

**DIREITO E ETICIDADE: O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS COMO GARANTIA NECESSÁRIA À REFLEXIVIDADE  
ÉTICA**

**Guilherme Scotti\***

**RESUMO**

O objetivo desse artigo é defender o argumento da necessária diferenciação entre direito e eticidade quanto às formas de argumentação prática, demonstrando os diferentes papéis dos respectivos discursos, com base na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia desenvolvida por Jürgen Habermas e na Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Valemo-nos aqui dessas teorias para localizar o papel do Direito, enquanto *medium* de integração social, e sua relação com os discursos ético-políticos. Pretendemos, assim, sustentar o caráter universalista dos direitos fundamentais – positivados nas constituições modernas – contra pretensões fortemente relativistas, bem como seu papel de precedência incondicionada diante de argumentações ético-políticas. Tal concepção não pretende negar, entretanto, a impregnação ética das ordens jurídicas, que guardam relação de complementaridade com as diversas ordens valorativas das formas de vida.

**PALAVRAS CHAVE**

TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E DA DEMOCRACIA; TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE; DIREITO

**ABSTRACT**

The purpose of this paper is to defend the argument of the necessary differentiation between law and ethos in respect to the various forms of practical argument, demonstrating the different roles of the respective speeches, on the basis of the Discursive Theory of Law and Democracy developed by Jürgen Habermas and the Theory of Law as Integrity of Ronald Dworkin. We make use here of these theories to

\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”. Bacharel em Direito pela UFMG. Membro do grupo de pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito” da UnB.

locate the role of Law, as a *medium* of social integration, and its relation with ethical-political speeches. We intend, thus, to support the universalistic character of basic rights - positivated in modern constitutions - against strong relativistic pretensions, as well as its role of unconditional precedence against ethical-political arguments. Such conception does not intend to deny, however, the ethical impregnation of the legal orders, which keep relations of complementarity with the diverse valorative orders of life forms.

## **KEYWORDS**

DISCURSIVE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY; THEORY OF LAW AS INTEGRITY; LAW

## INTRODUÇÃO

A discussão sobre a possibilidade de atribuição de teores universalistas a ordens normativas, especialmente no âmbito das discussões jurídicas e políticas – o que se dá, de forma conjugada, nas esferas da Teoria do Direito e do Direito Constitucional – resvala, inevitavelmente, na problemática das formas de vida específicas, dos valores compartilhados intersubjetivamente, do *ethos* de determinada comunidade e dos respectivos projetos políticos de realização de valores. A tensão entre o substrato ético de um contexto social específico e pretensões universalizantes de justiça torna-se especialmente relevante em sociedades cada vez mais complexas, onde o multiculturalismo se faz presente, exigindo das pautas políticas a discussão e elaboração de formas de convívio mútuo, não excludente, entre tantas alteridades.

O objetivo desse artigo é defender o argumento da necessária diferenciação entre direito e eticidade quanto às formas de argumentação prática, demonstrando os diferentes papéis dos respectivos discursos, com base na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia desenvolvida por Jürgen Habermas e na Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Valemo-nos aqui dessas teorias para localizar o papel do Direito, enquanto *medium* de integração social, e sua relação com os discursos ético-

políticos. Pretendemos, assim, sustentar o caráter universalista dos direitos fundamentais – positivados nas constituições modernas – contra pretensões fortemente relativistas, bem como seu papel de precedência incondicionada diante de argumentações ético-políticas. Tal concepção não pretende negar, entretanto, a impregnação ética das ordens jurídicas, que guardam relação de complementaridade com as diversas ordens valorativas das formas de vida.

No ponto I abordaremos sucintamente a distinção entre as diversas formas de argumentação no âmbito da razão prática: os discursos pragmáticos, éticos e morais, e sua relação com o Direito. No ponto II pretendemos identificar a categoria do Direito e o problema de sua legitimidade de acordo com a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. No Ponto III retomamos a teoria de G.H. Mead para identificar o papel da categoria do Direito na constituição de eticidades reflexivas. Concluimos no ponto IV com a distinção entre Direito e Eticidade e sua relação de complementaridade.

## I. DISCURSOS ÉTICOS, MORAIS E JURÍDICOS - O *BOM* E O *JUSTO*

Para se valer da categoria do direito torna-se essencial, para Habermas, retomar a distinção entre as variadas formas de discurso prático. Habermas resgata a tradição kantiana de razão prática, compreendendo a *moral* como o âmbito de atribuição de normas universais. O faz, entretanto, não mais nos termos de uma filosofia da consciência (que tomava o sujeito cognoscente como ponto de partida e referencial epistêmico) mas de uma filosofia da linguagem (que se baseia no caráter intersubjetivo de validação de todo saber). Discursos *pragmáticos*, *éticos* e *morais* são distintos usos para uma mesma forma de racionalidade: a *razão prática*. Interessa-nos aqui, principalmente, a distinção entre questões *morais* de justiça e questões *éticas* do auto-entendimento:

“Em um dos casos abordamos um problema sob o ponto de vista que se pergunta sobre qual a regulamentação mais adequada ao *interesse equânime* de todos os atingidos (sobre ‘**o que é bom em igual medida para todos**’); no outro caso, ponderamos as alternativas de ação a partir da perspectiva de indivíduos ou de coletividades que querem se assegurar de sua *identidade*, bem como saber que vida devem levar, à

luz *do que são e do que gostariam de ser* (ou seja, querem saber ‘**o que é bom para mim, ou para nós, no todo e a longo prazo**’).”

Os discursos jurídicos, por sua vez, incorporam argumentos das mais variadas ordens. Em sua obra central sobre o Direito – “*Faktizität und Geltung*”, Habermas supera o entendimento outrora defendido nas *Tanner Lectures*<sup>1</sup> de que haveria uma espécie de subordinação entre moral e direito, sendo este um mero “caso especial” da argumentação moral. Enquanto argumentação prática, a argumentação jurídica se vale, no plano da justificação<sup>2</sup> das normas – que se dá, de maneira central, nas arenas parlamentares –, tanto de discursos pragmáticos quanto éticos e morais, além das negociações reguladas por procedimentos<sup>3</sup>.

“Isso se revela no espectro amplo de razões que desempenham um papel na formação racional da opinião e da vontade do legislador político: ao lado de ponderações morais, considerações pragmáticas e dos resultados de negociações justas e honestas, também as razões éticas desempenham um papel nos aconselhamentos e justificações de decisões políticas”.

Uma vez integrados na norma jurídica, entretanto, tais argumentos morais (que dizem respeito ao que é justo), ético-políticos (referentes à auto-compreensão valorativa dos cidadãos e aos projetos de vida coletivos que pretendem empreender), bem como pragmáticos (de adequação de meios a fins) passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos *jurídicos*, com seu *código binário* de validade<sup>4</sup>.

O direito (com seu código *jurídico/não-jurídico*) é deontológico como a moral (cujo código binário implica na distinção *justo/injusto*), mas dessa se diferencia, para além de seu espectro argumentativo, por ser um *sistema de ação*, além de um *sistema de conhecimento*. Disso decorre que o direito se compromete com resultados e necessita de um aparato coercitivo que lhe empreste efetividade. O direito não pode depender apenas, como a moral, da motivação interna de cada indivíduo. Além disso, o

<sup>1</sup> Conferências proferidas por Habermas em Harvard, publicadas como apêndice ao “Direito e Democracia” (op. cit).

<sup>2</sup> Não abordaremos aqui a distinção entre discursos de *justificação* e de *aplicação*. Sobre o tema, cf.

<sup>3</sup> Contra um conceito “puramente dialógico” de processo legislativo, conferir a réplica de Habermas a Frank Michelman em

<sup>4</sup> “(...) a expressão ‘deontológico’ refere-se em primeiro lugar apenas a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. Normas são ou válidas ou inválidas, enquanto valores concorrem pela primazia em relação a outros valores e precisam ser situados *caso a caso* em uma ordem transitiva”. , p. 356.

ordenamento jurídico se refere a uma comunidade política concreta, a uma república de cidadãos. Dessa forma, seu âmbito de universalidade é reduzido em relação à moral, que se refere a toda a humanidade. Os Direitos Humanos, enquanto reduzidos à idéia de *soft law*, se situam muito mais no âmbito moral do que no jurídico. É nos Estados de Direito, enquanto Direitos Fundamentais, que podem ganhar densidade e efetividade.

## II. A CATEGORIA DO DIREITO NA TEORIA DISCURSIVA

O Direito Moderno, positivo, trouxe para si a pretensão de promover a integração social, em sociedades de pessoas entendidas como livres e iguais, todas proprietárias de, no mínimo, sua própria força de trabalho.

No capítulo V da obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Habermas coloca a seguinte pergunta: de que modo o sistema de direitos e os princípios do Estado de Direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade? Levando-se em conta que os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais são determinados em abstrato, Habermas ressalta, todavia, que os mesmos só podem ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos específicos. A interpretação e incorporação desses princípios se dão em ordens jurídicas concretas. Segundo Habermas, para além de variantes na realização de mesmos direitos ou dos mesmos princípios, essas ordens jurídicas concretas refletem também diferentes *paradigmas*<sup>5</sup>.

Para o autor, os dois paradigmas jurídicos mais bem sucedidos na história do direito moderno são, respectivamente, o paradigma do Estado Liberal e o paradigma do Estado Social (*welfare state*). Cada um deles fornece um modelo de sociedade e de reprodução do poder político a partir do qual se pode compreender a relação entre autonomia privada e autonomia pública<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> O conceito de paradigma remonta à obra da Filosofia da Ciência de Thomas Kuhn. Cf.

<sup>6</sup> Sobre os paradigmas jurídicos modernos, cf., Cap. IX (pp. 123-192).

Sobre o pano-de-fundo paradigmático do Estado Liberal, o papel do Estado e dos direitos fundamentais pode ser resumido à garantia do indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade “natural”, tida como pré-política. Verifica-se a preponderância da idéia de autonomia privada, anterior e condicionante do exercício da autonomia pública. Já na concepção do Estado Social, há uma mudança na “seta valorativa” do papel do Estado e dos direitos fundamentais (agora responsável por prestações positivas de bens e serviços aos cidadãos-clientes, de acordo com as necessidades determinadas pela burocracia estatal). Percebe-se a preponderância da idéia de autonomia pública, onde a própria esfera privada é vista como delimitada pela noção de *bem-comum*, programada a partir de uma burocracia tecnocrata. Em ambos as concepções a noção de *público* se remete unicamente ao Estado .

Para Habermas, entretanto, nenhum desses dois modelos é capaz de dar conta da complexidade da sociedade contemporânea, bem como do papel exercido pelo Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Mas como compreender o Direito como um meio *legítimo* de integração social?

Se quisermos compreender o sistema do Direito de forma procedimentalista , os papéis do Estado e dos Direitos Fundamentais se tornam mais complexos, requerendo uma análise reconstrutiva que leve em consideração diferentes pontos de vista disciplinares, onde o papel de “observador” não se desliga do de cidadão, entendido como co-autor das normas que o regem.

A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais, ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. O direito positivo, coercitivo, que se vale conhecer e impor pelo aspecto da *legalidade* precisa, para ser *legítimo*, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo status político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). A essa

relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão *interna* entre faticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito<sup>7</sup>.

Como resposta ao problema da *legitimidade*, Habermas se vale então de um terceiro paradigma jurídico (ou jurídico-político), capaz, por sua vez, de absorver criticamente os outros dois. A concepção procedimentalista do Direito importa numa específica compreensão de justiça política:

(...) na razão prática corporalizada em procedimentos e processos está inscrita a referência a uma justiça (entendida tanto em sentido moral quanto jurídico) que aponta para além do ethos concreto de determinada comunidade ou da interpretação de mundo articulada em determinada tradição ou forma de vida.

No Estado Democrático de Direito o *poder político*, para ser legítimo, deve derivar do *poder comunicativo* gerado a partir da esfera pública política. O Estado, embora ocupe o centro dessa esfera pública, com os complexos parlamentares, não mais se confunde com a mesma, em seu todo (como se concebia nos paradigmas liberal e social, especialmente nesse último). A sociedade civil, seus movimentos sociais, organizações e associações de toda ordem, os meios de comunicação de massa, partidos políticos etc., compõem um complexo mais ou menos institucionalizado de formação, reprodução e canalização da opinião pública e da vontade política que, filtrados por sua pertinência, constituem o *input* dos órgãos políticos estatais. A oposição entre Estado e Sociedade, quanto à titularidade da interpretação do sistema dos direitos mostra-se agora falsa quando, tanto em sua gênese quanto na reprodução e reconstrução hermenêutica do sentido de suas normas, o Direito “pertence” a uma *comunidade aberta de intérpretes da Constituição* (para dizermos com Peter Häberle<sup>8</sup>) ou a uma *comunidade de princípios* (com Ronald Dworkin<sup>9</sup>).

### III - A IMPORTÂNCIA DA CATEGORIA DO DIREITO PARA A CONSTITUIÇÃO DE UMA ETICIDADE REFLEXIVA – A LUTA POR RECONHECIMENTO NA PSICOLOGIA SOCIAL DE GEORGE HERBERT MEAD

<sup>7</sup> Cf. o capítulo IV

<sup>8</sup> Cf.

<sup>9</sup> Cf. Sobre a relação entre Direito e Moral na teoria de Dworkin, cf. , pp. 1-35.

Na reconstrução e atualização do projeto hegeliano interrompido de explicação da formação da comunidade ética por meio de lutas por reconhecimento, Axel Honneth identifica como grande desafio a superação das linhas de pensamento ainda presas a premissas metafísicas, seja em moldes aristotélicos ou, posteriormente, da filosofia da consciência . As descrições de Hegel sobre o desenrolar do processo de luta por reconhecimento não se atinham às condições contingentes da socialização humana, baseando-se, portanto, em certezas metafísicas acerca da marcha englobante da razão.

Honneth ressalta a necessidade de se fazer uma reconstrução da tese inicial de Hegel à luz de uma psicologia social empiricamente sustentada. Para o autor, a psicologia social de George Herbert Mead permite atualizar a teoria hegeliana da intersubjetividade em termos pós-metafísicos .

desse modo, origina-se no plano de uma **teoria da intersubjetividade** um conceito de pessoa em que a possibilidade de uma auto-relação imperturbada se revela dependente de três formas de reconhecimento (amor, direito e estima). (...) delineia-se assim uma idéia de teoria crítica da sociedade na qual os processos de mudança social devem ser explicados com referências às **pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco.**

A teoria de Mead permite a compreensão da gênese equiprimordial de indivíduo (*self*) e sociedade, o que se dá pela mediação lingüística . Mead retoma o pragmatismo de Charles Peirce e John Dewey com a idéia segundo a qual as operações cognitivas do ser humano se dão com a problematização de ações habituais. Mas as *ações instrumentais* não servem, para Mead, como modelo para a explicação do psíquico, posto que não obrigam o sujeito a dirigir sua atenção para o próprio Eu. Para tanto, Mead, ampliando o modelo darwinista da relação de si mesmo com o ambiente, chega a um tipo de ação que exige funcionalmente do indivíduo a percepção de sua própria atitude em relação ao ambiente . A teoria de Mead traz entre seus conceitos fundamentais para a compreensão do psíquico os termos “Me” e “Eu”:



Mead distingue do Me, que conserva minha atividade momentânea tão somente como algo já passado, uma vez que ele representa a imagem que o outro tem de mim, o Eu, que é a fonte não regulamentada de todas as minhas ações atuais. (...) entre o Eu e o Me, existe, na personalidade do indivíduo, uma relação comparável ao relacionamento entre parceiros de um diálogo.

Dessa forma, Mead chega a uma concepção intersubjetivista da autoconsciência humana. A perspectiva da segunda pessoa, internamente representada, é constitutiva da autoconsciência dos indivíduos. Como a preocupação de Mead também é com a auto-relação prática do ser humano, não apenas cognitiva, a categoria de Me incorpora, também, a instância moral da solução intersubjetiva de conflitos. O Me é também uma auto-imagem prática, onde se assumem as referências éticas e morais do outro.

Mead se vale, para tanto, da categoria do “outro generalizado”. A plêiade de papéis sociais que podem ser desempenhados pelo indivíduo e pelos *outros* o possibilita generalizar as expectativas para além de contextos espaciais, temporais e situacionais, e também para além da relação com o outro *concreto*. De forma análoga às etapas de desenvolvimento lúdico infantil, o processo de socialização dos indivíduos se dá com a interiorização das normas de ação, das expectativas de comportamento generalizadas. Fica patente a importância do termo “reconhecimento”, no sentido de uma relação de reconhecimento mútuo:

(...) na medida em que a criança em desenvolvimento reconhece seus parceiros de interação pela via da interiorização de suas atitudes normativas, ela própria pode saber-se reconhecida como membro de seu contexto social de cooperação.

Para Mead tem papel central no processo de reconhecimento mútuo a categoria do Direito. A internalização das normas pelo indivíduo possibilita a este compreender os direitos que lhe são atribuídos, numa atitude positiva para consigo mesmo quando reconhecido pelos membros de sua comunidade como um determinado gênero de pessoa: “Direitos são de certa maneira as pretensões individuais das quais posso estar seguro que o outro generalizado as satisfará” .

A categoria do Direito, por seu caráter universalizante, pela própria idéia de igualdade jurídica, se habilita como *medium* apto a propiciar uma base generalista mas consistente para a experiência de auto-respeito, de dignidade. O indivíduo, ao se perceber reconhecido pela comunidade como sujeito de direitos, reconhece a si próprio de maneira positiva como um ator moralmente imputável. Honneth ressalta, entretanto, que o reconhecimento jurídico se dá na relação em que todos se apresentam as mesmas capacidades gerais subjetivas. Já o reconhecimento como sujeito biograficamente individuado, em seu valor particular, naquilo que o faz diferente, não se dá pelo *medium* da categoria do Direito . Afinal, não cabe ao Direito obrigar os indivíduos a desenvolver sentimentos de estima uns em relação aos outros, a reconhecerem o valor individuado de cada um para a sociedade, mas tão somente possibilitar as bases igualitárias de respeito mútuo a partir das quais relações de reconhecimento ético podem se desenvolver.

Mead se refere a um atrito interno entre “Eu” e “Me”, onde o “Eu” é a reação do indivíduo à atitude da comunidade. Na formação da identidade moral, a interiorização da perspectiva do “outro generalizado”, por si só, não é suficiente. O “Eu”, por vezes, faz exigências que são incompatíveis com as normas intersubjetivamente reconhecidas de seu meio social . Para Mead é este conflito, no atrito interno entre “Eu” e “Me”, o motivador do desenvolvimento moral, tanto dos indivíduos como das sociedades .

No confronto entre o “Me” e o “Eu” em que as pretensões deste não encontram suporte naquele, ou seja, em que o indivíduo não encontra respaldo social para a realização de seu desejo, o “Eu” precisa idealmente antecipar uma comunidade futura, onde suas pretensões possam encontrar assentimento: “(...) a finalidade prática de maior liberdade de ação já está ligada à suposição contrafática de um reconhecimento ampliado de direitos” . Desses conflitos resultaria, para Mead, o processo de evolução moral da sociedade.

#### IV. DIREITO E ETICIDADE REFLEXIVA

As formas de vida de uma comunidade, o que se considera *bem viver*, seus valores compartilhados, enfim, seu *ethos*, constituem um componente central para a formação da identidade comum, da auto-compreensão compartilhada intersubjetivamente. A pergunta “quem somos nós” passa, primeiramente, por um *discurso ético* de definição e assentamento de valores, ou seja, do que é “bom para nós”, no todo e a longo prazo.

Entretanto, em sociedades modernas, descentralizadas, pluralistas e multiculturais, o compartilhamento de valores e a identidade de formas de vida não são suficientes para a o asseguramento da coesão social. “O que é bom para nós” torna-se, cada vez mais, uma questão no mínimo polêmica.<sup>10</sup> Se não podemos mais recorrer a um modelo de vida autêntica calcado na visão religiosa predominante - que, agora, ao invés de norma impositiva coletivamente exigível, se configura como simples *direito individual* – em qualquer discussão política há a concorrência de diversas posições, calcadas em distintas cosmovisões.

Sob uma visão da teoria do direito, o multiculturalismo suscita em primeira linha a questão sobre a *neutralidade ética* da ordem jurídica e da política. (...) Questões éticas não se deixam julgar sob o ponto de vista 'moral' que se pergunta se algo é 'igualmente bom para todos'; sobre o fundamento de valorações intensas, pode-se avaliar bem melhor o julgamento imparcial dessas questões com base na autocompreensão e no projeto de vida perspectivo de grupos em particular, ou seja, com base no que seja 'bom para nós', mas a partir da visão do todo manifestada *por esses grupos*. Gramaticalmente, o que está inscrito nas questões éticas é a referência à primeira pessoa, e com isso a remissão à identidade (de um indivíduo ou) de um grupo .

A diferenciação entre um discurso jurídico sobre normas – entendidas, com Ronald Dworkin, como uma ordem de *princípios* – e discursos éticos sobre valores preferíveis é central para a teoria discursiva do Direito.

---

<sup>10</sup> Sobre o caráter aberto da identidade constitucional, conferir

(...) a teoria dos direitos afirma de fato uma **precedência absoluta dos direitos em relação aos bens comuns**, de modo que, como mostra Dworkin, argumentos sobre a demarcação de objetivos só podem ‘bater’ reivindicações subjetivas de direitos se estas últimas puderem ser fundamentadas à luz de direitos precedentes.

Habermas identifica a teoria jurídica de Ronald Dworkin como uma tentativa de superar os desafios e as perspectivas colocadas pelas teorias *hermenêuticas*, *realistas* e *positivistas* (252). Dworkin se propõe a lidar com o direito de uma perspectiva deontológica (a pressupor a *possibilidade* e *necessidade* da fundamentação racional das decisões em termos de *correção normativa*), atribuindo ao ordenamento jurídico a dupla tarefa de garantir simultaneamente os requisitos de **segurança jurídica** (*fairness* e *due process* – respeito aos procedimentos e às regras pré-estabelecidas) e de **justiça** (correção normativa substantiva, tendo-se em vista o *conteúdo moral* dos direitos fundamentais democraticamente positivados).

Concebendo o ordenamento jurídico como composto fundamentalmente por *princípios* (que não buscam esgotar auto-referencialmente suas possibilidades de aplicação), Dworkin busca *no interior do próprio direito* as respostas para questões supostamente apontadoras de “lacunas” no ordenamento (ausência de regramento específico). O recurso à história institucional e ao pano de fundo compartilhado de sentidos também se faz necessário mas, ao contrário da *hermenêutica*, esse arcabouço não deve ser aprendido como tradição *inescapável*, já que a própria atribuição de conteúdo moral (abstrato e universal) aos direitos fundamentais positivados oferece uma perspectiva crítica (um crivo) para a consideração das tradições e da possibilidade de sua recepção para a solução de casos atuais.

Valendo-se de uma linguagem própria da tradição filosófica do *realismo moral*, Dworkin pode afirmar que tais direitos humanos (*moral rights*) “existem”, isso é, seu conteúdo pode ser considerado “verdadeiro” – o que para a teoria de Habermas só pode ser lido como expressão da “validade” e da “legitimidade” de tais direitos, já que normas situam-se primordialmente no plano da *validade*, não da *faticidade*.

Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de

pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo construtivista.

Para ambos os autores, portanto, a *razão prática* implica a possibilidade de um ponto de vista moral (universal e deontológico), indicador da prevalência normativa do *justo* sobre o *bom*, a exigir que a sociedade (por meio de suas instituições, no caso do Direito) trate a todos os seus membros como merecedores de *igual respeito e consideração*. Esse conteúdo moral *traduzido* para o código especificamente jurídico confere aos direitos fundamentais o status de incondicionalidade em face dos demais bens ou valores sociais. Da incondicionalidade dos *direitos* resulta seu funcionamento como *trunfos* em face de possíveis abusos justificados com base em *políticas* de maximização de finalidades coletivas.

Naturalmente a moral, no papel de uma *medida para o direito correto*, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral (...).

A justificação de decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral, portanto, não é *extra-jurídica* na medida em que tais conteúdos possam ser identificados como assimilados aos princípios fundamentais do próprio ordenamento.

A precedência incondicional de *argumentos de princípio* sobre *argumentos de política* é condição para a manutenção do sistema dos direitos e do próprio código jurídico deontológico:

A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que ‘é bom para nós’ e o que ‘há de melhor’ caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. **Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos (...).**

A semelhança entre os códigos do Direito e da Moral, quanto à incondicionalidade de suas normas, bem como o teor universalista dos direitos fundamentais não afasta, entretanto, a “impregnação ética” do Estado de Direito. A neutralidade ética do direito, essencial em sociedades pluralistas, não importa num desacoplamento entre as formas de vida e o sistema dos direitos:

(...) toda ordem jurídica é *também* expressão de uma forma de vida em particular, e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos fundamentais. Por certo, é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema; mas quanto mais concreto for o talhe da matéria, tanto mais *também* se expressará, na aceitabilidade de uma regulamentação jurídica correspondente, a autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida (...).

Entretanto, da mesma forma como as normas morais, de conteúdo universal, se sobrepõem a determinados valores éticos, também os direitos fundamentais, no âmbito de aplicação normativa, adquirem primazia quando confrontados com valores. Tanto decisões pragmáticas de realização de preferências quanto valores constitutivos do autoentendimento de uma comunidade devem passar pelo crivo da compatibilidade com os direitos fundamentais; nesse sentido, só podem encontrar guarida jurídica integral formas de vida reflexivas, ou seja, não-fundamentalistas. Do ponto de vista constitucional, não há que se falar em tolerância em face de tradições ou posturas que visem eliminar formas de vida discrepantes.

Os direitos fundamentais - afirmação de liberdade e igualdade - são hoje constitutivos da própria *forma do direito*<sup>11</sup> (que não é mais uma “casca vazia”, capaz de comportar qualquer ordem baseada na legalidade, como no modelo kelseniano), que guarda uma conexão interna com a Democracia. Entretanto, a forma de densificação desses direitos depende da compreensão que se adote em determinado local do espaço e do tempo e das formas de vida específicas. Mas diante da definição sempre problemática do conteúdo dos direitos que os cidadãos se atribuem reciprocamente numa comunidade, o apelo a uma perspectiva mais ampla de justificação, que remeta para além de um determinado *ethos* é constitutivo do processo de luta por

<sup>11</sup> Cf. o texto referente ao cap. 10, (Sobre a coesão interna entre estado de direito e democracia).

reconhecimento de direitos . O aspecto contra-majoritário dos direitos fundamentais reside exatamente na sua pretensão universalizante – naquilo que deve ser garantido a cada cidadão independentemente dos valores compartilhados pela eventual maioria – possibilitando assim que a tensão entre argumentos de apelo maioritário e minoritário operem continuamente, de forma que as posturas comunitárias ético-políticas não percam sua reflexividade e, portanto, seus potenciais inclusivos e emancipatórios.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS