

# “EL DERECHO DUCTIL. LEY, DERECHOS Y JUSTICIA” DE GUSTAVO ZAGREBELSKY

Maurício Mesurini da Costa<sup>1</sup>

A obra resenhada, de autoria de Gustavo Zagrebelsky, professor catedrático de Direito Constitucional na Universidade de Turim, transcende o plano do direito constitucional alcançando as áreas de teoria e filosofia do Direito. O livro destina-se àqueles que buscam compreender as principais transformações ocorridas no direito constitucional, na teoria e na filosofia do Direito com o constitucionalismo do segundo pós-guerra.

Esta resenha busca apresentar um apanhado geral de uma importante obra do professor Gustavo Zagrebelsky; outrossim, cabe ressaltar que em razão da profundidade teórica do texto, a resenha terá um caráter superficial e descritivo.

A obra é composta de sete capítulos, somados ao prólogo do professor Gregorio Peces-Barba.<sup>2</sup> A exposição desta resenha não seguirá a lista exata de capítulos, mas convém mencionar que os capítulos seis e sete serão abordados com maior atenção.

O objetivo de Zagrebelsky é reunir os principais elementos que compõem a Constituição do “Estado constitucional” dos principais países europeus. Para o autor, o novo modelo de Direito que esse Estado Constitucional concebe não tem sido o ar que comumente os juristas têm respirado, portanto, o livro objetiva aclarar essa nova atmosfera do Direito (ZAGREBELSKY, 1995, p. 10).

É importante advertir que Zagrebelsky adota como referencial de análise a Europa, nomeadamente o constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra. Isso não faz da obra uma exclusividade para juristas europeus: estudiosos do Direito de outros continentes (v.g. América Latina) podem fazer bom uso da obra haja vista as profundas e disseminadas influências do modelo constitucional do velho continente.

## **1 As características gerais do direito constitucional moderno (por uma ductibilidade constitucional e uma dogmática fluida)**

Segundo Zagrebelsky o direito constitucional atual se caracteriza, inicialmente, pela revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa) ocorrida por influência das transformações geopolíticas na Europa. A noção tradicional do Direito do Estado, na sua vertente interna e externa, era a soberania da pessoa estatal; hoje, no entanto, essa noção já não se reconhece com a clareza de outrora, pois desde o final do Século XX vigorosas forças corrosivas têm atuado, sobre ela, notadamente o pluralismo político e social interno, que se opõe à idéia de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, operando no campo

político, econômico, cultural e religioso; a progressiva institucionalização de entes supraestatais e a atribuição de direitos individuais justiciáveis perante jurisdições internacionais frente a Estados.

Para o autor o traço mais relevante do direito público atual é a perda de posição central das categorias tradicionais. Tal fato redundará em uma conseqüência de notável importância, pois na falta de um ponto unificador tomado como axioma, a ciência do Direito público é forçada a propor e a desenvolver suas próprias categorias, as quais não podem, no entanto, encerrar em si um significado concreto definido *a priori*; assim, hoje em dia o significado não é mais dado, deve ser construído. Sendo dessa forma, o direito constitucional torna-se o produto de uma política constitucional.

Outro fator importante é o pluralismo das sociedades atuais que, em razão do relativismo, caracterizam as Constituições não como o centro de um projeto pré-determinado de vida comunitária, mas sim como o documento que busca realizar as condições de possibilidade da plural vida social moderna. Para Zagrebelsky, a Constituição é a plataforma de partida que representa a garantia de legitimidade para os diferentes grupos sociais: a internalização do pluralismo na Constituição é uma proposta de coexistência, um compromisso de possibilidades e não um projeto rígido de fixação de um *a priori* da política.

Zagrebelsky entende que o Direito dos Estados Constitucionais pode ser definido por uma imagem: *ductibilidade* (maleabilidade). A coexistência de valores e princípios nem sempre pacificamente harmônicos, ou melhor, cada vez mais conflituosos, faz com que a estrutura desses valores e princípios não tenha caráter absoluto justamente para tornar possível a convivência. Para Zagrebelsky o caráter absoluto reside tão somente no meta-valor do pluralismo. A ductibilidade constitucional se assenta em dois termos, *coexistência* e *compromisso*. Assim, não há que se falar em uma política amigo-inimigo, mas sim na integração "*a través de la red de valores y procedimientos comunicativos que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo*" (ZAGREBELSKY, 1995, p. 15).

Escreve Zagrebelsky que a "*condição espiritual do tempo em que vivemos*" é a aspiração aos muitos princípios que conformam a convivência coletiva. Para tanto, cada valor e cada princípio não podem ser concebidos de forma absoluta e o tradicional imperativo da não contradição deve ser mitigado. Sendo assim, a adesão unilateral a um projeto político particular fechado deve ser evitado. Zagrebelsky leciona que os grandes temas de direito constitucional só podem coexistir se forem relativizados.

Em razão desse direito constitucional principiológico, é necessária a construção de uma dogmática "fluida" ou "líquida"; o único conteúdo "sólido" que uma dogmática constitucional deve ter é a exigência de compromisso e coexistência dos múltiplos valores e princípios. Observa o autor: "La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás." (ZAGREBELSKY, 1995, p. 17)

## 2 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

Segundo Zagrebelsky o Século XVII é marcado por um Estado despótico sob um regime de polícia, o Século XVIII por um Estado Absoluto sob o regime da força e o Século XIX por um Estado de Direito sob o regime do Direito. Este último "modelo ideal" representa a superação da arbitrariedade estatal a partir da vontade geral racional.

O Estado de Direito (Estado legislador) adquire três postulados fundamentais: a moderação do poder, a separação das funções do poder, e a igualdade perante a lei; assim, o Estado de Direito é concebido como o inimigo dos excessos. O princípio da legalidade é consagrado como o ponto de sustentação do modelo, a lei passa a ser o elemento de estabilização do Direito e do Estado.

Já com o Estado constitucional tornou-se cada vez mais corrente a idéia de procurar concepções não absolutas da lei; a lei, pela primeira vez na modernidade, passou a subordinar-se a uma relação de adequação à Constituição, que passa a ser o elemento de estabilização do Direito. Portanto, a passagem do Estado de Direito oitocentista ao Estado constitucional é muito mais do que uma continuação: houve uma transformação afetando necessariamente a concepção do Direito. Nessa nova concepção há uma incessante busca de equilíbrio entre lei e direitos, entre legislador e juiz.

Após o segundo pós-guerra, o constitucionalismo europeu passou por mudanças significativas. Havia a necessidade de buscar um fundamento mais sólido do que a lei. Os Estados necessitavam refundar suas instituições constitucionais depois do fenômeno dramático dos totalitarismos. Segundo Zagrebelsky, as aberrações totalitárias não eram apenas um defeito do positivismo, mas também do jusnaturalismo objetivista. Sendo assim, a solução foi a constitucionalização dos direitos, mas mantendo uma equidistância entre as tradições estatistas do Estado de Direito e as jusnaturalistas, e ao mesmo passo conservando aspectos de ambas.

Dessa forma, essa constitucionalização de direitos encontrou um ponto crucial, qual seja a confluência de *direitos orientados à liberdade* e *direitos orientados à justiça*, duas tradições distintas sobre os direitos e nem sempre facilmente conciliáveis. Portanto, a Constituição passou a ter um caráter composto, um ordenamento de liberdade somado a um ordenamento de justiça.

### 3 Um Direito por princípios

A passagem do Estado legislativo (Estado de Direito) ao Estado constitucional, principalmente passado o segundo pós-guerra, marca também um interessante debate na teoria do direito que se assenta na diferenciação entre regras e princípios.

Segundo Zagrebelsky, tanto regras como princípios são normas, ou seja, modelos de comportamento; mas as normas legais se apresentam como regras e as normas constitucionais como princípios. Portanto, diferenciar regras de princípios é diferenciar lei e Constituição. No entanto, conforme o autor, as Constituições possuem regras e princípios.

Zagrebelsky apresenta seis pontos que diferenciam regras de princípios:

1. Apenas os princípios desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica. As regras, mesmo as constitucionais, são leis reforçadas que se esgotam em si mesmas.
2. As regras são interpretadas unicamente pela análise linguística, enquanto que os princípios devem ser pré-compreendidos em seu *ethos*.
3. O operador deve *obedecer* às regras. Já os princípios reclamam uma *adesão* do operador, por isso a necessária pré-compreensão do seu mundo de valores.
4. As regras se apresentam como critérios de ação/omissão; já os princípios são critérios para uma tomada de posição (adesão) ante situações concretas. Nesse sentido, leciona: “[...] los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndolos “reaccionar” ante algun caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.” ( ZAGREBELSKY, 1995, p. 111).
5. As regras são obedecidas e aplicadas mecânica e passivamente. Segundo Zagrebelsky, se o Direito fosse composto apenas por regras, “no sería insensato pensar en la ‘maquinización’ de su aplicación por medio de autómatas pensantes.” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 111). Já os princípios exigem uma tomada de posição incompatível com a máquina.

6. As regras são operadas via subsunção, os princípios não se adequam a esse método.

Um tradicional ponto de diferenciação entre regra e princípio, consiste no fato de que o conflito entre as regras, em razão da completude do ordenamento, é resolvido pelos critérios clássicos de resolução de antinomias (critérios hierárquico, temporal e da especialidade). Os princípios, ao contrário das regras, colidem; essa colisão é remediada através de uma ponderação, portanto, nas circunstâncias "C" o princípio "A" precede o princípio "B" e nas circunstâncias "C1" ocorre o inverso. Assim, o princípio que é "derrotado" (precedido) não é eliminado do ordenamento.<sup>3</sup>

Ora, em razão do modelo do Estado constitucional e a introdução de princípios no ordenamento, a jurisdição começará a desenvolver um papel diferente do que aquele de aplicação mecânica da lei.

Segundo Zagrebelsky, os princípios internalizados na Carta não são, desde logo, direito natural. Eles representam o maior traço de orgulho do direito positivo, pois significam a tentativa de positivizar o que desde séculos era prerrogativa do direito natural.

Para o jurista peninsular, a pluralidade dos princípios, somada à ausência de hierarquia formal, faz com que não possa existir uma ciência sobre sua articulação, mas sim uma prudência em sua ponderação. Para a coexistência dos princípios é necessário o abandono de valores absolutos – princípios absolutos se convertem facilmente em argumentos tirânicos – os princípios devem ser dúcteis, relativos.

O método do Direito deve acompanhar as alterações de seu objeto. Uma sociedade pluralista exige um Direito fundado em princípios, que por sua vez exige um método diferente do lógico-formal. Sendo assim, a ciência jurídica deve ser substituída pela prudência. Tal resgate desse tipo de raciocínio pode parecer à primeira vista como um retrocesso; no entanto, maior retrocesso seria a manutenção do método lógico-formal ante um ordenamento construído a partir de princípios: "La pluralidad de los principios y de los valores a los que las Constituciones remiten es la otra razón que hace imposible un formalismo de los principios." (ZAGREBELSKY, 1995, p. 122-124)

A principal diferença entre regras e princípios é que estes últimos possuem uma capacidade de se relativizar. Tal característica é que permite a convivência entre eles, tornando-os adequados no âmbito de uma sociedade complexa e plural. Nesse sentido: "[...] también desde el punto de vista de su carácter relativizable, los principios se distinguen de las reglas. Las reglas son aplicables a la manera del "todo o nada", del *aut-aut*. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia. No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es le continuo reequilibrio a través de transacciones de valores." (ZAGREBELSKY, 1995, p. 125)

Os impactos na tradicional teoria positivista do Direito são visíveis, haja vista que os princípios não podem ser trabalhados a partir de um modelo destinado a regras. Conforme Zagrebelsky, o ordenamento jurídico vivencia uma maleabilidade ("ductibilidade"); dessa forma o labor no Direito se transforma em uma "arte", em uma *juris prudencia*.

## 4 Os juízes e o Direito

Segundo Zagrebelsky a interpretação positivista centrava-se no texto da lei, tendo como premissa maior, a lei e premissa menor, o caso. A decisão judicial era mais uma resposta obediente ao ordenamento do que uma adequada solução ao caso. Ocorre que no Direito de nossos dias a *juris prudencia* reclama um caráter prático da interpretação onde a unidade de análise deve ser a norma e a orientação teórica deve ser a pluralidade de métodos de interpretação e de modelos normativos (regras e princípios). A partir do caso, o juiz deve estabelecer os *topoi* adequados à solução, a

interpretação que não se orienta a partir do caso gira em torno de um vazio carente de sentido (ZAGREBELSKY, 1995, pp. 131-135; 135).

O positivismo jurídico constrói a idéia (ou o mito) de que o ordenamento jurídico sempre oferece apenas uma resposta, devendo o intérprete encontrar essa única solução fazendo uso de bom método da interpretação literal, que remontaria à vontade do legislador. Ocorre que essa segurança sempre foi aparente, o positivismo jurídico nunca proporcionou segurança, mas sensação de segurança – paraísos artificiais. Nesse sentido: “Cuando existen distintos contextos de sentido e de valor, ni siquiera la letra es una garantía de certeza. [...] El propio legislador incurre normalmente en este equívoco y, en el intento de haber claro su pensamiento y su voluntad, abunda en palabras que deberían esclarecer el sentido de otras palabras, multiplicando así, en vez de reducir, las posibilidades interpretativas de su producto. De este modo, la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones.” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 146)

Não há um método adequado de interpretação que leve necessariamente a uma única solução jurídica. Existe uma pluralidade de métodos interpretativos sem que haja uma hierarquia, portanto, várias soluções são possíveis e admissíveis. Se é possível falar que o positivismo jurídico proporcionou segurança, não é em razão de que ele professava uma melhor doutrina interpretativa, mas que o contexto cultural e político em que foi concebido caracterizava-se por uma homogeneidade e uma maior estabilidade. Dessa forma, um modelo voltado a regras compatibilizava-se com as demandas sociais da época.

Nos sistemas jurídicos atuais, construídos a partir de princípios em razão da complexidade e pluralidade social, a carência de certeza do Direito não é uma anomalia, mas uma conseqüência inafastável. Hoje, a aplicação dos princípios não é um atentado subversivo contra o ordenamento, pois os princípios foram convertidos em Direito positivo; esses princípios constitucionalizados possuem conteúdos variáveis cumprindo uma função essencialmente dinâmica.

Zagrebelky questiona até que ponto a certeza hoje em dia pode ser um objetivo realista ou desejável. Segundo o autor, a certeza depositaria no legislador uma insuportável tarefa de incessante modificação legislativa. Muitos questionamentos (v.g. questão genética) podem encontrar no Judiciário, pelo menos inicialmente, uma resposta mais adequada através do confronto prudente entre os princípios, enquanto que no Legislativo os princípios freqüentemente são utilizados como instrumentos partidários. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 147)

No modelo do positivismo jurídico o Direito tinha bem delimitado o seu senhor (legislador), portanto a idéia de certeza e segurança era facilmente sustentável pelo dever de aplicação literal da lei, pois assim a vontade do senhor estava sendo acatada e a “única” solução jurídica encontrada. Ocorre que nos atuais Estados Constitucionais o Direito não tem mais senhores, os juízes não são mais a inanimada “boca da lei”, tampouco os senhores do Direito; conforme Zagrebelsky, eles são os garantidores da complexidade estrutural do Direito, os garantidores da necessária e útil coexistência entre lei, direitos e justiça. (1995, p. 153). Portanto, a carência de certeza do Direito retrata a incerteza de uma sociedade que procura dar unidade à sua complexidade.

O termo “*ductil*” está para a Teoria do Direito como o termo “*pluralismo*” está para a Teoria da Justiça e da Democracia e para a filosofia constitucional contemporânea.<sup>4</sup> É através dele que melhor compreendemos o transporte da pluralidade e da complexidade social para o interior do Direito. A ancestral rigidez no Direito não pertence à nossa realidade histórica; a falsa idéia de paraíso que nos persegue é proporcionada por um Direito certo, seguro, rígido. No entanto, manter essa alegoria nada mais é que virar as costas a uma sociedade extremamente complexa, plural e no caso tupiniquim, injusta.

A obra do professor Zagrebelsky traz à baila inúmeros pontos de debate. Vejamos alguns: um Direito composto por princípios, uma dogmática fluida e a *juris prudência* fazem com que as preocupações a respeito do subjetivismo judicial se agucem – o Poder Judiciário se transformaria no espaço da “micro-exceção”?<sup>5</sup> Muito se discute sobre o papel do Juiz nesse modelo do Estado constitucional: até que ponto é possível controlar o subjetivismo judicial? Na busca de controle surgem as modernas teorias da argumentação procurando formular modelos teóricos para justificar racionalmente as decisões judiciais.<sup>6</sup>

Outro ponto de reflexão centra-se no debate acerca dos desdobramentos de um Direito principiológico. Como visto, os princípios são marcados por sua relatividade, sua flexibilidade ou ductilidade; sendo assim, até que ponto esse direito dúctil não proporciona o ambiente anômico que o "mercado" tanto estima? A "macro-exceção" do "mercado" arrepia-se ante o mínimo vestígio de regulação; o espaço anômico é o oásis desse demiurgo pós-moderno. Sendo assim, torna-se premente uma séria reflexão sobre o potencial efeito contraditório e destrutivo que os princípios podem acarretar, pois aquilo que foi concebido para ser uma ferramenta jurídica voltada à pluralidade social, pode se converter em um perigoso artifício a contribuir com o "Leviatã-mercado". Esse Direito sem senhores serve a qual(is) senhor(es)?

## Referência

ZAGREBELSKY, G. **El derecho ductil**. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

## Notas

- 1 Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista da Capes. **E-MAIL:** mesurini@yahoo.com.br
- 2 Los caracteres generales del derecho constitucional actual. Del Estado de derecho al Estado constitucional. La separación de los derechos respecto de la ley. Derechos de libertad y derechos de justicia. La separación de la justicia respecto de la ley. El derecho por principios. Los jueces y el derecho.
- 3 Nesse sentido, Ver ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. E, Garzón. Madrid: C.E.C, 1993.
- 4 Sobre esse tema ver CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- 5 Nesse sentido ver AGAMBEM, Giorgio. **Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- 6 Nesse sentido ver ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica**. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003.