanto,

não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios

⁷ “os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, desempenham um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais” (CADEMARTORI, 2001, p. 80.)

⁸ No caso do Brasil, eis os critérios para decidir sobre normas conflitantes, conforme lição de Barroso (fundamentos teóricos e filosóficos...) “Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral.” p. 22.

⁹ “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais” (MELLO, 2010, p. 959)

mais importantes que os outros. Este critério não pode depender das preferências pessoais do juiz [...] um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em conta alguns padrões importantes que se opõe ao abandono da doutrina estabelecida; esse padrões são na sua maior parte princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo (DWORKIN, 2002, p. 60)

Com esta construção teórica, o autor pretende fixar alguns critérios para que a força normativa dos princípios seja acolhida no método positivista de aplicação das normas. Minimiza, ao propor estes critérios, o impacto de sua revisão à teoria. Ao mesmo tempo, esta reforma vem ao socorro de um sistema que já agonizava. Foi a tábua de salvação do positivismo, ao menos temporariamente. A evolução deste sistema, que aponta de maneira cada vez mais contundente sua crise, ainda é um tema imprevisível, pois está condicionado tanto ao êxito das correntes conservadoras, quando às correntes de insurgência e à inclinação teórica que venha a produzir maior influência no campo normativo.

Do reconhecimento dos princípios dentre as normas jurídicas, o positivismo pôde absorver em sua circunscrição algumas das diversas demandas sociais¹⁰. Então, sob a perspectiva de que o Estado Democrático de Direito poderia atender aos diferentes anseios sociais, e os movimentos passaram a pleitear seus direitos não mais fora do sistema, mas sim, dentro e nos limites que o sistema oferece.

Então quando a Constituição brasileira – por exemplo – diz que a saúde é um direito de todas as pessoas, as pessoas, sabendo que têm este direito, melhor se conformam em esperar nas intermináveis filas SUS. Muitas destas pessoas morrem, aguardando na fila do sistema que não é eficaz de fato. Se fosse eficaz, não se discutiria tanto atualmente a questão da judicialização da saúde. Inclusive, desta judicialização da saúde, demandas idênticas ou similares resultam em toda sorte de decisão, dependendo do juiz, do advogado, do Promotor... e estas situações são sintoma, para ficar neste exemplo, de que o positivismo modernizou-se, mas não conseguiu livrar a si mesmo do fantasma da insegurança jurídica.

Retomando a linha de raciocínio proposta, pretende-se destacar que, com a reforma acima ilustrada através da doutrina de Dworkin, o positivismo passou a tutelar (melhor seria dizer: controlar) outras demandas sociais, aproximando-se mais da efetivação da completez,

¹⁰ Segundo BARROSO (2001), autor com importante contribuição à hermenêutica pátria e partidário do garantismo jurídico, as possibilidades interpretativas vêm da: a) discricionariedade atribuída pela norma ao interprete; b) pluralidade de significados da palavra; ou c) da existência de normas contrapostas.

até incluindo de maneira mais humana os direitos sonegados¹¹, mas ampliando o campo de subjetivismo do direito, evidenciando cada vez mais que o direito não é igual para todos. E quando se diz que não é igual, não se refere aqui ao princípio da equidade que prevê aquilo que Dworkin chama de “discriminação compensatória” (DWORKIN, 2002, p. 343-369), ou seja, as medidas que o Estado adota para equacionar as forças desiguais, elevando as forças do vulnerável, mas ao fato de que vulneráveis podem ou não ter suas condições equacionadas, de acordo com a motivação política do julgador de sua lide.

Diante desta nova lógica de funcionamento do sistema oficial de Direito, criou-se no campo estatal um espaço de emancipação. A questão da emancipação pode ser tomada nos seguintes termos: “Enquanto a emancipação permite **amenizar** a violência estrutural sem transcender o sistema da totalidade, a libertação propicia ir além, fundando-se um momento ético crítico para uma nova factibilidade, com novas instituições e normatividades” (PAZELLO e MOTTA, 2008, sem grifo no original).

Reconhecendo o mérito destes esforços e a importância de incentivar a utilização criativa¹² do direito dentro do positivismo, não se pode perder de vista, que o uso alternativo do direito não resolve o problema da exclusão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta rápida passagem por uma parte da história do positivismo e por uma parte da história de sua superação, permite compreender um pouco melhor a atual conjuntura do Direito no Brasil.

Atualmente causa perplexidade a crescente sensação de insegurança jurídica no campo judiciário. Muitos falam em “loteria judicial” e a doutrina jurídica pátria tem se esforçado para contornar este tipo de desconforto.

¹¹ Incluindo, mas de maneira relativa, em decisões específicas. Cada uma delas celebrada como um “oásis no deserto”.

¹² Afinal, “é da criatividade dos advogados, de sua luta constante, que, muitas vezes (apesar das derrotas iniciais), o direito se concretiza mais democraticamente” (CARVALHO, 1998, p. 11)

As súmulas vinculantes, inseridas no texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 45, do ano de 2004, são um exemplo destes esforços. Trata-se de tentar resgatar o postulado da segurança jurídica afirmado por Kelsen como modelo possível para um sistema nascido da realidade humana e operado por homens. Ocorre que nem mesmo a vinculação da decisão de juízes a um órgão superior (o Supremo Tribunal de Justiça) é instrumento hábil para a recuperação desta segurança e por uma simples razão: a segurança jurídica não existe.

O mérito do Ronald Dworkin reside na percepção da falibilidade deste sistema e em propor um modelo alternativo ao rigoroso sistema de regras. Este modelo alternativo por sua vez, somente evidenciou a crise e as divergências que permaneciam ocultas pelos postulados da imparcialidade e neutralidade.

Tal como o sistema se mostra atualmente, todas as classes se mostram insatisfeitas: as elites mostram-se insatisfeitas porque (algumas vezes) os interesses populares (interesses antagônicos) acabam por lograr êxito nas disputas judiciais. Notadamente isto ocorre na Justiça do Trabalho, que é duramente criticada pela classe patronal.

Por outro lado, as classes populares reclamam por não obterem, no sistema oficial de Direito, atendimento às suas demandas. As soluções oferecidas pelo Estado, ou não atendem adequadamente aos anseios populares, ou simplesmente os negam.

Apesar destes estreitos limites, notadamente a subsunção das lutas populares a um sistema que pode conformá-las sem de fato atendê-las, instaurou-se dentro do sistema oficial, um espaço de resistência. Uma possibilidade de emancipação. Uma forma de amenizar o sofrimento humano, de distribuir justiça.

Este espaço, defende-se, deve ser explorado na defesa de todos os direitos populares e das minorias, historicamente negligenciados. Seja no âmbito judicial, administrativo ou político. A crise do juspositivismo, se não serviu para destituí-lo do *status* de sistema oficial de direitos, que ao menos sirva para inserir na pauta deste sistema, a voz do povo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 1210 p.

ASSIS, Wilson Rocha. **A normatividade dos princípios e a pós-modernidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8212> >. Acesso em: 5 abr. 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito**: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3588> >. Acesso em: 5 abr. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação Constitucional**. Aula Magna. Brasília: TV Justiça. 2010. Programa veiculado em televisão. Disponível em < <http://www.youtube.com/watch?v=sFV574ddeA4> > Acesso em: 6 jun. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol. 1. Nº 6. Setembro de 2001. Salvador. BA. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> > Acesso em: 10 jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2001. 196 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo**: teoria e prática. Porto alegre: Síntese, 1998. 201 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. Dr. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. 484p.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Hierarquização de direitos fundamentais**: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. 2004. Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos. v. 25 n. 48. p. 91-117. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/index> >. Acesso em 29 mar. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAZELLO, Ricardo Prestes. MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. **Libertação e emancipação: uma revisão conceitual para a América Latina**. 2008. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/viewArticle/2393> >. Acesso em: 10 jun. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1997. 348 p.

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001. 415 p.