

# LIBERDADE E IGUALDADE COMO PRINCÍPIOS EM TENSÃO: Kelsen, Dworkin e a Indeterminação Estrutural do Direito

Paulo Henrique Blair de Oliveira\*

“Absolute clarity is the privilege of fools and fanatics.”  
(Clareza absoluta é um privilégio dos tolos e fanáticos).

Ronald Dworkin

## INTRODUÇÃO

Este breve texto tem como objetivo uma análise, ainda que sucinta, de algumas das questões que emergem no Direito a partir da constatação de sua indeterminação estrutural – questões que vinculam epistemologia à Teoria da Constituição na perspectiva de sua efetiva possibilidade de abrigar a realização de liberdade e igualdade.

Se o tema em si já não despertasse profundo interesse, a sua relevância fora recentemente acentuada, de maneira drástica, pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45<sup>1</sup>, a qual atribuiu efeitos vinculativos às súmulas e jurisprudências oriundas do Supremo Tribunal Federal, fazendo pressupor que este instrumento seria capaz de atribuir segurança e previsibilidade às decisões judiciais. A ideia implícita a esta pretensão é a de que, enunciando-se um entendimento, o conteúdo deste enunciado será determinável de antemão, isto é, não assumirá variações semânticas se inserido em um mesmo contexto.

A investigação desta premissa revela que ela traz em si a ideia de que há possibilidade de determinar-se plena e previamente o sentido de um texto

---

\* *Juiz do Trabalho; Mestre e Doutorando em Direito, Estado e Constituição.*

1 Brasil, 2005. p. 73.

normativo. Sim, porque, de outro modo, não se poderia justificar a sua imponibilidade a todos os demais órgãos do Poder Judiciário<sup>2</sup>.

Contudo, um breve olhar para estas súmulas descortina dúvidas fortes quanto a esta possibilidade. Como exemplo pontual, tomemos, ainda que no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o debate em torno de uma das construções jurisprudenciais mais antigas daquela Corte: a chamada hora *in itinere*. Trata-se do entendimento, simples em sua formulação, de que o tempo gasto no deslocamento para o trabalho (e voltando do trabalho) deve ser considerado tempo de serviço se o local de sua prestação não é servido por transporte público regular, sendo necessário ao empregador providenciar o transporte de seus trabalhadores. A sua descrição inicial fora feita no enunciado sumular de nº 90, daquela Corte, cujo atual teor é:

“Tempo de serviço. O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho.”<sup>3</sup>

Porém, a enunciação deste entendimento não se revela capaz de abranger toda a gama de sentidos que se lhe poderia emprestar. Digamos que exista transporte público entre a residência do trabalhador e o local de trabalho, porém, em horários incompatíveis com os horários de serviço. Nesta hipótese ainda prevaleceria o entendimento acima? E o que dizer se este transporte, ainda que existente, for insuficiente para atender a toda a demandada de passageiros que necessitam se deslocar até o labor em tempo hábil ao cumprimento deste horário? E se apenas parte do trecho abrangido pelo transporte fornecido pelo empregador não for servido por transporte público? E se o transporte fornecido pelo empregador não for gratuito?

Estas dúvidas foram mencionadas somente porque delas já emergiram quatro outros verbetes jurisprudenciais destinados a aclarar o sentido do que se achavam no antigo Enunciado nº 90 daquela Corte<sup>4</sup>. Aliás, uma simples consulta ao índice remissivo do livro de enunciados e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho revela a existência de nada menos que

2 Esta premissa pode ser posta em xeque ante a diferenciação feita por Günther quanto aos discursos de aplicação e de justificação no Direito (2004, p. 81-100). Todavia, ante os limites do presente texto, não exploraremos, por ora, tal possibilidade.

3 Brasil, 2005b.

4 São eles os antigos enunciados ns. 320, 324 e 325, do TST, e ainda a orientação jurisprudencial n. 50, da SDI I, também do TST (BRASIL, 2004).

44 orientações jurisprudenciais cujo propósito é aclarar o sentido de outros enunciados sumulares anteriores<sup>5</sup>.

Assim, retorna a pergunta: qual o grau de certeza pode ser pressuposta no uso da linguagem? Neste ponto é que, partindo da análise dos pressupostos epistemológicos característicos do positivismo jurídico, pretendo discorrer sobre como eles levaram à aceitação axiomática de que este nível de determinação semântica é tanto possível quanto desejável, para então confrontá-los com algumas observações da Filosofia da Ciência contemporânea e da Filosofia da Linguagem, assim como de outros marcos da Teoria do Direito.

## 1 – A TRAJETÓRIA A PARTIR DE KELSEN: O DIREITO COMO ESPELHO DE UMA EPISTEMOLOGIA DAS CERTEZAS

O esforço kelseniano em atribuir ao Direito um modelo epistemológico próprio, que confirmasse seu *status* científico, é uma das marcas mais visíveis de sua teoria pura. Não é por outra razão que Kelsen<sup>6</sup>, após propor critérios de distinção entre Direito e natureza e entre Direito e moral, chega ao cerne de sua estratégia metodológica: atribuir e definir um objeto à ciência jurídica. Este objeto são as normas jurídicas, as quais, por força da “pureza” epistemológica de seu modelo somente poderiam ser observadas sempre em uma perspectiva externa – isto é, somente pelo olhar descritivo, e nunca crítico. Esta verdadeira assepsia da crítica é procedida mediante a estratégia engenhosa de fazer distinção entre proposições jurídicas e normas jurídicas. As primeiras seriam juízos hipotéticos que vinculariam a ocorrência de circunstâncias específicas ao dever de se seguirem consequências preestabelecidas, e as segundas seriam os comandos imperativos presentes no ordenamento jurídico. Logo, se as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica, segue-se que é necessário distinguir conhecimento jurídico de operação do Direito, já que o primeiro apenas descreve externamente o Direito<sup>7</sup>. Ou, dito de outra forma: a ciência do Direito é colocada em oposição conceitual ao Direito.

A pretensão kelseniana não é modesta: a “purificação” do objeto do Direito teria como resultado concreto a transformação do material dado à observação da ciência jurídica (a norma) “(...) num sistema unitário isento de contradições, isto é, numa ordem jurídica”<sup>8</sup>.

---

5 Brasil, 2004.

6 Kelsen, 2000. p.79.

7 Idem, ibidem, 2000, p. 81.

8 Idem, ibidem, 2000, p. 82.

Assim, a abordagem descritiva proposta por Kelsen cumpre uma dupla – e tautológica – função: ao tempo em que permitem a incidência, sobre elas, de postulados próprios da lógica formal, definem o ordenamento jurídico como um monólito sobre o qual as contradições virtualmente inexistem.

Não que Kelsen tenha pura e simplesmente feito a imediata transposição de um modelo epistemológico das ciências da natureza para a ciência jurídica. Seu esforço, vale recordar, é sempre no sentido de garantir à ciência jurídica autonomia epistemológica. Porém, esta autonomia não chega a romper de todo com tal modelo, dada a necessidade implícita de que, ao final, fosse reconhecido o *status* científico desta disciplina. Portanto, e ciente de que as relações de causalidade – próprias das ciências naturais – não poderiam ser pura e simplesmente verificadas na ciência do Direito, Kelsen argumenta que, nesta última, a imputabilidade cumpre igual função, permitindo, contudo, que a variabilidade decorrente dos atos de vontade envolvidos no fenômeno jurídico não terminasse por negar validade epistemológica à ciência jurídica<sup>9</sup>. A proposta é que, em substituição à relação expressa na sentença “dado A, segue-se B” (causalidade), a ciência jurídica abriga a sentença “dado A, deve ser B” – ainda que, por hipótese, em determinado caso, ante a ocorrência de “A”, não ocorra “B”. A ciência do Direito somente poderia, dadas as restrições contidas na pré-compreensão de Kelsen sobre o que seja ciência, limitar-se à descrição deste “dever ser”, sem jamais se debruçar sobre o “ser”<sup>10</sup>.

Tamanho esforço pela objetividade não poderia ter outro resultado, em suas conclusões, que não a redução da própria sociedade, sob o prisma da ciência jurídica, à ordem normativa – esta, como já dito, admitida como um autêntico monólito que é o amálgama necessário de toda a diversidade encontrada naquele grupo social<sup>11</sup>.

A imputabilidade que já fora descrita neste texto – manejada como substituto da causalidade – é também submetida às consequências desta redução, precisamente para que não se admita a sua transmissão, em um infinito encadear de causalidades. Atribui-se a ela um ponto final<sup>12</sup> – cujos critérios de fixação,

---

9 Kelsen, 2000. p. 86-87.

10 “Em especial, a ciência jurídica não pode afirmar que, de conformidade com uma determinada ciência jurídica, desde que se verifique um ilícito, se verifica efetivamente uma consequência do ilícito. Com uma tal afirmação, colocar-se-ia em contradição com a realidade, na qual muito frequentemente se comete um ilícito sem que intervenha a consequência do ilícito estatuída pela ordem jurídica. Por outro lado, esta realidade não é o objeto a descrever pela ciência jurídica.” (KELSEN, 2000, p. 88).

11 Idem, *ibidem*, p. 97.

12 Idem, *ibidem*, p. 101.

é claro, não podem ser criticamente examinados, mas apenas descritivamente abordados – o que expressa, em outro sentido, a confissão indireta de que Kelsen assume uma perspectiva referencial do uso da linguagem. Mas não adentremos, por ora, esta seara.

Este ponto final de imputabilidade opera, em outro sentido, no modelo kelseniano, a um só tempo como definidor e gerador da esfera das liberdades individuais, de tal sorte que “O homem é livre porque esta sua conduta é um ponto terminal de imputação, embora seja causalmente determinada”<sup>13</sup>. Logo, até mesmo a possibilidade fundamental de liberdade está em Kelsen hipotecada, por assim dizer, ante o débito de observância a um ordenamento que a ciência do Direito pode apenas descrever. Mas – e este é parte das preocupações centrais do presente artigo – esta possibilidade descritiva, ao pretender encerrar tudo que é dado à ciência jurídica, necessariamente incorpora a pretensão de que a descrição feita seja suficientemente unívoca, segura, ou, em uma palavra, objetiva.

A fim de atingir esta objetividade, Kelsen toma como ponto de partida um critério crítico interno ao próprio Direito: a ideia de uma norma não pode como fundamento de validade um elemento externo ao Direito, mas apenas uma outra norma<sup>14</sup>. Assim, e em uma operação de regressão silogística, uma norma haveria de ter seu fundamento de validade inferido de outra que lhe é “hierarquicamente” superior, e assim sucessivamente. Esta operação, contudo, há de sofrer um fechamento – e, para tanto, é necessário a ele cogitar hipoteticamente de uma norma fundamental. Para proceder tal fechamento, esta norma não pode ser ela mesma positivada, mas sim apenas pressuposta, para que a sua validade não possa ser novamente reinserida em uma análise crítica. Pode-se inferir, diante destas características, que uma tal norma fundamental expressa, do ponto de vista interno do Direito, um postulado absoluto, universal e imutável. Não é por outra razão que, ao exemplificá-la no âmbito da moral, Kelsen<sup>15</sup> recorra a uma descrição bastante próxima dos “(...) princípios práticos que residem *a priori* em nossa razão (...)” sustentados pela fundamentação metafísica kantiana dos costumes<sup>16</sup>.

A relação do modelo kelseniano com as categorias apriorísticas kantianas foi necessária como estratégia epistemológica, a fim de emprestar à ciência do

13 Idem, *ibidem*, p. 110.

14 Kelsen, 2000. p. 216.

15 Idem, *ibidem*, p. 217-218.

16 Kant, 2004. p. 16.

Direito de um objeto que, em última análise, não fosse ele próprio criticável em sua validade. Tratava-se, em suma, de um esforço de “estabilizar” o que fora construído da razão, a despeito de sua variabilidade, estabilidade esta que integrava visivelmente o paradigma que conformava o conceito de ciência para Kelsen. Por isto é que a norma fundamental atuaria, segundo expressa admissão de Kelsen, como um pressuposto lógico-transcendental (de feição kantiana) à aferição de validade das normas no Direito<sup>17</sup>.

A clara e imediata consequência desta estratégia é, portanto, situar a validade em um plano estritamente formal, na esperança de ser ele acrítico<sup>18</sup>. A interpretação “cientificamente observável”, portanto, não seria mais que uma simples operação extraída da lógica clássica aristotélica. Ela não se ocupará dos sentidos atribuídos e – ou, melhor dizendo, abandona expressamente a inquirição sobre eles<sup>19</sup> – o que, consoante veremos mais adiante, torna o modelo kelseniano frágil ante a natureza contingente da linguagem, e pouco útil no enfrentamento da aparente insegurança decorrente desta contingência. Este é o momento em que a interpretação é postada por Kelsen, em seu aspecto ontológico, como um problema metajurídico, na expressão precisa de Carvalho Netto<sup>20</sup>. No modelo kelseniano, o que se situa no interior da moldura de sentidos possíveis de uma norma jurídica pelo órgão aplicador do Direito (isto é, a escolha dos muitos significados cabíveis desta norma) não balizável pela ciência jurídica, mas por campos outros (todos axiológicos) os quais a ciência do Direito pode apenas definir negativamente com a seguinte expressão: não resultam do Direito positivo<sup>21</sup>.

---

17 “Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental dessa interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos, nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.” (KELSEN, 2000. p. 225).

18 Idem, *ibidem*, p. 219-220.

19 Idem, *ibidem*, p. 231.

20 Carvalho Netto, 2004. p. 1.

21 Kelsen, 2000. p. 393.

O estabelecimento desta “moldura” limitadora das possibilidades de decidir seria, na afirmação final de Kelsen em sua Teoria Pura, capaz de demonstrar ao legislador que este ainda está distante de um rigor técnico-jurídico no uso da linguagem “(...) de maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica”<sup>22</sup>.

A pretensão kelseniana, portanto, tem como sustento um modelo de segurança científica calcada na possibilidade crescente de precisar o objeto investigado (o que, é claro, pressupõe a existência de uma relação sujeito/objeto constante, em um ambiente no qual tempo e espaço são também universalmente determináveis) e fundado ainda na certeza de que o instrumento utilizado na observação – a linguagem, no caso – possa abrigar o rigor necessário a uma investigação deste porte.

Na seção seguinte deste trabalho, examinaremos se estes pressupostos são sustentáveis quando consideradas as notações de Wittgenstein sobre os limites da linguagem.

## 2 – AS BASES FUGIDIAS: ESPAÇO, TEMPO E LINGUAGEM SÃO O QUE APARENTAM?

Kant se ocupará do esforço monumental de estabelecer qual a validade que pode ser reclamada pelo conhecimento que se pretende objetivo<sup>23</sup>. A sua observação é que os conceitos apreendidos empiricamente – aferidos pelos sentidos – são distintos de conceitos que não podem, no seu ver, ser objeto da mesma aferição empírica, e são, portanto, conceitos puros<sup>24</sup>. Vale dizer, a construção kantiana infere do mundo natural a existência de uma racionalidade que deflui de juízos *a priori* que não poderiam ter sido percebidos pela própria razão: o tempo e o espaço. Da invariabilidade deles é que a razão determinará o seu campo de observação do mundo natural, e assim o conformará, descritivamente, segundo o rigor que, em essência, não difere do modelo newtoniano do mundo físico<sup>25</sup>. Sem esta invariabilidade, não seria possível a

---

22 Idem, *ibidem*, p. 396-397.

23 Dias, 2000. p. 15.

24 Idem, *ibidem*, p. 16-17.

25 Nascimento Júnior, 2001. p. 270. A mesma observação é feita por Omnès (1996, p. 55), que, ao fazer menção à importância da dinâmica newtoniana, comenta que “... Poucos trechos de um trabalho de física foram tão abundantemente citados e comentados, com justa razão. Tudo está ali: uma afirmação de absoluto, por assim dizer metafísica, que, mais tarde, Kant transformará num dos juízos categóricos *a priori* da razão...”.

operação dedutiva transcendental kantiana e, “(...) Sem que seja possível provar que o conteúdo de nossas intuições deve poder ser determinado através de conceitos, torna-se vã a nossa pretensão a um conhecimento objetivo”<sup>26</sup>. A categoria dos conceitos puros de espaço e tempo é a síntese do critério crítico de conhecimento proposto por Kant: o conhecimento objetivo, obtido empiricamente, pode ser validado porque não está tautologicamente construído (isto é, fundado na experiência em si), mas porque é possível reconstruir a condição prévia de toda a experiência: a existência de um espaço constante e de um tempo linear e universal – sem o que não seria possível ordenar cronologicamente a sequência de experiências e delas extrair-se a cognição<sup>27</sup>.

Por este motivo é que a desconstrução da física newtoniana, a partir de uma geometria não-euclidiana aplicada na Teoria da Relatividade Geral e na Teoria da Relatividade Especial, poria por terra a construção kantiana, ao demonstrar que espaço e tempo não são dados apriorísticos, mas sim dependentes quando consideradas as condições recíprocas de dois observadores (agentes) envolvidos no processo cognitivo<sup>28</sup>. Mais que isto: o próprio estabelecimento de uma lógica puramente formal em Frege, Russel e Wittgenstein já era suficientemente demonstrativo da tautologia kantiana: um critério crítico de conhecimento cuja razão fundamente não pode ser, ela própria, objeto último desta mesma crítica<sup>29</sup>.

A significativa revisão dos postulados de certeza de um modelo newtoniano requeria nada menos que rever também o papel de nossa percepção e de sua relação com a realidade. A descrição linguística de um senso comum não poderia responder a esta mudança, na qual a aparência dos fatos não é o ponto de partida da observação. Ela fora substituída por princípios que são apenas resumos de um campo de probabilidades – e, paradoxalmente, mais seguros que a pretensa descrição de uma verdade percebida “pelos sentidos”<sup>30</sup>.

E por que esta mudança? Bem, um modelo platônico de entender a linguagem como representação imperfeita de ideias “puras” traz em si a suposição de que, obtido o rigor suficiente, será sim possível uma descrição mais e mais aproximada da ideal (e perfeita) essência da ideia a ser descrita<sup>31</sup>.

26 Dias, 2000. p. 19.

27 Idem, *ibidem*, p. 21 e 27.

28 Nascimento Júnior, 2001. p. 276.

29 Idem, *ibidem*, p. 277. De toda forma, estas observações, quanto a Wittgenstein, ainda são relativas ao período anterior às transformações em sua compreensão ocorrida com o advento das Investigações Filosóficas, cujo impacto, no objeto deste artigo, será visto pouco mais à frente.

30 Omnès, 1996. p. 19-20.

31 Idem, *ibidem*, p. 32.



A universalidade desta ideia em estado puro e possibilidade de ela ser conhecida, são parte dos vínculos mais fundamentais entre ciência e linguagem e, portanto, são o cerne do debate de uma teoria do conhecimento<sup>32</sup>.

Na medida em que a investigação física depara-se com conclusões incompatíveis com um uso de senso comum linguístico, ela abraça um outro *médium* descritivo, puramente formal<sup>33</sup>. Isto para que a contingência resultante de cada observação procedida possa ser acolhida no modelo descritivo, sem que ele entre em “crise” pela perda de sua “segurança”. Sob o enfoque da filosofia da ciência, a adoção de uma linguagem física formal apenas respondia à demonstração feita por Wittgenstein de que o uso e cada forma de uso em si, são constitutivos da linguagem e dos sentidos assumidos por ela<sup>34</sup>. Assim, o recurso a uma linguagem (a matemática formal, no caso da física) que assume esta contingência viabiliza adentrar o espaço investigativo que extrapola a percepção fundada na mera experiência<sup>35</sup>, o que, de outra parte, abre a possibilidade de que o espaço e o tempo kantianos (e também newtonianos) sejam revistos.

Esta revisão é expressa na relatividade especial apresentada por Einstein, em um impacto definido desta forma por Omnès:

“Em Kant, e pela convicção de seus discípulos, é claro que a sua concepção do espaço exclui qualquer eventualidade de um espaço irrepresentável, por exemplo, não euclidiano... Um espaço-tempo como o de Einstein, cujas propriedades de curvatura são determinadas pela matéria que ele contém, ou seja, pelos ‘objetos’, contrapõe-se ainda mais aos postulados de Kant.

(...)

Há, pois, pelo menos divergência entre o quadro imposto por Kant e o que a física moderna nos oferece. Um kantiano de estrita obediência não deixaria de dizer que uma parte essencial da *crítica da razão pura* permanece ainda válida, ou seja, que a nossa intuição, a nossa representação mental, só pode conceber um tempo e um espaço bem distintos, possuindo o primeiro as propriedades essenciais que Euclides supunha. Contudo, apareceram dois danos novos: os juízos *a priori* que

---

32 Idem, *ibidem*, p. 42.

33 Idem, *ibidem*, p. 69.

34 Idem, *ibidem*, p. 90.

35 Omnès, 1996. p. 98.

podem, se formulados por dois observadores em movimento um relativamente ao outro, não estar de acordo; as ‘verdades gerais’ que podemos deduzir deles só dizem respeito, portanto, à representação intuitiva do mundo que o cérebro humano forma com toda clareza. Essas verdades nada têm a ver com uma lei intrínseca à realidade: se o homem fosse substituído por um robô pensante, suas verdades *a priori* só diriam respeito ao que a disposição de seus circuitos impõe.”<sup>36</sup>

Qual fora a proposta de Einstein com tamanho impacto? Nada menos que a afirmação de que espaço e tempo não são absolutos, e menos ainda universais. Variam, em sua observação, consoante a *relação* estabelecida entre os dois agentes envolvidos no processo cognitivo. Não apenas isto, mas, espaço e tempo em verdade comportam-se fisicamente como uma entidade combinada (o espaço-tempo) que não é descritível em termos de senso comum, e nem é intuitivamente cognoscível<sup>37</sup>.

Não mais é possível que a derivação física de princípios – significativamente também chamada de interpretação – abrigue a pretensão de fixar certezas. Antes, toda a segurança que pode almejar é a indicação de possibilidades e da adequação de cada uma delas ao recorte de investigação<sup>38</sup>. E, por esta imprecisão, por esta significação sempre vinculada à relação dos agentes no processo cognitivo, cai também por terra a distinção entre sujeito e objeto: observar passa a ser compreendido como parte de uma interação. Não é mais possível descrever senão da perspectiva de que também participa da criação, modificação ou ressignificação do que é observado.

Assim, as primeiras e graves fraturas podem ser vistas no modelo kelseniano: como pretender que haja um objeto jurídico cuja apreensão pura e racional permita descrever em bases precisas? Como ignorar que os sentidos deste objeto são criados e modificados já a partir do ato de sua observação? Em suma: como pretender uma análise (para não se dizer toda uma ciência) pura do Direito sem a possibilidade de uma norma fundamental que seja de fato universal e aprioristicamente pressuposta?

Os abalos no modelo kelseniano, porém, sofrem ainda o acréscimo de toda a desconstrução feita por Wittgenstein quanto às pretensões de validade referencial-universal da linguagem.

---

36 Idem, *ibidem*, p. 99-100.

37 Idem, *ibidem*, p. 152.

38 Idem, *ibidem*, p. 177-178.

De fato, Wittgenstein mostrava-se, no prefácio de seu “Tractatus”, convencido de que o tratamento dado à linguagem ali tinha suficiente solidez – ideia que, contudo, é negada frontalmente já no prefácio de suas “Investigações Filosóficas”<sup>39</sup>. Qual fora o eixo dessa reviravolta? Apenas a mudança da indagação feita por ele, que não mais se ocupa de um sentido essencial à linguagem, mas sim de quais são os seus vários *usos*, de sorte que o reconhecimento destes vários usos leva à necessária conclusão de que inexistente uma linguagem, mas sim há *linguagens* nas quais os atores as operam segundo formas distintas e pragmaticamente observáveis, em diversos jogos de linguagem que, por sua vez, são constitutivos das várias formas de vida<sup>40</sup>. O argumento inicial de suas investigações parte de como a referencialidade na linguagem é, empiricamente, insuficiente como forma de descrever a atuação dos que se comunicam. Fazendo menção às “Confissões” de Agostinho, Wittgenstein diz que a descrição agostiniana:

“(…) É esta: as palavras individuais da linguagem nomeiam objetos – sentenças são a combinação de tais nomes. Nesta descrição da linguagem encontramos as raízes da seguinte ideia: toda palavra tem um significado. Este significado é correlato à palavra. Ele é o objeto que corresponde à palavra.

Agostinho não fala da existência de qualquer diferença entre tipos de palavras. Se você descreve o aprendizado da linguagem desta forma, você está, eu creio, pensando primeiramente em nomes como ‘mesa’, ‘cadeira’, ‘pão’, e nos nomes de pessoas, e apenas em segundo lugar nos nomes de certas ações e propriedades, e dos tipos restantes de palavras como algo que dará conta de si mesmo.

Pense agora no seguinte uso da linguagem: eu envio alguém às compras. Eu o dou um pedaço de papel no qual está anotado ‘cinco maçãs vermelhas’. Ele leva este papel ao comerciante, o qual abre uma gaveta na qual está marcado ‘maçãs’, então ele procura a palavra ‘vermelha’ em uma tabela e encontra na frente dela uma amostra desta cor; então ele enuncia uma série de números cardinais – eu presumo que ele os saiba de cor – até a palavra ‘cinco’ e para cada número ele pega da gaveta uma maçã com a mesma cor da amostra. – É desta forma, e de formas semelhantes, que alguém opera com as palavras. – ‘Mas como ele sabe onde e como ele deve procurar pela palavra ‘vermelho’ e o que

---

39 Condé, 1998, p. 85-86.

40 Idem, *ibidem*, p. 86-87.

deve ser feito com a palavra ‘cinco’? – Bem, eu presumo que ele *age* como eu descrevi. Explicações chegam a um fim em algum ponto. – Mas qual é o sentido da palavra ‘cinco’? – Isto não está em questão aqui, mas apenas como a palavra ‘cinco’ é usada.”<sup>41</sup>

Este é um exemplo crítico do argumento de Wittgenstein: as palavras não carregam um significado ontológico, mas têm seus significados construídos em formas concretas de uso, proposta expressamente apresentada no aforisma 43 das “Investigações Filosóficas”<sup>42</sup>. Disto decorre que a própria fluidez dos vários jogos de linguagem revela a existência de um plano gramatical mais profundo e que não assume pretensões corretivas da linguagem. Não é possível submeter a linguagem a conceitos superiores que lhe sirvam de parâmetro para correção de validade do que é dito, porquanto *tudo* que é dito em um mesmo jogo de linguagem tem um sentido ordinário, comum<sup>43</sup>.

Assim, tudo o que a gramática em seu sentido profundo pode revelar, é apenas uma pluralidade de significados, não havendo a possibilidade de que, pela própria linguagem, seja eleito um critério corretivo deste processo de significação, já que todo o critério que possa ser eleito será, ele próprio, também parte de um fluido e dinâmico jogo de linguagem.

Por esta razão é que Spaniol, segundo referência feita por Condé<sup>44</sup>, aponta que:

“A forma de vida, em sua função para a linguagem, já não é fundamentada ou justificada: ela precisa ser aceita como algo dado. Isto significa que a linguagem não possui um fundamento pré-normativo. A nossa linguagem não repousa sobre dados ‘inefáveis’ ou fatos da natureza (Cf. I.F. p. 221), nem sobre certezas ou intuições indubitáveis. O fundamento único da linguagem reside no ‘arcabouço’ constituído por nossas formas de vida. E estas se situam ‘par além do que é justificado ou injustificado’ (*Sobre a Certeza*: parágrafo 359). Nesse sentido, a linguagem é simplesmente autônoma, à semelhança de um jogo.”

Esta constatação, pragmática que seja, apresenta um visível paradoxo: embora as formas de vida e os jogos de linguagem que as compõem possam justificar a atribuição de sentidos, estas formas de vida não podem ser elas

---

41 Wittgenstein, 1995. p. 2-3. Tradução livre feita pelo autor do presente artigo.

42 Condé, 1998. p. 89.

43 Idem, *ibidem*, p. 99-100.

44 Idem, *ibidem*, p. 104-105.

próprias previamente justificadas. Daí a conclusão de que a linguagem será, sempre, uma contingência de uma forma particular de uso. Assim, e a exemplo da impossibilidade epistemológica de sustentar-se uma relação sujeito/objeto (impossibilidade já comentada acima), agora se pode concluir que mesmo a gramática, em um sentido pragmático da linguagem, ganha autonomia para romper a relação nome/objeto<sup>45</sup>. A própria lógica aplicável à linguagem, agora, ganha uma variabilidade que revela que tudo o que se pode dizer sobre o sentido das palavras é que ele é precário e marcado pela contingência histórica:

“Assim, nas *investigações*, a lógica não possui um estatuto especial, pois, através dela não compreendemos nada de novo ou de profundo, mas tão somente o que já está diante dos nossos olhos (*I.F.* 89). Da mesma forma, a nova concepção de lógica não possui ‘significação universal’, isto é, a lógica tractatiana enquanto ‘forma lógica’, constituía-se na essência de toda a linguagem possível, ao passo que nas *investigações* a lógica, enquanto algo intrínseco à linguagem, não é universal, uma vez que existem diversas linguagens particulares e em momentos históricos diferentes.”

A contingência da linguagem observada por Wittgenstein de forma alguma é compreendida como obstáculo à suficiência de seu uso. Ao contrário, ela permite precisamente que o significado do que é dito seja perceptível pragmaticamente, isto é, a compreensão passa a ser definida pela pertinência de um sentido em meio ao “jogo de linguagem” travado entre os que se comunicam<sup>46</sup>. Daí porque a compreensão agora pode ser situada, necessária e obrigatoriamente, não como um produto fixo do objeto a ser “definido”, mas como resultante de um processo no qual a determinação do contexto linguístico é fundamental<sup>47</sup>. Ou, dito de outra forma: não há sentido em um texto sem contexto.

Insistir que a linguagem abrigue definições ostensivas universalizáveis e dissociadas de contextos específicos é, por outro lado, também abrigar a impossível tarefa de que uma entidade mediadora possa extrair do plano abstrato um significado para além da linguagem. Mas, ainda que tal significado existisse, também ele teria de ser linguisticamente expresso, o que levaria a um paradoxo insolúvel, em cuja busca leva a supor a existência de ainda outra definição

---

45 Condé, 1998, p. 113.

46 Dias, 2000, p. 47.

47 Idem, *ibidem*, p. 49.

mais geral (e mais “objetiva” ou “pura”), em uma regressão tão infinita quanto infrutífera. Na expressão de Dias<sup>48</sup>:

“O suposto hiato, denunciado anteriormente, entre as regras e a sua aplicação, a linguagem e seu significado, não pode ser suturado por entidades mediadoras, mas não pode igualmente ser aberto sem que encontremos por detrás um postulado realista assumido dogmaticamente. A ideia de um modelo de linguagem inequívoco é, assim como a de um significado infável, mera ilusão. A possibilidade de suscitar dúvidas e ambiguidades faz parte do nosso próprio emprego da linguagem, e não condiz senão com o uso regular de nossas próprias expressões. Se não mais falamos de forma geral, nem por isso nos tornamos incapazes de determinar o significado das nossas proposições; ao contrário, o próprio uso correto das mesmas estará agora internamente relacionado com a sua compreensão, ou seja, servirá de critério de compreensão.

O mal-entendido está na sustentação da noção de regra como paradigma de uso ideal quando tudo o que temos é já a aplicação da regra. A ilusão de um ‘para além’ da aplicação é ela própria insustentável, por mais que façamos intervir explicações baseadas no que dispomos, na própria aplicação como seu efeito. Ora, se tudo o que temos é o efeito, como chegar à causa? Ou, ainda, como sustentar essa suposta relação entre causa e efeito? Introduzimos, então, um processo mental, uma inferência ou interpretação, uma nova regra entre o paradigma e a instância do mesmo; surge, contudo, um novo hiato, e assim prosseguimos infinitamente acrescentando sempre um novo elo e constatando a intransponível distância que o separa do modelo.”

Logo, tendo em vista a contingência da linguagem, somente é possível engajar-se em um processo de compreensão abdicando, de pleno, da pretensão de estabelecer sentidos para além das circunstâncias específicas do contexto – isto é, para além da linguagem. Neste sentido, tal como seguir uma regra nada mais é que manejá-la, em um contexto, compreender é nada mais que também aplicar significados, de modo pragmático, específico e contextual. Compreensão, em suma, não estabelece formas ideais de uso – ela é, em si mesma, a expressão deste uso. Os erros e equívocos cometidos neste uso não excluem o participante daquele contexto linguístico – ao contrário, tendem a afirmar sua participação à medida que a constatação do equívoco pressupõe que a ‘práxis’ tenha sido valorada segundo as regras tacitamente consentidas pelos demais

---

48 Dias, 2000. p. 54-55.

participantes no jogo da comunicação. Isto é: os erros de uso são, eles próprios, também elementos constitutivos dos jogos de linguagem (ainda que tomados como constitutivos-negativos, isto é, reveladores de parâmetros por negação), o que desafia qualquer pretensão de que a linguagem se preste a formas de controle.

### 3 – A REINTRODUÇÃO DE UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO

Diante de parte dos pressupostos tratados nos itens anteriores, e estabelecido que uma compreensão ilusória sobre a linguagem e sobre os limites da certeza em uma epistemologia contemporânea, restou visível que pretensões epistemológicas e linguísticas desta ordem sobrecarregam a tarefa de aplicação da norma com expectativas não atingíveis pelo Direito.

É neste momento que a questão proposta no título deste trabalho revela-se crítica. A indeterminação estrutural do Direito, resultante do fato de ser linguisticamente construído, não passa despercebida a Kelsen<sup>49</sup>. Contudo, a insistência no modelo epistemológico de uma ciência que, sendo positiva, pressupõe um objeto determinável e um necessário distanciamento para a neutralidade do exame deste objeto leva Kelsen a intentar o controle científico da interpretação da única forma admissível a seus pressupostos: a formação de uma moldura que traçasse um campo fechado habitado por todas as interpretações possíveis, sem que coubesse ao cientista do Direito exercer, enquanto cientista, opção valorativa sobre qualquer uma destas interpretações, já todas eram cientificamente válidas quando resgatada a cadeia de autorizações que permitiria a sua adoção<sup>50</sup>.

Como resultado deste modelo, a determinação em si do sentido dada à norma – o resultado do processo interpretativo – é colocada “para fora” da

---

49 Kelsen, 2000. p. 388-389.

50 “Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou outra das duas normas que se contradizem, ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...) Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.” (Kelsen, 2000. p.390-391).

análise científica do Direito, o que é também expressamente admitido por Kelsen:

“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.”<sup>51</sup>

Todavia, este modelo aparentemente “asséptico” depara-se, por ocasião da segunda edição da Teoria Pura do Direito, com uma questão dramática: o que ocorre quando a autoridade aplicadora insiste em decidir para além das molduras traçadas pela ciência do Direito? Kelsen vê-se então acuado pelos limites de seus pressupostos epistemológicos, e admite que a ciência do Direito poderá, quando muito, apenas traçar as possíveis significações da norma e

“(...) mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer a exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.”<sup>52</sup>

Assim, a frustrante conclusão da proposta kelseniana é: o Direito Positivo será, sempre e necessariamente, apenas aquilo que o aplicador autorizado deliberar, de forma subjetiva e cientificamente incontrolável, sem que a teoria do Direito possa lançar críticas ao resultado obtido. Conhecemos esta conclusão por um outro nome: decisionismo jurídico.

Paradoxalmente, portanto, o que se propõe, pela aparente neutralidade, a ser um modelo ensejador de segurança jurídica, termina sendo a derrota confessa desta pretensa segurança, precisamente porque, ao invés de incorporar o risco decorrente da indeterminação linguística do Direito, prefere exorcizá-lo – e, fazendo assim, afasta-se da possibilidade de qualquer resultado mínimo de controle. Os riscos, contudo, são por demais elevados para serem ignorados. A interpretação, como tema da teoria do Direito, há de ser reinserida nesta teoria porque, em poucas palavras, a interpretação da norma, mesmo que regredida à “cadeia de autorizações” descrita por Kelsen<sup>53</sup>, estabelecerá, em última análise, os sentidos que são dados à liberdade e à igualdade.

---

51 Idem, *ibidem*, p.393.

52 Kelsen, 2000. p. 396-397.

53 Idem, *ibidem*, p. 215-217.



Ora, se alguma medida de segurança jurídica é possível, ela o será apenas na medida em que a incerteza nos sentidos da aplicação do Direito seja enfrentada, sendo assumida como constitutiva do ato de aplicar a norma, já que ela também é constitutiva da linguagem que é o *medium* pelo qual a hermenêutica é realizada.

A pergunta agora se torna bem mais complexa. Não se indaga como é possível o “controle” da interpretação, mas como conciliar interpretação e legitimidade. Obviamente, esta é uma pergunta que não pode mais passar por um método idealizado e “asséptico”, em que imparcialidade seja ausência de posicionamento do intérprete. Aplicar a norma – e julgar, para os fins do recorte eleito neste texto – deve necessariamente levar o julgador para dentro da disputa travada pelo sentido das palavras, da disputa por este *logos*.

O primeiro enfrentamento a ser feito neste campo é precisamente buscar o reencantamento a partir da frustração final da segunda edição da Teoria Pura do Direito: é possível pensar em uma resposta correta tendo-se em vista esta indeterminação dos sentidos da norma jurídica?

Ronald Dworkin (2005), em texto relativamente recente, aborda esta questão a partir de uma interessante pergunta: há uma verdade objetiva? Sua investigação propõe observar que expressões do pensamento, sob o manto de adjetivação de “pós-modernas”, ora simplesmente negam esta possibilidade ou – em uma sofisticação de argumentação destas linhas de pensamento – propõem não ser possível estabelecer mais do que uma mera descrição (não valorativa e não opinativa) sobre os vários sentidos (as várias verdades) construídas nos diversos sistemas morais, estéticos, éticos e, por fim, até jurídicos (esta a conclusão final de Dworkin)<sup>54</sup>. Esta segunda forma de ceticismo, mais “refinado”, é vista por Dworkin com grande preocupação, por seu potencial de, *a priori*, negar validade ao debate público quanto às escolhas que são feitas, no processo interpretativo, dentre as várias possibilidades de sentido que este processo desvela<sup>55</sup>.

Contudo, Dworkin observa um paradoxo inicial nesta forma sofisticada de ceticismo (que ele denomina “arquimediano”): os que negam, de forma absoluta, a possibilidade de ser validamente eleita uma opção de sentido dentre as várias disponíveis terminam por pressupor ao menos uma opção cuja validade não podem negar: precisamente aquela que postula a ausência de critérios

---

54 Dworkin, 2005. p. 1 e 35.

55 Idem, *ibidem*, p. 2.

válidos para que sejam estabelecidas as comparações<sup>56</sup>. Tal forma de ceticismo, portanto, só pode estabelecer sua crítica desconstrutiva para além de seu fundamento inicial, sendo um ceticismo apontado “para baixo”, no dizer de Dworkin<sup>57</sup>. Assim, embora a crítica fundada neste ceticismo se pretenda “não valorativa”, ela termina por eleger ao menos um valor como pressuposto, qual seja, a incomensurabilidade das opções interpretativas. É exatamente por este motivo que a negativa fundada neste tipo de ceticismo não pode ser justificada pela simples afirmação de existência de espaços abertos (indeterminações de sentido) entre as opções abertas na interpretação<sup>58</sup>.

No outro extremo, examine-se, analogamente, o que se dá quando alguém toma a sua argumentação como “universal”. A utilização de advérbios como “objetivamente” vem, de forma contraditória, reforçar a centralidade de uma opinião subjetiva. Ou, no exemplo dado por Dworkin<sup>59</sup>, aquele que afirma que o aborto é objetivamente errado, procura convencer de que esta opinião subsistiria ainda que ninguém mais pensasse desta forma. Mas, ora, se ninguém mais pensasse deste modo, o que sobreviveria no núcleo desta afirmação? Seria necessário um recurso à metafísica<sup>60</sup>, cuja validade não poderia ser demonstrada, porque se posta ao largo de toda a particularidade que é constitutiva da única ferramenta capaz de externalizar nossa cognição: a linguagem.

A proposta de Dworkin é oposta: ao invés de considerar que os argumentos quanto à validade das opções de sentido sejam criticáveis apenas em uma observação de segunda ordem, é necessário tratá-los como observações de primeira ordem, isto é, internas a cada sistema (moral, estético, ético ou jurídico). Para tanto, é preciso não evitar, mas sim abraçar o enfrentamento das contingências próprias de cada interpretação, bem como o reconhecimento de que as opções interpretativas anteriores só podem ser vistas e reconstruídas no presente a partir das compreensões atuais:

“(…) o que faz um ato moralmente errado é que a contemplação de que este ato de fato produz um tipo particular de reação na maioria das pessoas, ou na maioria dos membros de uma comunidade em particular. Disto decorre que se um dia as pessoas em geral, ou em uma comunidade determinada, não mais reagirem desta forma ao genocídio,

---

56 Idem, *ibidem*, p. 1.

57 Idem, *ibidem*, p. 4.

58 Dworkin. 2005, p. 6.

59 Idem, *ibidem*, p. 8.

60 Idem, *ibidem*, p. 9.

o genocídio deixa de ser perverso, tal como ovos apodrecidos deixariam de ser enjoantes se eles não mais enjoarem a qualquer pessoa. Mas a tese de que o genocídio deixaria de ser perverso se não mais fosse considerado como tal é simplesmente substantiva e controversa. A conclusão poderia, é verdade, tomar uma forma diferente. Ela poderia sustentar, por exemplo, que o que faz o genocídio errado é a reação, não de quaisquer tipos de pessoas que existam de tempos em tempos, mas de nós, ou seja, pessoas com a estrutura psicológica, interesses fundamentais e disposições gerais mentais que as pessoas efetivamente têm agora (...) Isto não significa que as propriedades morais são primárias. Mas significa sim que o argumento sobre se elas são primárias é uma disputa moral substantiva. Nós podemos dizer, se quisermos, que este é um argumento sobre os tipos de propriedades que existem no mundo. Esta colocação não é danosa, desde que nos lembremos de que isto é também um argumento sobre as circunstâncias nas quais instituições são justas ou injustas, ou pessoas são boas ou más e por quê.”<sup>61</sup>

É interessante a demonstração que Dworkin faz quanto à extrema proximidade entre o ceticismo ao qual já nos referimos e as posições que sustentam a existência de interpretações universais. Enquanto estas devem se apoiar na possibilidade de que, quando menos, um aparato neurobiológico seja capaz de conter, previamente, um “código de identificação moral”, o primeiro acaba atribuindo as escolhas interpretativas à ausência de reflexividade no âmbito de uma comunidade de intérpretes, como se tal comunidade contasse com um “campo moral” que impregnasse os seus membros e obstasse a reflexão. Ambos pressupostos são, visivelmente, pouco sólidos<sup>62</sup>.

Neste ponto é necessário contrapor uma proposta de Dworkin a um senso comum epistemológico do Direito: uma interpretação não é demonstrável por um método (até porque o método assume, hierarquicamente, parâmetros apriorísticos para definir a interpretação), mas sim pela pertinência que se pode extrair de suas implicações, quando se cogita de sua adoção<sup>63</sup>. Ainda que esta cogitação fosse marcada apenas por interesses pessoais, os argumentos que a sustentam não teriam, por este motivo, menor solidez e nem poderiam ser descartados *a priori*, precisamente porque se externalizaram e, desde então,

---

61 Dworkin, 2005, p.11. Tradução livre de responsabilidade do autor do presente texto.

62 Idem, *ibidem*, p. 12 e 15.

63 Idem, *ibidem*, p. 21-22.

adentrando o domínio da linguagem, não têm suas condições de validade vinculadas às intenções (altruístas ou egoístas que sejam) daquele que os formulou<sup>64</sup>.

O que entendo seja mais relevante é, contudo, o prosseguimento do que Dworkin argumenta: quando alguém conclui que uma determinada questão interpretativa acha-se ainda indeterminada em seus sentidos não se pode por à margem de justificações para esta afirmação. Isto porque a indeterminação não se confunde com a incerteza. Esta primeira é, ela própria, uma conclusão interpretativa (ainda que de tessitura aberta) cuja justificação não pode ser a simples afirmação tautológica de que existem opções distintas (ou ainda não plenamente exploradas) quanto às respostas formuladas ao intérprete:

“(…) Se eu vejo os argumentos de todos os lados de uma questão, e não acho, mesmo após refletir, um grupo de argumentos mais forte que os demais, então posso sem mais declarar que não estou certo, de que não tenho posição sobre a matéria. Para invocar a incerteza, eu não preciso de razões mais extensas ou mais substantivas, além da minha falha em ser convencido quanto a qualquer uma das visões. ‘Não estou certo se a proposição contida na questão é verdadeira ou falsa’ é plenamente consistente com ‘é uma ou outra’, o que não ocorre com ‘a proposição contida na questão não é verdadeira nem falsa’ (…). A crença na indeterminação é uma assertiva positiva, e precisa de uma razão positiva ou de um pressuposto para suportá-la.”<sup>65</sup>

O que há de significativo nesta perspectiva, para o Direito, é que a sua indeterminação estrutural não pode ser validamente invocada, “per se”, como suficiente para que o sentido da norma seja apenas um “campo vazio”. Mesmo esta indeterminação só pode ser invocada quando demonstrada, tal como a opção por um sentido específico também requereria demonstração. Foi dado, portanto, um passo importante para que se possa cogitar de uma teoria da interpretação que opere *em meio a esta indeterminação*, sem exorcizar os seus riscos, e sem tomar tal indeterminação como um *a priori* que desqualificaria toda e qualquer opção interpretativa.

Passo à análise de um segundo passo, resumindo-o na seguinte indagação: tomando-se em consideração que a atividade interpretativa é exercida – obviamente – à luz de um conjunto normativo, é possível abrigar a exigência

---

64 Idem, *ibidem*, p. 26-27.

65 Dworkin, 2005, p. 31. Tradução livre de responsabilidade do autor do presente texto.

de que a produção destas normas seja marcada por uma coerência que viabilize o ponto de partida de uma interpretação correta?

Busco a resposta novamente em Ronald Dworkin, a partir de seu conceito de integridade no discurso formador destas normas. Ele admite, como ponto de partida, que o cerne desta questão situa-se na tensão entre as pretensões de reduzir justiça à equidade ou de reduzir a equidade à justiça<sup>66</sup>. Em meio a esta tensão, Dworkin sinaliza duas questões igualmente graves: a possibilidade de que as decisões formadoras das normas, particularmente nos parlamentos, não expressem a simples decisão majoritária, com absoluta exclusão da minoria, e a possibilidade de que minoria e maioria se componham, no jogo parlamentar, para produzir decisões que, reificando direitos fundamentais, distribuem-nos em um procedimento “conciliatório”. A preocupação de Dworkin, na primeira hipótese, é diretamente vinculada à legitimidade da norma produzida, dada a complexidade e pluralidade da sociedade a que ela se destina<sup>67</sup>. Já o dano que emerge desta segunda hipótese requer uma análise mais complexa, e que leva a seu conceito sobre integridade na formação das normas do Direito.

As chamadas soluções “conciliatórias”, no ver de Dworkin, têm o defeito de, sob o manto de aparente equilíbrio de forças na sociedade, estabelecer distinções no seio da comunidade sem que tais distinções possam ter um efetivo amparo principiológico, fundando-se apenas em uma coerência “mecânica” de “distribuição” de direitos, como se direitos pudessem ser objeto de barganha em uma prática legislativa<sup>68</sup>. Esta prática viola a integridade porque, em nome de uma justiça substancial “pragmática”, ignora que a forma constitucional constitui-se em uma garantia indisponível – qual seja, a garantia de igualdade também no sentido formal:

“(…) Insistimos na integridade porque acreditamos que as conciliações internas negariam o que é frequentemente chamado de ‘igualdade perante a lei’ e, às vezes, de ‘igualdade formal’. Tornou-se moda dizer que este tipo de igualdade não tem importância, pois oferece pouca proteção contra a tirania. Essa crítica pressupõe, contudo, que a igualdade formal é apenas uma questão de aplicar as regras estabelecidas na legislação, quaisquer que sejam elas, no espírito do convencionalismo. Os processos judiciais nos quais se discutiu a igual proteção mostram a importância de que se reveste a igualdade formal quando se compreende que ela exige integridade, bem como uma coerência lógica elementar,

---

66 Dworkin, 1999, p. 214-215.

67 Idem, *ibidem*, p. 217.

68 Dworkin, 1999, p. 219 e p. 222-223.

quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa.”<sup>69</sup>

Esta integridade principiológica na formação do Direito cumpre, no ver de Dworkin, uma função dupla: tanto legitima melhor o uso da força pelas esferas do Estado, como também processa a expansão da esfera normativa pública de modo orgânico, viabilizando que a hermenêutica de sua aplicação acolha mutações de sentido de forma coerente<sup>70</sup>.

Ainda centrando – por ora – nosso olhar no exame desta legitimidade (deixando a análise da integridade na aplicação do Direito para um pouco mais adiante), a questão que deve ser enfrentada agora é esta: dada a pluralidade contemporânea de uma sociedade complexa, como entender que os membros de uma comunidade que desaprovam determinada decisão normativa estejam também obrigados a pautar-se por ela?<sup>71</sup> Duas respostas são aventadas por Dworkin: a) a possibilidade de que esta observância seja simples resultado da compreensão de que as regras do jogo devem ser observadas – ou, por outras palavras, que houve um “jogo limpo” no procedimento formador da norma e assim o ônus e o benefício resultantes do pertencimento àquela comunidade foram distribuídos; e b) o sentido de pertinência de cada membro a uma mesma comunidade deve ser suficiente para gerar a sua adesão à decisão normativa produzida no seio daquela comunidade. Para cada uma delas, ele levantará duas objeções. Quanto ao argumento da ocorrência de um “jogo limpo”, Dworkin observa que sempre se poderá opor a ele a afirmação de que os que discordam das razões de fundamentação de uma norma não podem ser tidos como obrigados pelo ônus decorrente de um benefício que não pretenderam. Mais que isto, eles podem também argumentar que o “bem-estar” gerado pelo pertencimento à comunidade dependerá sempre de um ponto de vista extremamente relativo, que nada pode justificar de modo específico ou – ainda mais grave – de um ponto de vista totalizante que, por definição, suprime a pluralidade na comunidade. Esta segunda objeção, aliás, aponta também para os dois contra-argumentos à tese de pertencimento a uma comunidade resulta da “adesão” completa a uma só compreensão valorativa que se tome como definidora desta comunidade: os riscos de um totalitarismo e o fato de que esta compreensão opera sob o pressuposto de que exista um “vínculo emocional” como condição de pertencimento àquela comunidade<sup>72</sup>.

---

69 Idem, *ibidem*, p. 225.

70 Idem, *ibidem*, p. 228-299.

71 Idem, *ibidem*, p. 231.

72 Dworkin, 1999. p. 235-237.

Toda esta construção argumentativa tem um propósito, que é evidenciar a impossibilidade de que a análise externa das práticas de uma comunidade possa responder qual a legitimidade que a sua produção normativa pode abrigar. Dworkin, a partir desta constatação, volta-se para os argumentos internos das práticas desta comunidade, propondo as condições para a prática de formação do Direito nesta comunidade se possa, de forma coerente, pretender-se legítima, e, logo em seguida, examinando a incidência destas condições em tipos conceituais de comunidade, em busca de verificar se estas condições são aplicáveis (e como as são) em uma sociedade plural e complexa.

Em sua análise, Dworkin sinaliza quatro posturas dos membros de uma comunidade para com as obrigações políticas que emergem dela, de modo que estas obrigações possam carregar pretensões de legitimidade<sup>73</sup>: a) que elas sejam percebidas como aplicáveis distintiva e especialmente aos membros daquele grupo, e não compreendidas como deveres gerais; b) que estas obrigações possam ser percebidas como geradoras de responsabilidades pessoais e não apenas coletivas; c) que esta responsabilidade pessoal possa ser percebida como fundada em uma responsabilidade mais ampla, necessária à subsistência e ao bem-estar da comunidade; e d) que as práticas decorrentes destas responsabilidades revelem um interesse não apenas geral, mas igualitário quando considerado cada um dos membros desta comunidade.

A preocupação de Dworkin quanto a estas condições ideais não o cega para a clara possibilidade de que, em determinado momento, elas apresentem “déficit” de justiça, quer internamente (pela deficiência no interesse equitativo dos membros desta comunidade uns quanto aos outros), quer externamente (pelo estabelecimento de práticas discriminatórias que, no seio de uma comunidade, particularizam ou sectarizam estas condições segundo critérios de adesão a valores religiosos, morais ou opções políticas). Ele admite que a sedimentação das práticas de uma comunidade pode se dar de forma a consagrar estas injustiças, porém crê que tais incoerências tornam-se visíveis somente na prática interpretativa dos casos concretos<sup>74</sup>.

É voltado para estas condições que Dworkin enfrenta a questão nuclear da filosofia política, enunciada nos seguintes termos:

“(…) A obrigação central é a da fidelidade geral ao Direito, a obrigação que a filosofia política considera tão problemática. Assim, nosso principal interesse está nas quatro condições que identificamos.

---

73 Idem, *ibidem*, p. 242-244.

74 Dworkin, 1999. p. 245-246.

Que forma deve assumir em uma comunidade política? Como deve ser a política para que uma sociedade política básica possa tornar-se uma verdadeira forma de associação fraternal?”<sup>75</sup>

Tendo em mente os riscos de produção de injustiça que estas condições oferecem é que Dworkin levará em conta se três modelos de comunidade poderiam levá-las às práticas concretas, e como poderiam fazê-lo. Neste momento, Dworkin articulará seus pressupostos de filosofia política com tipos fundamentais (modelos) de autocompreensão e de auto-organização das comunidades – ou, em outras palavras, descreverá como as condições de integridade na política dependem, para o seu exercício, das diferentes lógicas que norteiam as comunidades na operação das normas que geram para si. É neste ponto de seu modelo teórico que filosofia política e teoria constitucional se apresentam como faces a um só tempo distintas e também complementares de um mesmo problema: uma compreensão política que legitima o uso da força no Direito, somado a um Direito que legitima as práticas políticas disciplinando-as de modo democrático.

O primeiro modelo de comunidade apresentado é o de uma comunidade que se considerada uma associação puramente factual, resultante de condições acidentais, histórias ou geográficas, e nada mais que isto. Neste caso, os membros desta comunidade não terão qualquer motivo para considerarem outros interesses além daqueles que lhes são individuais. Ou, mesmo quando abraçam compreensões não egoísticas, elas são fundadas em ideais gerais sobre um ideal de “justiça universal”. Em ambos os casos, não é possível ver nos membros destas comunidades o mínimo cumprimento da primeira condição enunciada por Dworkin, a de que as obrigações políticas postas perante os membros desta comunidade sejam percebidas como traços distintivos e particulares àquela associação específica<sup>76</sup>.

Um modelo mais adiante de autocompreensão de uma comunidade é aquele em que seus membros se veem como que vinculados por um compromisso amplo de observar as regras particulares editadas por aquela comunidade. Mas, ao mesmo tempo, esta compreensão os leva a concluir que o contido no texto destas regras esgote a totalidade de seus compromissos, e nada mais pode ser exigido para além de tais regras tal como enunciadas<sup>77</sup>. Esta compreensão restrita de como operaram as normas no interior de uma

---

75 Idem, *ibidem*, p. 251.

76 Dworkin, 1999. p. 252.

77 Idem, *ibidem*, p. 253-254.



comunidade torna impossível a ela considerar a existência de princípios mais gerais em que as regras enunciadas foram plasmadas, tornando extremamente improvável (ou, no mínimo, muito difícil) que o tratamento equânime se estabeleça naquela comunidade, dado que a grande variedade de circunstâncias concretas na prática social requererá que os sentidos atribuídos à palavra “igualdade” extrapolem os limites do que se acha apenas enunciado nas regras. Não é por outra razão que uma comunidade de regras pode, ante esta lógica de operação das normas que lhes são autoatribuídas, reduzir esta igualdade apenas a sua enunciação formal<sup>78</sup>.

É contudo em um terceiro modelo que Dworkin põe suas maiores expectativas: o de uma comunidade que compreendem suas obrigações e direitos políticos fundamentais para além da enunciação das regras (mesmo daquelas regras constitucionais), e que “... admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e adotam”<sup>79</sup>. Neste modelo é que emerge a *possibilidade* (friso, mera possibilidade) de que, na coerência para com os princípios fundantes de uma prática política, as responsabilidades pessoais e particulares de dispensação de igualdade não estejam condicionadas à adesão de um membro da comunidade a uma determinada corrente de pensamento ou de valor. Nesta perspectiva é que, na descrição de Dworkin, uma comunidade de princípios não é uma comunidade de iguais e idênticos valores, mas sim uma comunidade que, procedimentalmente, abraça a tessitura aberta de suas normas, aplicando-as, acima de tudo, principiologicamente. É neste sentido que este modelo de comunidade tem maiores chances de articular a tensão referida nos parágrafos anteriores (democracia e soberania popular) em uma sociedade pós-convencional, isto é, plúrima quanto a seus valores<sup>80</sup>, e por isto também incapaz de satisfazer-se com um só centro de imputação de sua identidade. Uma comunidade de princípios pode abrigar pretensões de legitimidade que não estejam vinculadas a uma “afetividade” entre o membro e sua comunidade, já que admite, como ponto de partida, o “déficit” de justiça que pode ser visível na interpretação dos sentidos das práticas adotadas por ela. Porém, ao mesmo tempo, o seu compromisso para com a integridade da igualdade e da liberdade que reputa indisponíveis (isto é, não sacrificáveis, nem ponderáveis em um

---

78 Idem, *ibidem*, p.256.

79 Idem, *ibidem*, p. 254-255.

80 Dworkin, 1999. p. 257.

jogo de “conciliação” de interesses opostos) exige que este “déficit” não seja jamais naturalizado como “tolerável”<sup>81</sup>.

Precisamente na intolerância para com a violação desta integridade, que a interpretação jurídica ganha novo encantamento: a possibilidade de que ela seja a expressão concreta de como uma comunidade de princípios observa coerentemente não as práticas passadas de forma reverencial, mas como não as desconsidera (ainda que de forma crítica) para, no presente, tornar a dar significados concretos, específicos e particulares à liberdade e à igualdade nos casos reais. Isto será feito, como já se insinuou nos parágrafos anteriores, de modo interpretativo. Daí porque o próximo item a ser considerado é como a aplicação do Direito pode guardar coerência principiológica – ou, dito de outra forma, como deve ocorrer a interpretação do Direito em uma comunidade de princípios.

#### 4 – UMA APLICAÇÃO EXIGENTE DO DIREITO PARA A CONSTRUÇÃO DE SENTIDOS NOS CASOS CONCRETOS

Chego agora ao ponto mais relevante do percurso proposto neste texto: a apresentação de uma teoria da interpretação jurídica que, em meio à tessitura aberta do Direito, seja duplamente exigente, isto é, que a um só tempo assuma esta natureza indeterminada sem se permitir descrever da possibilidade da eleição de uma única e melhor interpretação no processo de aplicar as normas jurídicas.

A proposta que invoco é aquela traçada por Ronald Dworkin ao conceber a necessidade de que o Direito seja lido sob o prisma da integridade. Trata-se, como percebeu acertadamente Ommati (2004), de uma proposta teórica que investe contra a conclusão de que a indeterminação estrutural do Direito deva ser o espaço para que a discricionariedade tenha curso<sup>82</sup>. Por isto ela nega o pragmatismo jurídico. Mas, ao negá-lo, nem por tal motivo pretende reeditar o convencionalismo, mas sim articulá-los a ambos<sup>83</sup>. O intuito presente no enfrentamento da questão da indeterminação estrutural do Direito, em Dworkin, representa uma articulação da hermenêutica filosófica que ainda se vale de categorias tipicamente modernas (liberdade e igualdade) contra os excessos

---

81 Idem, *ibidem*, p. 259-261.

82 Ommati. p.153.

83 Refiro-me aqui à compreensão de que a forma do Direito esteja disponível consoante as convicções de utilidade política do aplicador apontarem (pragmatismo) e à ideia contrária (porém igualmente infrutífera) de que o conteúdo do Direito (seu sentido aplicado) não pode ultrapassar os limites definidos no passado (Dworkin, 1999. p. 271).

desta mesma modernidade, a qual impôs a si mesma uma pretensão de racionalidade que, do jusnaturalismo ao positivismo científico (e seus reflexos no Direito) deixou um largo “déficit” de legitimidade<sup>84</sup>.

Para tanto, Dworkin parte de um pressuposto, o de que uma determinada comunidade sujeitou-se ao ordenamento jurídico tendo como imprescindíveis, simultaneamente, as necessidades de viverem sob o pálio de um “jogo limpo” – isto é, sob o manto de certeza do Direito aplicável igualmente a todos – e de, individualmente, ser-lhes atribuída a justiça imprescindível à sua liberdade. Tal premissa permite a conclusão de que o sistema do Direito pode e deve ser observado sob o enfoque de uma linha de coerência, e que, de outra parte, convencionalismo e pragmatismo não são paradigmas jurídicos, mas sim escolhas interpretativas<sup>85</sup>. Agora, a partir deste ponto, é possível articular a reconstrução histórica, antes tomada refém do convencionalismo, sob outro enfoque. O de que o exame das decisões passadas na aplicação do Direito revele princípios que regeram, na maioria das vezes, uma prática da comunidade. E, neste sentido, a aplicação do Direito a cada nova hipótese acrescenta um “capítulo” a esta história, em um modelo metaforicamente aproximado à redação de um “romance em cadeia”<sup>86</sup>, em uma forma de compreender a aplicação do Direito a partir de uma hipótese que Chueiri qualifica de estética<sup>87</sup>, e que, por isto mesmo, é confessadamente interessada em tornar a decisão atraente em seu conteúdo.

Isto vai situar o problema da interpretação, no seu excursus histórico, não apenas na particularidade do momento presente, mas também vai indagar se aquela prática interpretativa guarda coerência principiológica com a história que vinha sendo redigida por aquela comunidade. Tal coerência, porém, não leva necessariamente à afirmação do passado, mas pode bem levar o intérprete à conclusão de que, face às mudanças havidas no curso do tempo, a melhor leitura interpretativa (a única correta, neste sentido) resulte na ruptura com a prática anterior, precisamente para que seja observada a coerência principiológica que se quer manter<sup>88</sup>. Todavia, mesmo esta ruptura não poderá ser reputada como fruto de um pragmatismo decisionista se ela for o resultado do comprovado esgotamento argumentativo de todas as possibilidades em con-

---

84 Chueiri, 1997. p. 153.

85 Dworkin, 1999. p. 173.

86 Dworkin, 1999. p. 274-275.

87 Chueiri, 1997. p. 174-175.

88 Dworkin, 1999. p. 279.

trário que sejam aceitáveis principiologicamente<sup>89</sup>. É evidente, nesta medida, que a integridade que Dworkin propõe como forma de compreender o Direito apenas articula o passado tomando-o como necessário à indagação sobre quais as bases em que uma interpretação poderia reclamar legitimidade no presente. Todavia, também articula o futuro no exame necessário se esta mesma coerência principiológica não reclama, de agora em diante, a ruptura com uma leitura do Direito na qual foram fundadas as práticas passadas. Até porque é bem mais importante indagar o que os aplicadores anteriores fizeram com as normas que estavam sob seus olhos do que indagar o que eles disseram sobre tais normas<sup>90</sup>.

Semelhantemente – e pelo mesmo motivo – a integridade no Direito requererá que tanto a certeza do Direito (geral) quanto a justiça (individual e concreta) sejam simultaneamente operadas, porquanto uma comunidade de princípios não pode estar disposta a sacrificar a forma garantidora de sua liberdade e de sua igualdade. Em outras palavras: não admite que uma prevaleça sobre a outra, ou que sejam adotadas medidas de restrição ou ponderação que operem para além da lógica deontológica. É na raiz desta operação específica e necessariamente deontológica que Dworkin posiciona a distinção – de grande importância – entre a forma de aplicação do Direito em um nível interno (através das categorias normativas estritamente jurídicas de regras e princípios) e a sua justificação externa, esta através de políticas (“policies”), estas voltadas para a consecução de um “bem-estar coletivo” valorativamente fundado e que, por sua necessária operação axiológica, não serve à adjudicação judicial<sup>91</sup>, por violar um dos apoios da integridade, que é a certeza do Direito. Dworkin não nega – nem o poderia, dado que seu ponto de partida é fracasso decisionista do positivismo aplicado ao Direito – que este mesmo Direito está impregnado de valores. Mas, no dizer de Chueiri (1997, p. 177) propõe que, contra um decisionismo aparentemente inevitável, apenas a argumentação de cabimento ou descabimento de princípios *nos casos concretos e em cada um deles* é que “... limita o julgamento interpretativo ao traçar uma linha entre interpretar e inventar, entre o racional e metafísico”.

Esta exigência pesadíssima faz Dworkin idealizar o aplicador do Direito, em sua plena integridade, como um verdadeiro “Hércules”<sup>92</sup>. Mas qual será,

---

89 Idem, *ibidem*, p. 285.

90 Idem, *ibidem*, p. 297.

91 Chueiri, 1997. p. 158-159.

92 Ommati observa, com exatidão, que esta metáfora é apenas uma figura de linguagem, e de modo algum propõe uma solução solipsista ao problema da interpretação. Até mesmo porque a reconstrução histórica da qual falei também abarcará os argumentos construídos em processos nos quais o contraditório expressa, por definição, uma diversidade e uma oposição argumentativas.

concretamente, o modo de ler o Direito que permitirá esta articulação em que a sua integridade é respeitada? Dworkin propõe que, se esta integridade resulta da compreensão de que uma comunidade jurídica é, em última análise, uma comunidade de princípios, um sistema jurídico não é apenas um conjunto de regras vagamente (ou fortemente, que seja) “inspiradas” em princípios. Ao contrário, um sistema de direitos tem o seu conjunto de normas composto tanto por princípios como por regras. Estas últimas não são apenas uma densificação de princípios, elas operam como uma lógica aplicativa absolutamente diversa daquela utilizada em princípios. Se regras de sentidos opostos de fato colidem – e a aplicação de uma significará a negação da outra – princípios devem ser analisados, no caso concreto, quanto à adequabilidade de sua incidência. Claro que esta adequabilidade requer que a análise argumentativa não descarte o princípio que se afigura como contrário, mas que o experimente de forma hipotética, para que somente então possa afirmar que ele não é adequado àquela hipótese específica. Assim, a aplicação de um princípio em um caso concreto não é a negação de validade de outro princípio aparentemente oposto<sup>93</sup>. Ao contrário: somente foi possível determinar-se esta adequação quando *ambos* os princípios foram levados igualmente em conta, de sorte que, em um sentido mais estrito, princípios não são contraditórios (até porque são, como visto, codependentes) mas apenas *competem* entre si na aplicação em cada caso<sup>94</sup>.

É neste sentido – a interpretação colhida na melhor leitura possível de uma tradição passada (que, por ser a melhor, no sentido principiológico, pode admitir até mesmo a ruptura destas tradições) – que apenas no caso concreto é que se poderá diferenciar regras de princípios: pela lógica operacional que lhes for atribuída, e não por uma tipologia descritiva que os tenha submetido a uma taxonomia “a priori”. Apenas no caso concreto é que o Direito pode cultivar a pretensão (que, no sentido da integridade, é mais propriamente uma exigência, como já disse) de abrigar tanto a certeza geral de suas normas (*fairness*) quanto a realização individualizada de justiça. Por isto é que a melhor e única decisão correta ganha um sentido absolutamente hermenêutico: ela não se crê definitiva ou eterna, ao contrário, sabe-se precária e conhece que sua adequação observa peculiaridades históricas por definição irrepetíveis. Esta interpretação não pode ser lida, portanto, como “fechada” ou produtora de uma certeza que, como descrevi, não é mais hoje sequer acolhida pelas ciências da natureza. A

---

93 Ommati, 2004. p. 153-154.

94 Dworkin, 1999. p. 320-323.

integridade do Direito, quando abraçada, não pretende solver em definitivo conflitos e controvérsias. Ao contrário, se ela parte do suposto que não resolvemos, como comunidade, nos sujeitarmos apenas a regras, mas (antes de tudo) aos princípios fundamentais de liberdade e igualdade, o conflito já se acha no centro da organização nossa jurídica e política<sup>95</sup>.

Por outro lado, operada a aplicação do Direito de forma a respeitar a integridade, as decisões resultantes têm tamanho amparo principiológico que não são “presas fáceis” das objeções políticas, porque não serão voltadas para a consecução de uma “felicidade geral” sempre questionável, mas reafirmam direitos fundamentais<sup>96</sup>. Isto é, podem operar de forma contramajoritária e, por isso, já se pode perceber que, para Dworkin, a mediação entre certeza do Direito e justiça – isto é, a integridade – revela, principiológicamente, a forma indisponível do próprio Direito, qual seja, a constituição como assecuratória, simultaneamente, de liberdade e de igualdade.

Em síntese, a aplicação do Direito, para Dworkin, é em seu processo tanto reveladora quanto pautada pelo seu conceito do que seja constituição: a integridade articuladora de liberdade e de igualdade, gerando um “rule of law” em que direitos individuais têm sua fundamentação necessariamente pública (entendida para além do meramente estatal)<sup>97</sup>, e em que a operação das liberdades privadas são a garantia contra a apropriação indevida dos espaços públicos pelos governantes<sup>98</sup>, o que repele a ideia de que as esferas pública e privada sejam mutuamente excludentes. Esta é uma forma de compreender a aplicação do Direito que, sem dúvida, é bem mais adequada a um paradigma jurídico como o do Estado Democrático de Direito.

## 5 – UM DIÁLOGO COM OS MARCOS DE UM DIREITO EMANCIPATÓRIO: INTEGRIDADE TAMBÉM É ACHADA NA RUA

Na última unidade de fundamentação deste texto, desejo iniciar um diálogo – ainda que embrionário – entre a concepção dworkiniana de um Direito visto sob o prisma operativo da integridade (isto é, sobre a articulação, já descrita nos itens anteriores, entre as formas mínimas indisponíveis de liberdade e igualdade) e os marcos teóricos de um Direito emancipatório – em particular, aqueles abrigados pela corrente jurídica do Direito Achado na Rua.

---

95 Ommati, 2004. p. 162-163.

96 Chueiri, 1997. p. 160.

97 Chueiri, 1997. p. 167.

98 Idem, *ibidem*, p.186.

Cabe ainda uma advertência: não pretendo afirmar a identidade entre estes marcos teóricos. As distinções peculiares a ambos não podem – nem devem – ser dissolvidas em nome de uma improvável (e mesmo incorreta, sob o ponto de vista metodológico) “fusão de propostas”. Quando menos, para que se manifeste, com a devida honestidade, o respeito pelas trajetórias teóricas tão diversas que, como substratos, marcaram a construção individual destes marcos. Não obstante, creio que a apresentação de pontos de contato entre as preocupações de tais marcos e entre os seus pressupostos e seus objetivos é útil para reafirmar que, ante a sofisticação de uma teoria constitucional essencialmente hermenêutica como a proposta por Dworkin, deve-se ter em mente que esta mesma teoria se volta para um modo de operar do Direito que reafirma a auto-organização constitucional de uma comunidade, *no mundo concreto da aplicação das normas jurídicas*, como a coerente exigência de que liberdade e igualdade não sejam sacrificadas ou disponibilizadas. Ou, dito sinteticamente: que hermenêutica constitucional e emancipação não são opostas, mas se pressupõem mutuamente.

Assim, e neste breve excursus teórico, três autores foram selecionados como exemplificativo das bases filosófico-jurídicas em que se apoia uma teoria que compreende o Direito sob a perspectiva emancipatória: Roberto Lyra Filho, Marilena Chauí e José Eduardo Faria. Estes autores são, em virtude da extensão do presente trabalho, tomados respectivamente apenas em três textos pontuais, ainda que, no meu ver, bastante exemplificativos das bases filosóficas às quais me referi<sup>99</sup>.

Assim, pode-se notar que, na descrição de Lyra Filho (2002, p. 90), os fundamentos filosóficos de um Direito que sirva à emancipação sem dúvida se voltam à construção da liberdade – mas, tem presente em seu horizonte que esta liberdade deve sofrer uma restrição necessária: compreender que ela não é afirmada pelo esmagamento dos direitos fundamentais à igualdade. Neste particular, é visível que a proposta coincide com a afirmação de Dworkin, já descrita nos parágrafos anteriores, de que operar o Direito sob o prisma da integridade é, a um só tempo, articular liberdade e igualdade não como valores ponderáveis ou otimizáveis entre si, mas como formas mínimas das quais não se pode dispor em momento algum – sequer pelo confronto de uma em desfavor de outra.

---

99 Estes textos são: *A nova filosofia jurídica* (Lyra Filho, 2002); *Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do Direito* (Chauí, 1986), e *Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica* (Faria, 1986).

Outro ponto de contato evidente entre estes marcos teóricos é preocupação, presente em Lyra Filho (2002, p. 90): a realização de justiça é objetivo do Direito, mas que esta realização não se fará senão em uma dimensão reconstitutiva do tempo social e das práticas históricas, sendo este também o fundamento de sua legitimidade<sup>100</sup>. Aqui, lembrando o que já fora dito acima sobre a proposta de Dworkin sobre a aplicação do Direito, vemos que ela, partindo do pressuposto hermenêutico filosófico de que os casos postos ante o aplicador são necessariamente datados historicamente (e, por tal motivo, irrepetíveis), era necessário que o ato de aplicação resgatasse as práticas anteriores de uma comunidade sob a perspectiva de um “encadeamento jurídico” e dela, através de uma melhor leitura possível no presente, extraísse argumentos de coerência que bem poderiam confirmar ou, se necessário (e também como medida de coerência para com uma melhor leitura constitucional do tema), iniciar uma prática diametralmente oposta àquela que havia sido dominante no passado.

Ambos os marcos teóricos têm, portanto, uma proposta que se contrapõe ao vazio de um positivismo que se tornou disfuncional no Direito<sup>101</sup>, após a crise de um modelo de intervencionismo estatal que se valia do Direito como instrumento desta intervenção mas que não se poderia deixar criticar sob o crivo deste mesmo Direito e que, por tal motivo, tinha a norma como um espaço vazio no qual todo o conteúdo seria, em tese, possível e que, paradoxalmente, embora abrigando a pretensão de uma segurança jurídica que decorria da abstração e generalidade das leis, não pode responder à demonstração histórica concreta de que o Direito é estruturalmente indeterminado<sup>102</sup>.

Outro dos núcleos fundamentais de uma proposta emancipatória através do Direito é o pressuposto de que sua esfera não se esgota no Estado, isto é, que a lei não contém todo o Direito e que assumir uma perspectiva contrária poderia obstar uma dimensão efetiva de justiça, o que fora próprio do modo positivista de operar o Direito<sup>103</sup>.

Ora, mais uma vez invocando a descrição feita anteriormente sobre a proposta de Dworkin, em particular ao debater a formação do Direito, percebe-se que este modo positivista é precisamente inadequado a um Estado Democrático de Direito à medida que neste último uma comunidade se preten-

100 Esta é também a percepção de Chauí (1996, p. 18) sobre o pensamento de Lyra Filho.

101 Faria, 1996, p. 41.

102 Faria, 1986. p. 45-50.

103 Neste sentido, Chauí (1996, p. 19-21).



de não regida por um modelo de regras, mas por um liame principiológico, em que o Direito – ainda que densificado por vezes na dimensão normativa das regras jurídicas estatais – contém estes princípios como categoria normativa igualmente válida cujo manejo é perceptível e aplicável somente nas relações concretas da vida. E, por isto mesmo, tais princípios são historicamente construídos e re-significados a cada hipótese – papel histórico-reconstrutivo que também é visto por Chauí (1996, p. 25-26) naquilo que o Direito há de guardar de uma reserva de resistência contramajoritária, não se amoldando à mera condição marxista de “superestrutura” que necessariamente deriva da economia e que sobre ela não pode ter efeitos. E, como já fora registrado no presente texto, Dworkin, na esfera dos direitos fundamentais, atribui ao Direito visto sob a ótica da integridade também um propósito visivelmente contramajoritário.

Em síntese – e aqui também se observa um ponto de contato entre o pensamento de Lyra Filho (2002, p. 91) e a proposta dworkiniana – o esforço confesso é de dotar o Direito de uma alternativa que supere tanto ao vazio de um formalismo jurídico quanto as armadilhas paralisantes de um pragmatismo que vê no Direito apenas o espelho de uma “ordem social concreta”. Se também a proposta de um Direito emancipatório observa a tensão entre igualdade e liberdade (a qual, como dito, é articulada por Dworkin), ela igualmente observa a riqueza criativa desta tensão sob o ponto de vista democrático<sup>104</sup>.

## CONCLUSÃO

O confronto entre duas formas tão diversas de abordar a indeterminação estrutural do Direito – uma em Kelsen, e a segunda em Dworkin – sem dúvida revela os claros vínculos entre interpretação e aplicação do Direito e uma Teoria da Constituição. Este vínculo emerge, precisamente, da resposta à seguinte pergunta: o que é constituição para cada um destes teóricos? Em Kelsen, as cadeias epistemológicas impostas por um conceito de certeza científica o fizeram opor ciência do Direito ao próprio Direito, buscando a todo tempo ocultar o problema que era o seu próprio ponto de partida (a variabilidade de sentidos na aplicação do Direito). Para isto, a alternativa que lhe restava era apenas o traçar de uma moldura dos sentidos possíveis, o que requereu, como pressuposto, que o conceito científico de norma jurídica fosse despido de seu conteúdo e transformado na mera externalidade de um comando de autorização.

---

104 Idem, *ibidem*, p. 26-27.

Assim, o conceito de constituição para Kelsen não poderia ser outro que não uma simples norma de autorização de grande grau de generalidade, cuja ausência de conteúdo é, em si mesma, a confissão antecipada de um fracasso do qual ele somente se tornará minimamente ciente quando do seu “giro decisionista”<sup>105</sup>.

Já Dworkin retoma o tema precisamente enfrentando a assertiva kelseniana<sup>106</sup> de que a pretensão de uma correção interpretativa seja mera ficção jurídica. E, apoiado na hermenêutica filosófica reveladora de uma clara precariedade da razão, decide enfrentar o problema não pela fuga da indeterminação estrutural do Direito nos casos concretos, mas pelo enfrentamento direto destes casos e dos (também precários, porém indispensáveis) fragmentos de racionalidade aplicáveis a eles<sup>107</sup>. Tomando a formação das comunidades políticas na modernidade como ensejadoras de um modelo de organização principiológica, Dworkin pode observar que nos casos concretos – e somente neles – a articulação necessária e simultânea dos princípios mínimos que justificam a sua formação (liberdade e igualdade) pode assumir a feição de *certeza do Direito* e de *justiça*.

É assim, respeitada a irrepetibilidade das circunstâncias históricas e não ocultada a indeterminação de sentidos da linguagem, que o projeto da modernidade, no Direito, ganha uma feição realizável: um conceito de constituição imerso na polissemia e nas contradições da vida social, de tessitura tão complexa quanto esta própria vida – e, paradoxalmente, por isto mesmo mais apto a propiciar a segurança jurídica que Kelsen insistentemente buscou. Um conceito de constituição que, de forma exigente e insistente, ao formar e ao aplicar o Direito, não abre mão do que filosoficamente motiva a modernidade: a afirmação improvável, feita contra milênios de tradição humana, de que somos livres e iguais.

Se a Teoria da Constituição pode responder, adequadamente, à questão da indeterminação estrutural do Direito, ela o fará nos meandros complexos da

---

105 Kelsen, 2000. p. 396-397.

106 Idem, *ibidem*, p. 397.

107 A ideia que norteia esta conclusão, sem dúvida, é herdada da compreensão de que a crítica da razão moderna não pode ser levada tão longe a ponto de solapar as próprias bases de racionalidade em que esta crítica se fundamenta. Neste sentido é que utilizei, em parágrafos anteriores, a concepção de que Dworkin utiliza a modernidade contra seus excessos, evitando-se que, tal como em Adorno, o Iluminismo se afirme até a instância máxima de declaração de sua impossibilidade (segundo a expressão de Rouanet, 2005, p. 347). Ou, para aplicar esta ideia ao âmbito do objeto deste texto, que a compreensão kelseniana de constituição apenas chegue ao inevitável fim de um “vazio” absoluto de sentido ao Direito.

vida em uma sociedade plural, podendo, nesta perspectiva, ser realizador de liberdade e de igualdade. E isto não é, de forma alguma, pouco.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de enunciados, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2004.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 4 de outubro de 1988. 10. ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 90*, de 20 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 30 maio 2005b.

CARVALHO NETTO, M. de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 3, Belo Horizonte, jan./jun. 1997.

CHAUÍ, M. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do Direito. In: LYRA, D.A. (Org.). *Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

CHUEIRI, V. K de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Ronald Dworkin. In: ROCHA, L. S. (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Jm, 1997.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *Wittgenstein: Linguagem e Mundo*. São Paulo: Annablume, 1998.

DIAS, M. C. *Kant e Wittgenstein: os limites da linguagem*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará e Faperj, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. Disponível em: <<http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin>>. Acesso em: 3 jun. 2005.

FARIA, J. E. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, D.A. (Org.). *Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

GÜNTHER, K. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LYRA FILHO, R. A nova filosofia jurídica. In: MOLINA, M. C.; SOUSA JÚNIOR, J.G.; TOURINHO NETO, F. da C. (Orgs.). *Introdução crítica ao Direito Agrário: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986 (O Direito Achado na Rua; 3).

NASCIMENTO Jr., A. F. *Fragmentos da presença do pensamento idealista na história da construção das ciências da natureza*. Disponível em: <<http://www.fc.unesp.br/pos/revista/pdf/revista7vol2/art9rev7vol2.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2004.

## DOCTRINA

OMMATI, J. E. M. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. In: CATONNI, M. (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OMNÈS, R. *Filosofia da ciência contemporânea*. São Paulo: Unesp, 1996.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishers, 1995.