

O DIREITO “DÚCTIL” DE GUSTAVO ZAGREBELSKY FLEXIBILIDADE EXEGÉTICA OU MISTICISMO JUDICIÁRIO?

José Eduardo de Resende Chaves Júnior*

I. INTRODUÇÃO

O que se pretende é proceder a uma resenha descritiva do livro *O Direito Dúctil* de Gustavo Zagrebelsky, professor de Direito Constitucional da Universidade de Turim, e ensaiar uma breve reflexão sobre a aludida obra.

O livro é polêmico, erudito e, sob determinado aspecto, original. Em português e castelhano - língua da qual se origina a resenha - a polêmica adquire feição específica, visto que o vocábulo italiano *mite* não pode, propriamente, ser traduzido por “dúctil”, como foi a opção da professora Marina Gascón, tradutora da obra de Zagrebelsky para o espanhol¹. Os professores Rodríguez Uribes e Ansuátegui Roig, da *Universidad Carlos III de Madrid*, ao traduzirem *mitezza*, da obra de Bobbio, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, optaram por *templanza*², na suposição de que o próprio Bobbio tenha se inspirado, de alguma forma, no termo de Zagrebelsky, porquanto, como observaram os referidos tradutores, o vocábulo *dúctil*, em língua espanhola³, é normalmente predicado a dimensões não-humanas⁴.

A reforma do Judiciário, que tramita no Congresso Nacional, enseja a oportunidade da resenha. Passemos ao livro.

II. A RESENHA

A obra é dividida em sete capítulos:

1. Características gerais do direito constitucional atual
2. Do Estado de direito ao Estado constitucional
3. A separação dos direitos em relação à lei
4. Direitos de liberdade e direitos de justiça
5. A separação da justiça em relação à lei
6. O direito por princípios
7. Os juízes e o direito

Vejamos, uma a uma, as idéias centrais que os informam.

* Juiz do Trabalho, titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, é doutorando em Direitos Fundamentais pela *Universidad Carlos III de Madrid*. Sua pesquisa na universidade pode ser resumida como uma aproximação pós-estruturalista do direito.

¹ O título original, em italiano, é: *Il Diritto mite. Lege diritti giustizia*.

² Em português: temperança.

³ Observação que, a nosso ver, pode também ser estendida à língua portuguesa.

⁴ RODRÍGUEZ URIBES & ANSUÁTEGUI, 1997, p. 43.

1. Características gerais do direito constitucional atual

Gustavo Zagrebelsky abre seu livro com uma frase de efeito: “O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim sempre pressuposto⁵.” Essa perspectiva vai marcar o tom da crítica ao positivismo jurídico que o autor desenvolve em mais de 150 páginas do livro. Parte-se do pressuposto de que a compreensão da idéia de Constituição é mais importante do que a Constituição em si mesma; como exemplo, nosso autor cita as Constituições da Inglaterra e de Israel, que não são escritas, mas apenas supostas.

Nosso autor se coloca numa posição construtivista. Para ele, da concepção de soberania estatal, entendida como primazia e unicidade da esfera política *stricto sensu*, típica do século passado, o Direito atual passa a se caracterizar pela soberania da Constituição. Ele assinala que, na feição atual, a tarefa política primordial não é a de estabelecer um projeto predeterminado, mas sim a de tornar efetivas as condições de vida em comum numa sociedade pluralista e multicultural. Segundo o constitucionalista italiano, do Estado de direito do Século XIX, com hegemonia do Estado, caminhamos para o Estado constitucional, com hegemonia da Constituição.

Porém, para essa nova ordem, é necessário que a aplicação desses princípios constitucionais se aparte de modelos rígidos. Utiliza, dessa maneira, a imagem de “ductilidade” constitucional, ou de uma concepção dogmática fluida, assentada em um pluralismo intrínseco, que exerceria o papel de único metavalor absoluto do sistema jurídico. A convivência entre os princípios, através de prudentes soluções cumulativas, combinatórias e compensatórias, seria a aspiração desse novel Estado constitucional.

2. Do Estado de direito ao Estado constitucional

Neste capítulo, nosso autor leva o pensamento do *Rechtsstat*, o Estado de direito, enquanto Estado de razão (*Staat der Vernunft*), e como evolução do *Machtstaat*, o Estado sob o regime de força, e do *Polizeistaat*, o Estado sob o regime de polícia, em direção ao Estado constitucional.

O Estado de direito assumia um significado de proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da Administração, através da primazia da lei prévia, genérica e abstrata, atributos para os quais é imprescindível a idéia sistemática de direito, acompanhada pelas notas reguladoras da unidade, coerência e plenitude do ordenamento. Essas notas funcionariam justamente como norma de clausura do sistema jurídico.

Como Estado tipicamente burguês, esse Estado de direito consagrava, além desse princípio de legalidade do positivismo teórico ou lógico⁶, também o princípio de liberdade.

⁵ ZAGREBELSKY, 1997, p. 9.

⁶ Em termos bobbianos.

O Estado constitucional, contudo, pressupõe um esvaziamento da função liberal da lei, como norma que sistematiza e ajusta o conflito entre autoridade e liberdade. É o princípio da constitucionalidade que deve assumir esse papel, além de assegurar o objetivo de unidade do ordenamento.

Essa unificação, contudo, não pode ser feita de maneira hierárquica, mecânica e silogística, sob pena de retorno ao reducionismo meramente legalista. Tal unidade, para Zagrebelsky, somente é possível em se tendo em conta a própria separação entre os distintos aspectos que compõem o direito do século XX: a separação entre direitos e lei.

3. A separação dos direitos em relação à lei

No século XIX não se tinha a noção de separação entre lei e direito, idéia que as atuais constituições consagram, a partir do momento que ficou estabelecida a separação entre lei e direitos humanos.

A concepção francesa, herdada da Revolução de 1789, foi a de identificação entre lei e direito. Em contrapartida, a tradição americana de *sovereignty of the Parliament* ou a inglesa *de rule of law* era de limitação à lei, pois, para essa concepção, os direitos eram anteriores à lei, à Constituição e ao governo. Os americanos não concebiam a lei como força originária.

Para Zagrebelsky, a atual concepção constitucional européia é uma mescla das duas concepções, a saber, a pré-estalista, subjetivista e jurisdicional dos (i) Estados Unidos e a (ii) francesa, legislativa, estatal e objetiva. Com isso, se consegue um equilíbrio importante, sem perder de vista a divisão fundamental que elas devem manter. Esse equilíbrio é, na atualidade, o que possibilita as bases para o controle de constitucionalidade das leis.

No final deste capítulo, o autor deixa claro que a idéia de separação entre lei e direito não significou uma vitória do direito natural, seja em sua vertente racionalista, seja na visão católico-cristã. Tal separação representou uma superação, não um retrocesso ao jusnaturalismo. Esse avanço não foi senão a constitucionalização dos direitos, constitucionalização que veio a configurar a confluência de duas grandes tradições: a dos direitos voltados para a (i) liberdade e a daqueles voltados para a (ii) justiça.

4. Direitos de liberdade e direitos de justiça

A dupla característica da constitucionalização dos direitos, na visão de Zagrebelsky, parte de duas grandes concepções da sociedade: o humanismo leigo e o humanismo cristão.

O humanismo leigo é a tradição liberal e moderna. Funda-se na vontade individual, antiescolástica, no individualismo subjetivista, que pressupõe uma ordem de direitos em aberto e inacabada.

Ao contrário, na tradição antiga, cristã, tomaziana, a razão universal prevalece sobre a vontade. O aspecto objetivo do dever é condicionante dos direitos subjetivos. Perfeição sobre progresso, justiça sobre liberdade. A despeito

de afirmar que o marxismo não contém uma doutrina construtiva dos direitos, entende nosso autor que todo socialismo coincide, em seus grandes anseios, com o ideal cristão.

A confluência desses dois grandes horizontes - liberdade e justiça - parece apontar para a determinação de um princípio objetivo, ainda que matizado, visando à configuração do ideal de realização de direitos efetivos à justiça.

5. A separação da justiça em relação à lei

Para nosso autor italiano, o atual constitucionalismo tem, como segundo objetivo, a fixação, mediante normas constitucionais, de princípios de justiça material, destinados a informar todo o ordenamento jurídico.

Esta tendência material do Estado constitucional significa que ele é chamado não só a impedir, mas também a promover. Estabelecendo a rousseauiana distinção entre a vontade geral e a mera soma das vontades individuais, o constitucionalismo contemporâneo forma suas bases para permitir que uma ordem objetiva de idéias de justiça seja efetivamente realizada.

Na opinião do autor, o perigo do Estado portador de uma ética totalitária não se combate eliminando a dimensão da persecução de princípios de justiça. Isso se evita, de maneira mais eficaz, com a consagração de um constitucionalismo pluralista, onde a lei expresse as possíveis combinações entre esses princípios, afastando a redução da justiça à lei.

Esta busca dos princípios de justiça é concebida por Zagrebelsky como expressão de quatro tendências jurídicas atuais:

(i) oposição à força desagregadora dos direitos individuais, que impeça o paradoxo da liberdade, ou seja, que a liberdade máxima não se transforme em máxima opressão;

(ii) recuperação pelo Estado de competências políticas na economia, para frear o princípio do mercado "omniregulador";

(iii) troca de relação entre o homem e o meio ambiente, como conseqüência da perda de capacidade da natureza de viver e de se regenerar por si mesma e

(iv) desconfiança do homem frente ao homem, o estabelecimento da dúvida sobre a vontade subjetiva como geradora de direitos, dúvida essa que não objetiva negar os direitos, senão buscar uma defesa contra seus aspectos negativos.

6. O direito por princípios

As separações em relação à lei, concebidas pelo Estado constitucional - a separação dos direitos e a separação da justiça -, importam numa distinção relevante na própria estrutura da norma jurídica, embora não seja novidade: a distinção entre as regras e os princípios.

Enquanto o direito legislativo é baseado em regras, as normas constitucionais são, preponderantemente, princípios. As regras se esgotam em si mesmas, não têm nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas estatuem. A elas, se obedece, aos princípios, se adere.

Visto como os princípios carecem de base positivada, seu significado não pode ser determinado de forma abstrata, mas apenas em casos concretos.

A idéia de que somente as estruturas normativas assentadas em pressupostos poderiam configurar, tecnicamente, a aplicação dos direitos faz com que se confunda o constitucionalismo contemporâneo com alguma forma de jusnaturalismo ou mesmo com um juízo estritamente político.

Se concebermos, segundo Zagrebelsky, os direitos a partir de uma validade prática e não somente a partir de uma validade lógica, a idéia de direito por princípios pode se explicar em tons de razoabilidade ou prudência.

A pluralidade de princípios e de valores objetivados na Constituição justifica o tratamento não-formalista ou não-hierárquico dos fenômenos jurídicos. Jogam, aqui, de maneira importante, as idéias de ponderação, proporcionalidade e de otimização. Uma relatividade ética que não significa não se ter, do mundo, uma concepção de forma objetiva, mas sim que a superveniência do mundo é condição necessária para a realização do próprio projeto ético.

7. Os juízes e o direito

As separações lei-direitos-justiça e princípios-regras encontram sua unidade na aplicação judicial do direito; dessa maneira, nosso autor consagra o caráter eminentemente funcional do direito. Encara o fato de existirem vários métodos de interpretação, não como defeito teórico, mas como um dever essencial e irrenunciável de nossa cultura jurídica.

O que aparenta configurar eventual arbítrio dos intérpretes não é senão conseqüência de uma dada concepção do fenômeno jurídico. Isso ocorre em razão da grande complexidade dos conflitos que, em nosso tempo, se impõem ao direito.

A certeza, como rigidez do ordenamento jurídico, além de não ser um objetivo realista, nem mesmo é desejável.

A razoabilidade deixa, então, de se configurar como requisito subjetivo do jurista para se objetivar no próprio ordenamento jurídico.

A função criativa do juiz, que se realiza em uma organização originariamente concebida para uma idéia burocrática do magistrado, não significa nunca que os juízes sejam os senhores do direito, mas que o legislador deva se acostumar a ver suas leis tratadas como parte do direito, e não como todo o direito.

Isso significa, ainda, que se deve guardar fortes reservas em relação às chamadas sentenças-lei - em uso, todavia, em alguns ordenamentos jurídicos, como no caso brasileiro, no âmbito dos direitos coletivos do trabalho.

Zagrebelsky termina sua obra enfatizando que os juízes são, simplesmente, os guardiões da complexidade estrutural do direito, no marco da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça.

III. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A OBRA

O professor Gustavo Zagrebelsky é um constitucionalista que tem sólido conhecimento de Filosofia do Direito; isso fica demonstrado ao longo do livro, com

referências bibliográficas sempre precisas, além de atualizadas e de alta qualidade. A despeito de sua teoria dúctil, ele não se revela vacilante, pois faz uma opção bem clara pela crítica ao positivismo jurídico.

Não há dúvidas de que a obra tem aspectos de muito interesse e originalidade, a começar pelo próprio título, pois tampouco Bobbio⁷ havia se deparado antes com o termo *mite*, na área jurídica.

Sua visão histórica dos direitos é articulada a partir da dicotomia humanismo leigo e humanismo cristão. O paradigma tem a vantagem de ser sintético e explica, satisfatoriamente, vários aspectos do desenvolvimento dos direitos constitucionais.

Contudo, o modelo proposto pelo também italiano Maurizio Fioravanti, em obra publicada posteriormente à ora examinada⁸, nos parece mais didático e operacional.

Fioravanti articula e explica, com rara felicidade, a história dos direitos humanos, a partir de três chaves, que não se verificaram em estado puro na história, mas combinadas em duplas, com a exclusão da terceira chave: a historicista, a individualista e a estatalista.

As razões pelas quais a abordagem de Fioravanti nos parece mais adequada são, primeiro, porque o (i) paradigma proposto pelo historiador de direito da Universidade de Florença não limita o desenvolvimento histórico dos direitos constitucionais a concepções religiosas, sem embargo da importância de tais concepções na configuração das constituições mais importantes da história.

Segundo, porque a dicotomia de Zagrebelsky não permite dividir, com clareza, as diferenças entre os processos inglês e norte-americano. O professor de Turim, não obstante reconhecer as diferenças entre as duas tradições constitucionais, não lhes dá a devida atenção.

A idéia de ductilidade constitucional é muito atraente. Faz-nos recordar, por exemplo, de um conceito da filosofia pós-estruturalista francesa, “rizoma”, que é um modelo imaginado por Deleuze y Guattari⁹ para a realização das multiplicidades - no plural. Segundo Deleuze, as multiplicidades seriam a própria realidade. Para esses autores a filosofia é a própria teoria das multiplicidades¹⁰.

Este paradigma, “rizoma”, funciona a partir de características aproximativas completamente heterodoxas¹¹: conexão ampla entre seus elementos, heterogeneidade, multiplicidade, ruptura a-significante, cartografia e decalcomania (*decalcomanie*)¹². É concebido como um instrumento epistemológico pós-estruturalista, para uma das possibilidades de condução da razão e do conhecimento contemporâneos.

⁷ *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y José Manuel Rodríguez Uribe, Madrid: *Temas de Hoy*, 1997, p. 52.

⁸ *Los Derechos Fundamentales - Apuntes de historia de las constituciones* (1996), pp. 25-53.

⁹ *Mille Plateaux - Capitalisme et schizophrénie 2*, Paris: *Éditions de Minuit*, 1997.

¹⁰ *Deleuze Filosofia Virtual* (1996), p. 49.

¹¹ *Mille Plateaux - Capitalisme et schizophrénie* (1997), pp. 13-24.

¹² Cartografia e decalcomania são conceitos bem próprios e específicos do pensamento deleuzeano. Se fosse possível uma síntese, poderíamos dizer que são duplos registros da Semiótica: o jogo e a dança dos signos em todas as suas esferas e dimensões.

Em termos rizomáticos, *grosso modo*, uma nova postura frente aos direitos importa em substituir a catalogação pela “cartografia”, vale dizer, os direitos *clausulus* por um mapa das situações jurídicas concretas. É abandonar a visão sistemática, estruturalista, pela imputação jurídica imediata, adjacente, colateral, conectadas por emaranhados de nós no “platô”¹³ da convivência humana. Substitui-se, em termos filosóficos, o verbo *ser* - ou, em termos jurídicos, a estrutura verbal *dever ser* - pela conjunção *e...e...e...*¹⁴.

Estas imagens não deixam de impressionar à primeira vista, como, também, muito nos impressiona a potente retórica da “ductilidade”, mas a operacionalidade de sistemas desse tipo é extremamente complexa, sem embargo de que tais concepções abrem um enorme leque de possibilidades de atuação para os operadores do direito.

Zagrebelsky, entretanto, não nos diz como manejar essa enorme complexidade “dúctil” dos direitos, porquanto se detém em uma linguagem extremamente metafórica e abstrata.

Se, por um lado, o pluralismo é um valor ético quase consensual, por outro, o problema a ser resolvido é justamente como operar as questões intrincadas que surgem na prática da convivência humana multicultural, essencialmente conflituosa.

Ponderação, proporcionalidade ou otimização são conceitos extremamente abertos. O artifício de transferir a rigidez para a lei ordinária, com o objetivo de justificar a “ductilidade” da Constituição, pode ser eficaz em termos de segurança jurídica formal, mas é contraproducente no que diz respeito à segurança jurídica material, e pode identificar-se, muito bem, com as concepções autoritárias de Estado.

A maneira pela qual nosso autor pretende derrubar o mito do legislador racional pode significar, apenas, optar pela solução simplista de substituí-la pela fé na prudência do “bom juiz”. Isso resultaria, em última análise, na simples troca de um mito por outro.

Zagrebelsky deixa expressas suas restrições em relação às chamadas *sentenças-lei* e ao poder normativo do Judiciário, mas isso é muito pouco para se impedir a arbitrariedade judicial; isso basta apenas para reservar e preservar a função do legislador ordinário, que fica, de qualquer forma, relegada a um plano extremamente subalterno e colateral.

Poderíamos dizer, ainda, que Zagrebelsky ensaia uma postura pós-estruturalista¹⁵ frente aos direitos, mas o faz apenas pela metade, pois não faz caso de uma crítica à razão moderna, que, em última análise, é a geradora de toda a concepção de direito do século XIX por ele criticada.

¹³ *plateaux*, para se utilizar *mas un conceito deleuzeano* (Deleuze & Guattari, 1980).

¹⁴ DELEUZE & GUATTARI (1997), p. 36.

¹⁵ Gillian Rose sintetiza exatamente assim a idéia de pós-estruturalismo em sua obra *Dialéctica del nihilismo - La idea de la ley en el pensamiento postestructuralista* (1990). É importante assinalar que este autor se coloca como crítico frontal da idéia do pós-estruturalismo no direito.

A própria crítica ao positivismo não deixa de ser um pouco caricaturada. Tomando-se a famosa classificação de Bobbio, pode-se afirmar que a crítica, quando muito, se dirige aos positivismos teórico e lógico, pois ela se restringe a aspectos como a vinculação direito/força, à concepção de se operar o direito como sistema, à teoria mecanicista da interpretação e ao pressuposto do “juiz neutro”.

O positivismo metodológico da neutralidade científica, do direito como tal - não como valor, com conteúdo histórico e contingente - como instrumento técnico de dominação, enfim, o positivismo que pressupõe a identificação do direito com a vontade, a esse tipo de concepção positivista do direito não nos parece que afete de maneira significativa a crítica de Zagrebelsky.

A impressão que fica, a final, a despeito de um linguajar muito sugestivo e bem articulado, é que se oferece muito pouco, em termos de aplicabilidade e efetividade, em troca do abandono dos paradigmas do positivismo metodológico.

É interessante observar como as idéias podem adquirir vários significados. A frase seminal com que abre o livro - *“Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto”*¹⁶ - nos faz crer num quase retorno à metafísica, ou a um idealismo de signo platonista. Esse idealismo platônico e toda a metafísica, contudo, caem por terra mais adiante, quando nosso autor passa a tratar dos princípios.

A primeira impressão que se tem é que o constitucionalista italiano irá confirmar a concepção idealista dos direitos, quando afirma que os princípios, ao contrário da lei, dispensam supostos de fato. Mas é justamente isso que o leva à conclusão de que eles não podem, por essa mesma razão, possuir uma formulação abstrata, devendo ser definidos exclusivamente nos casos concretos.

Tal formulação não deixa de ser uma resposta interessante ao problema, mas não há como negar que essa idéia zagrebelskiana de princípio induz uma série de problemas, pois pretende compatibilizar uma concepção idealista, que prescinde de pressupostos fáticos, com uma idéia que não pode ser definida abstratamente. É como se conceber um ente que se atualiza, procedente de sua imanente virtualidade, sem que essa virtualidade originária possa ser definida formalmente. De uma metafísica com feição jusnaturalista, somos quase que conduzidos a uma espécie de misticismo judicial.

De todo modo, na dogmática brasileira esse pensamento já se faz incipiente. Se atentarmos para o § 1º do artigo 852-I da CLT¹⁷, introduzido pela Lei n. 9.957/2000, que instituiu o rito sumaríssimo na Justiça do Trabalho, há uma importante inovação no sentido de conferir verdadeiro poder dúctil de equidade ao juiz do trabalho. É importante ressaltar que tal poder, ao contrário do que dispõe o artigo 8º da CLT, não está condicionado à verificação da existência de lacuna normativa.

¹⁶ Como consta da tradução castelhana a que tivemos acesso.

¹⁷ “Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.” (grifos nossos)

Gustavo Zagrebelsky, a final, deixa consignado, como conclusão, que, para o Estado constitucional, o juiz não é o novo senhor do direito e, mais do que isso, aduz que há uma radical incompatibilidade entre a idéia de Estado e qualquer noção apropriadora do fenômeno jurídico. Para que isso se viabilize, contudo, é necessário bem mais do que uma abstrata crença nas virtualidades emancipatórias de uma aberta exegese dos princípios jurídicos.

BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA

- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*, Madrid: Editorial Trotta, 2ª ed., 1997.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Elogio de la Templanza* - Madrid: Ediciones Tema de Hoy, 1997.
- DELEUZE y GUATTARI, Gilles e F. *Mil Platôs - Capitalismo e esquizofrenia* - trad. Aurélio Guerra e Célia Pinto Costa - Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.
- DELEUZE y GUATTARI. *Mille Plateaux - Capitalisme et schizophrénie 2*, Paris, *Éditions de Minuit*, 1997.
- DELEUZE, Gilles. *O Atual e o Virtual in ALLIEZ, E. Deleuze Filosofia Virtual* - Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales - Apuntes de historia de las constituciones - traducción de Manuel Martínez Neira* - Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- ROSE, Gillian. *Dialéctica del nihilismo - La idea de la ley en el pensamiento postestructuralista* - México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- RODRÍGUEZ URIBES, J. M. R. & ANSUÁTEGUI, J. R. - *Nota de los traductores - in BOBBIO, N. Elogio de la Templanza* - Madrid: Ediciones Tema de Hoy, 1997, pp. 41/43.