

Ronald Dworkin Pragmatista? Aproximações entre a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, e o Pragmatismo de Ludwig Wittgenstein*

José Emílio Medauar Ommati**

Neste I Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito realizado pelo Curso de Direito da PUC Minas Serro, pretendo hoje, após ter ouvido atentamente a brilhante exposição do Professor e grande amigo Alonso Reis Siqueira Freire, sobre a perspectiva pragmatista da corrente filosófica conhecida como Análise Econômica do Direito que, sem dúvida, tem entre seus mais importantes juristas e filósofos o Juiz Norte-Americano e Professor Richard Posner, e as críticas feitas por Ronald Dworkin a essa perspectiva, explorar uma possibilidade de interpretação e compreensão da obra de Ronald Dworkin pouco abordada no Brasil, na medida em que deixada pelo próprio autor como uma pressuposição de sua própria teoria.

Trata-se, como o próprio título de minha intervenção sugere, de uma relação entre a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, e uma certa perspectiva pragmatista, desenvolvida por autores como Donald Davidson e Ludwig Wittgenstein das Investigações Filosóficas. Como já vimos nesses dois dias de Congresso, o pragmatismo na filosofia pode ser compreendido a partir de diversas matrizes teóricas, muitas vezes antagônicas. Assim, ao contrário do que possa parecer, e será justamente isso que tentarei mostrar aqui, as críticas elaboradas por Ronald Dworkin contra o pragmatismo visam, na verdade, atacar apenas algumas vertentes consideradas pragmáticas, tais como a de Richard Rorty, Richard Posner, dentre outros. Considerando a teoria do direito como integridade, a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin, podemos perceber, contudo, uma certa vinculação a pressupostos pragmáticos constantes em autores tais como Donald Davidson e Ludwig Wittgenstein.

Aqui, pretendo apenas demonstrar a relação entre o direito como integridade e algumas questões levantadas por Ludwig Wittgenstein em suas Investigações Filosóficas, seja por questão de tempo, seja pelo fato de o expositor ter um maior domínio da filosofia pragmatista de Wittgenstein.

Para que consiga atingir meus objetivos, dividirei minha exposição em três grandes partes. Em um primeiro momento(I), farei uma rápida exposição do movimento filosófico denominado giro hermenêutico, apresentando os ganhos obtidos para o Direito com o giro hermenêutico de cariz gadameriano, já que a teoria do direito como integridade apresenta

* Agradeço aos professores Paula Maria Nasser Cury, Matheus de Mendonça Gonçalves Leite e Flávio Quinaud Pedron pela interlocução generosa sobre várias questões presentes nesse texto. Dedico esse trabalho à minha esposa Sarah e ao meu filho José Emílio Ommati Neto (Emilinho).

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor de Teoria da Constituição, Direito Constitucional I e Direito Constitucional II na PUC Minas – Campus Serro; Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas – Campus Serro.

uma forte herança hermenêutica, tal como trabalhada por Hans-Georg Gadamer. Na segunda parte(II), mostrarei os avanços alcançados com as reflexões de Ludwig Wittgenstein em suas Investigações Filosóficas. Já na parte final deste trabalho(III), abordarei o pensamento de Ronald Dworkin, tentando demonstrar justamente a relação entre a teoria do direito como integridade e o pragmatismo de Wittgenstein, concluindo que, se Dworkin critica o pragmatismo de Posner, por exemplo, sua teoria do direito como integridade não deixa de ser pragmática a partir das reflexões de Wittgenstein.

I

Pois bem. A questão sobre o que significa determinada coisa e como podemos apreender a sua idéia é bastante antiga e já fora colocada por Platão. Platão entendia que as coisas carregavam em si sua idéia. Assim, ao falarmos “cadeira”, poderíamos nos entender, pois toda cadeira possui uma essência, imutável, apreendida pela razão humana. Portanto, embora existam cadeiras as mais diversas todas elas compartilham das mesmas características, é dizer, da mesma essência.(PLATÃO, 2001, p. 449 a 497) Essa teoria, conhecida como teoria das essências, perdurou por muito tempo, tendo, por exemplo, em Schleiermacher, um dos seus defensores na hermenêutica moderna.

Schleiermacher pretendeu fundar a moderna hermenêutica. Para ele, a interpretação deveria buscar a intenção do autor, mas não da forma em que pensada pelo autor, mas atualizando-o, daí ele dizer que devemos compreender o autor melhor do que ele próprio se compreendeu.(SCHLEIERMACHER, 2001) Ele é citado por Grondin(GRONDIN, 1999) como um autor importante para a história moderna da hermenêutica, pois Schleiermacher já percebe a tarefa primordial da hermenêutica: tentar desfazer os mal entendidos. Assim, formula regras hermenêuticas, tais como encontrar a unidade interna ou o tema de uma obra e encontrar a originalidade da compreensão, mas sempre sabendo que sempre permanece algo não descritível, algo que foge ao intérprete.(SCHLEIERMACHER, 2001, p. 99 a 102) Como afirma Gadamer(GADAMER, 2003, p. 288), para Schleiermacher a interpretação e a compreensão se interpretam tão intimamente como a palavra exterior e interior e todos os problemas da interpretação são, na realidade, problemas da compreensão. No entanto, como mostra Gadamer, Schleiermacher acredita na possibilidade de um método que cumprisse a tarefa essencial da hermenêutica: evitar mal entendidos. Método esse universal. Assim, Schleiermacher tenta fundar uma hermenêutica universal.(GADAMER, 2003, p. 289 a 298)

Também autores como Dilthey e Droysen tentaram resolver o problema do mal entendido, agora sob a perspectiva histórica. Buscaram fundar um método objetivo para as ciências do espírito, já mostrando a importância do preconceito para fundar a compreensão. No entanto, apesar de visualizarem a importância do preconceito, tentaram, paradoxalmente, exorcizá-lo, retirá-lo da busca do sentido dos textos, ainda presos ao modelo cientificista e positivista dos séculos XVIII, XIX e início do século XX.(REIS, 2003; GRONDIN, 1999, p. 139 a 156) Podemos dizer, utilizando a terminologia de Martin Kusch, que para esses autores, como também para E. Husserl, autor importante para entendermos as idéias primordiais de Heidegger, a linguagem é vista como cálculo. Em outras palavras, para esses autores, a linguagem pode se tornar uma linguagem matemática, formalmente perfeita, sem vícios, portanto, completamente racional. Essa também era a

pretensão de Wittgenstein do *Tractatus Logico-Philosophicus*.(KUSCH, 2003; WITTGENSTEIN, 2001)

Será Heidegger quem mostrará a inadequação dessas idéias, iniciando o processo de reviravolta lingüística na filosofia, abrindo o próprio caminho para as reflexões posteriores de Hans-Georg Gadamer. Assim, para uma correta compreensão de Gadamer, mister passarmos, mesmo que rapidamente, pela hermenêutica heideggeriana e, o que é mais interessante, para que compreendamos bem a hermenêutica de Heidegger, importante mostrarmos alguns aspectos da denominada fenomenologia, tal qual construída por Edmund Husserl, já que Heidegger pretendeu demonstrar alguns equívocos de seu Mestre Husserl.

Iniciemos, então, com uma questão: O que Husserl compreende por fenomenologia?

O termo é bastante amplo e pode englobar várias acepções se ficarmos apenas em seu sentido etimológico: estudo ou ciência do fenômeno.(DARTIGUES, 2003, p. 1) Assim, a etimologia não nos ajudará muito, pois tudo pode ser fenomenologia, já que as coisas aparecem para nós como fenômeno. Também se buscarmos na filosofia, não será de grande ajuda. Assim, podemos encontrar uma fenomenologia de estilo kantiano ou hegeliano, mas, hoje, quando se fala em fenomenologia pensa-se imediatamente em Husserl, pois foi ele que pegou emprestado um termo antigo, remodelando-o, de forma a originar uma verdadeira revolução na filosofia do século XX.

A pretensão de Husserl, ao utilizar o termo fenomenologia, era a de tornar a filosofia e as ciências em geral realmente rigorosas, no sentido do positivismo da época. Assim, buscava Husserl, com o método fenomenológico, apreender as coisas como realmente elas são e não em sua aparência.(DARTIGUES, 2003; KUSCH, 2003) Para isso, ele tentou apreender a coisa em si, através do método que ele denominou de redução eidética.¹ Esse método, em poucas palavras, significa que o pesquisador deve direcionar sua consciência para determinado objeto e, após isso, retirar do objeto visualizado tudo o que não é essencial, reduzindo-o à sua essência.(DARTIGUES, 2003, p. 30 a 35) Como já afirmado acima, Husserl achava que esse método poderia ser aplicado a qualquer objeto. Contudo, quando Heidegger, um inteligente discípulo de Husserl, pretendeu aplicar o método fenomenológico ao ser humano, percebeu o fracasso da teoria.

Heidegger percebeu que, se aplicasse o método fenomenológico ao próprio homem, encontraria uma resposta paradoxal: a essência do homem, vale dizer, aquilo no homem que não muda, é o próprio fato da mudança. E não era só isso: Heidegger encontrou três coisas no homem que são imutáveis: a mudança, a relação do homem com o tempo e a linguagem.(HEIDEGGER, 2000)

¹ Há na obra de Husserl uma diferença que aqui não será trabalhada para simplificar sua teoria e por motivo de tempo e de espaço entre redução fenomenológica e redução eidética. A redução eidética somente é possível em razão da redução fenomenológica. Por redução fenomenológica, entende-se a redução da realidade ao que a consciência conhece. Assim, pode-se dizer que a realidade somente é apreensível por aquilo que a nossa consciência é capaz de conhecer. Nesse sentido, vide: DARTIGUES, André. **O Que é a Fenomenologia?** 8ª edição, São Paulo: Centauro Editora, 2003.

Heidegger, então, começa o movimento do giro hermenêutico, entendendo agora a linguagem não mais como cálculo, mas sim como meio universal. Em outras palavras, o homem é linguagem, é tempo e muda. Não é a toa que vai afirmar que o que caracteriza o ser do homem é o conhecer.(HEIDEGGER, 2000) A essência do homem, que Heidegger passará a designar pelo termo *Dasein*(estar-aí no mundo, ser-aí no mundo, estar jogado no mundo, traduções todas elas imperfeitas e precárias para algo muito mais complexo e rico do que todas essas idéias juntas) é o fato da mudança. Daí ele dizer que o *Dasein* caracteriza-se pela sua precariedade, é um ser para a morte, é decadente. Além disso, afirma que a verdade está no *Dasein*, sendo também ela precária, mutável, porque baseada na linguagem e na percepção do homem.

Outro avanço da filosofia de Heidegger é que o homem é, em sua essência, a “memória do ser”, ele é o momento fundamental do evento de desvelamento do ser, só se podendo falar de linguagem, no sentido estrito da palavra, aí onde o ser se desvela, se abre, ou seja, no homem. O homem, ser histórico, quando pergunta, já o faz dentro de uma tradição cultural específica.(OLIVEIRA, 2001, p. 201 a 202) Assim, Heidegger vai dar uma nova dignidade à noção de preconceito e de tradição, até aquele momento tidos como contrários à ciência. O Iluminismo foi o responsável pelo exorcismo da tradição e do preconceito, como idéias contrárias à racionalidade. Heidegger criticará tal entendimento.

Já se pode perceber a importância da filosofia de Heidegger, ao marcar que toda interpretação depende de uma posição prévia, visão prévia e uma concepção prévia. Mas, a filosofia de Heidegger foi mais além ao se questionar sobre a essência do ser, do homem enquanto tal.

Para Heidegger, o ser acontece como fenômeno na linguagem e enquanto linguagem. A linguagem, que só pode ser adequadamente pensada a partir da temporalização do tempo enquanto evento de revelação é um dizer, dizer no sentido original da palavra, isto é, mostrar, deixar aparecer, ver, ouvir. A linguagem deixa aparecer o ser como sentido; ela é, por isso, a casa do ser. Se o ser emerge enquanto linguagem, a linguagem é o caminho necessário de nosso encontro com o mundo, já que é o sentido que funda e instaura todo o sentido. Nesse sentido, o homem é originariamente diálogo, linguagem: diálogo com o ser, com o sentido originário que historicamente nos interpela. Ser homem é, assim, acolher o chamado como historicamente incondicionado e inevitável. Se o ser é revelação do sentido-interpelação, dom ele é, também, essencialmente mistério, pois esse sentido não é previamente determinável, já que provém da escuridão do inconceituável previamente. É um dar-se histórico, marcado pela imprevisibilidade, improgramabilidade de tudo o que é propriamente histórico.(OLIVEIRA, 2001, p. 211 a 221)

A grande descoberta e importância da filosofia de Heidegger foi a intuição de que o nosso ser, o que nos marca como seres humanos, é a nossa temporalidade. Em outras palavras, somos tempo e, enquanto tal, nossa verdade é sempre datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada, o que não a invalida de forma alguma.

Heidegger, assim, modifica todo o pensamento filosófico até então, baseado na idéia de que temos acesso a um mundo que é externo a nós. A própria linguagem seria uma criação externa para funcionar como uma ponte entre o interno e o externo. Já em Heidegger percebemos que a linguagem e o mundo estão interligados, o mundo se apresenta a nós enquanto linguagem. A compreensão do mundo e de todas as coisas, inclusive de nós mesmos, se dá a partir de uma tradição, de uma história, de uma compreensão prévia. Não há a essência da coisa, como pensava Platão, independente do ser que a visualiza. No entanto, afirmar a inexistência das essências não nos leva direto ao relativismo e ao ceticismo, pois estamos imersos em uma tradição, um pano de fundo de silêncio que dá sentido a nós mesmos e a tudo o que nos rodeia, àquilo que Gadamer chamou de tradição.

Tudo isso fica mais claro quando analisamos a filosofia de Gadamer que aprofundará as reflexões de Heidegger, de tal forma que o próprio Heidegger dirá que aquelas reflexões feitas por Gadamer em *Verdade e Método* sobre ele(Heidegger) não seria mais fiel ao seu pensamento(de Heidegger)². Tudo porque Gadamer pretendeu, em *Verdade e Método*, se colocar, de um lado, entre Husserl e Heidegger, e por outro, Hegel.³

Hans-Georg Gadamer será o filósofo que marcará o giro hermenêutico na filosofia, ao aprofundar as pesquisas e estudos de Heidegger, mostrando a importância do preconceito para a produção da verdade científica. E mais, vai demonstrar de forma cabal que a ciência não pode abdicar do preconceito, que é inerente ao homem. O preconceito aqui deve ser entendido como aquele conjunto de valores e crenças arraigados no homem e que dá característica de humanidade ao próprio homem.

Para Eduardo C.B. Bittar:

O ser-no-mundo carrega esta experiência do estar-aí (*Dasein*) da qual não pode se desvincular; não posso modificar minha compreensão-de-mundo, pois ela é já determinada pela minha história-de-mundo, da qual não posso me alhear. As condições existenciais (existere, estar-aí) em que sou posto determinam também as condições com as quais interpreto e con-vivo com o mundo. A existência ou não dos “pré-conceitos” na determinação de todo sentido apreendido do mundo não depende da vontade humana. Os “pré-conceitos” existem, no sentido deste estar-aí contra o qual não se pode lutar, e estão presentes na avaliação de cada peça de nossa interação com o mundo. A vontade pode dizer não e renunciar aos “pré-conceitos”, mas esta é já uma postura claramente carregada de “pré-conceitos” e de tomadas de posição próprias de um sujeito histórico e gravado por uma experiência peculiar.(BITTAR, 2002, p. 184 a 185)

De acordo com Gadamer:

Esse é o ponto de partida do problema hermenêutico. Por isso havíamos examinado o descrédito do conceito do preconceito no *Aufklärung*. O que, sob a idéia de uma autoconstrução absoluta da razão, se apresenta como um preconceito limitador, é parte integrante, na verdade, da própria realidade histórica. Se se quer fazer justiça ao modo de

² Heidegger teria afirmado sobre *Verdade e Método*: “Das ist nicht mehr Heidegger!”, que, em português, significa: “Isto não é mais Heidegger”. In: KUSCH, Martin. **Linguagem como Cálculo versus Linguagem como Meio Universal**. 1ª reimpressão, São Leopoldo: Unisinos, 2003, Parte IV.

³ Nesse sentido, a autocaracterização de Gadamer: “Zwischen Husserl und Heidegger – und Hegel...”, que, em português significa: “Entre Husserl e Heidegger – e Hegel...”. In: KUSCH, Martin. *Op.cit.*, Parte IV.

ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos.(GADAMER, 2003, p. 416)

Além disso, Gadamer demonstrará nossa condição hermenêutica fundamental e da qual não podemos escapar. Somos seres históricos e que interpretam todos os eventos do mundo. Em outras palavras, todo o nosso mundo é um mundo de textos e das interpretações que fazemos desses textos. Se assim é, como podemos garantir a verdade e a cientificidade da ciência?

Certamente, não é mais apenas através de um método preconcebido e rígido, mas levando em consideração o peso da história e da tradição, em outras palavras, do pano de fundo de concepções e preconceitos que marcam a nossa vida.

Seriam apenas essas as inovações fundamentais de Gadamer? A resposta quem nos dá é Maria Luísa Portocarrero Ferreira da Silva. Para a filósofa portuguesa, a inovação fundamental de Gadamer não se esgota, como normalmente se pensa, no modo como o autor critica a ciência e o método enquanto leituras unívoco-inspectivas, habituais da experiência. Gadamer nos mostra exatamente que algo na experiência exige a sua repetibilidade. Para a autora, é este o núcleo simultaneamente fundamental e paradoxal da teoria gadameriana da experiência que exige uma atenção à dimensão positiva do preconceito. Em outras palavras, o processo da experiência, tal como é apresentado por Gadamer, é, em si mesmo, um processo aporético. Na experiência, espelha-se, no fundo, o paradoxo do existir: um ser sempre jogado entre o sentido que constantemente antecipa, exige e repete como sentido comum(ou universal) e o não sentido, ou limite, que permanentemente assalta, contrariando-a, toda a expectativa humana. Assim, se para Gadamer, a descoberta da estrutura heideggeriana da antecipação fundamental de toda a experiência humana exige uma crítica à esquematização puramente gnosiológica da experiência, ela faz aparecer, também, a sua necessidade fundamental. A Hermenêutica deve hoje redescobrir como pressuposto a vontade humana de sentido universal, por detrás de toda a vontade humana de poder e reinterpretar a partir de uma reflexão sobre a temporalidade ou caducidade fundamental do existir. Por isso mesmo, a pergunta fundamental da hermenêutica gadameriana é a seguinte: quais as conseqüências que surgem, para a Hermenêutica, do fato de Heidegger ter derivado a estrutura circular do existir, da sua temporalidade fundamental?

Na resposta a esta questão, Gadamer conduz-nos diretamente para a problemática da autoridade, da tradição e da legitimidade do preconceito, isto é, faz-nos pensar nos dois aspectos fundamentais de um mesmo problema: o primeiro refere a verdadeira razão pela qual a ciência e toda a tradição metafísica evitaram pensar o puro não ser, implicado na experiência da finitude; o segundo faz aparecer a dimensão sempre finita, interessada, histórica ou preconceitual da repetibilidade e positividade de toda experiência humana.

Alargar a repetibilidade do sentido da experiência, unidimensionalmente explorada pela ciência e por toda a filosofia de tipo epistemológico não significa, pois, negar o seu sentido fundamental, mas descobrir a sua dimensão ontológica originária sem descurar a temporalidade e a negatividade essencial de toda a experiência.

Compreende-se, então, que a questão decisiva da experiência não possa hoje reduzir-se à da sua contribuição para a formação do conceito e do saber. A verdadeira

experiência é, para Gadamer, sempre dolorosa e desagradável, exige uma inversão da consciência, mas nem por isso condena o homem, que a sofre, à errância e ao absurdo. (SILVA, 1995, p. 8 a 9)

Para Gadamer, a nossa historicidade não é uma limitação, mas antes “condição de possibilidade” de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora “condições transcendentais” de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, possibilitada.

A preocupação fundamental do pensamento de Gadamer é a superação da filosofia da subjetividade. O que importa, acima de tudo, é vincular o sujeito que compreende à história, explicitar a precedência e a influência da história em todo conhecimento humano, em última análise, no ser do sujeito. Nessa perspectiva se revela ilusório o ideal de transparência plena do sujeito, articulado na filosofia moderna da consciência, como também o ideal do conhecimento pleno dos acontecimentos históricos como elaborou o historicismo moderno. A “onipotência da reflexão”, típica da filosofia moderna da consciência, é dobrada pela resistência de uma realidade que não se deixa sem mais absorver pela reflexão.

O sujeito já desde sempre se “experimenta” no seio de um mundo de sentido, ao qual ele pertence e que nunca simplesmente pode tornar-se seu objeto, pois é sempre o horizonte a partir de onde qualquer conteúdo singular é captado em seu sentido. Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende. Esse é o círculo hermenêutico de Gadamer.

E é justamente por meio da linguagem que seria possível o desenvolvimento da experiência hermenêutica.

A compreensão, e esta é a tese central de Gadamer, não é a transposição para o mundo interior do autor e uma recriação de suas vivências, mas um entender-se a respeito da “coisa”. Ora, a linguagem é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os parceiros sobre a coisa em questão. Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao intérprete. Assim, o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da

influência da história. Há, assim, uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem.

A tese de que a essência da tradição é caracterizada por sua dimensão lingüística (sua “lingüicidade”) tem, para Gadamer, conseqüências hermenêuticas. A tradição lingüística é, no sentido estrito da palavra, “tradição”, isto é, não se trata, simplesmente, aqui, de algo que restou do passado. Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. A escrita traz, assim, algo novo para a situação hermenêutica, pois na forma da escrita o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente, já que nele se efetiva a coexistência do passado e do presente. Pela escrita, qualquer presente pode ter acesso ao transmitido, pode, assim, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. A escrita realiza a transcendência do sentido acima da contingência histórica que gerou.(OLIVEIRA, 2001, p. 227 a 233)

Para Gadamer, o fundamento do fenômeno hermenêutico se encontra na finitude de nossa experiência histórica. E essa finitude pode ser demonstrada através justamente da linguagem e pelo fato de nos constituirmos linguisticamente. Assim, a nossa relação com o texto e com o próprio mundo é sempre circular, semelhante a um jogo, em que de um lado temos o texto e todo o sentido que a tradição nos legou desse texto, e de outro, temos o(s) leitor(es), com seus preconceitos, suas histórias de vida, a testar essa tradição a partir de sua vivência.⁴

Além do mais, algo que será fundamental para a hermenêutica jurídica será o fato de que, para Gadamer, qualquer ato de interpretação já é em si um ato de aplicação. É por isso que Gadamer dá os exemplos da hermenêutica teológica e jurídica, preocupadas com o momento da aplicação do texto. De acordo com Gadamer:

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica.(GADAMER, 2003, p. 461)

E, mais a frente, para reafirmar sua posição, Gadamer apresenta o exemplo da hermenêutica jurídica. E o faz a partir da volta a Aristóteles. Para Gadamer, Aristóteles é um autor importante, por ter ressaltado a importância do saber prudencial no ato de aplicação dos textos.(GADAMER, 2003, p. 465 a 482) Para Gadamer, ao contrário do que se pensa, não há diferença entre a hermenêutica histórica e a hermenêutica jurídica. De maneira inicial, podemos dizer que o jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso concreto do qual partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode

⁴ Sobre a questão da importância do jogo na filosofia de Gadamer e sua relação com os jogos de linguagem de Wittgenstein, vide: ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: Entre a Linguagem da Experiência e a Experiência da Linguagem*. 1ª reimpressão, São Leopoldo: Unisinos, 2003.

se contentar, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual.

Contudo, essa caracterização inicial do historiador do direito e do jurista não é, para Gadamer, satisfatória. É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei.

Já a função do historiador do direito é diferente. Aparentemente, a única coisa que ele tem em mente é o sentido originário da lei, qual seu valor e intenção no momento em que foi promulgada. Mas como chegar a reconhecer isso, pergunta Gadamer. Ser-lhe-ia possível compreendê-lo sem se tornar primeiro consciente da mudança de circunstâncias que separa aquele momento da atualidade? Não estaria obrigado a fazer exatamente o mesmo que o juiz, ou seja, distinguir o sentido originário do conteúdo de um texto legal desse outro conteúdo jurídico em cuja pré-compreensão vive um homem atual? Assim, para Gadamer, a situação hermenêutica é a mesma, tanto para o historiador como para o jurista, ou seja, ante todo e qualquer texto todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediato. Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional. O historiador tem que realizar a mesma reflexão que deve orientar o jurista.(GADAMER, 2003, p. 483 a 486)

II

A obra de Ludwig Wittgenstein pode ser dividida em duas fases. Na primeira fase, em que o autor escreveu o *Tractatus Logico-Philosophicus* em 1922, Wittgenstein tenta construir uma teoria em que fosse possível, através de critérios claros e objetivos, dominar a linguagem e torná-la algo objetivo e científico. No entanto, sua tentativa foi vã, pois logo descobriu que a linguagem é fluida, não pode ser aprisionada, evoluindo com a história humana. Foi exatamente por essa razão que Wittgenstein reformulou completamente sua teoria exposta no *Tractatus*, quando escreveu suas *Investigações Filosóficas*. Se o *Tractatus* é uma obra magistral em termos de método, as *Investigações* é completamente o oposto: uma obra aparentemente sem coerência lógica, em que o autor simplesmente escreve, de maneira desordenada, suas impressões sobre o que seja a linguagem e a função que ela desempenha na vida humana.⁵

Mas, é nessa última obra de Wittgenstein que aparece um conceito fundamental que vai modificar toda a filosofia até então, o conceito de jogos de linguagem. Com esse

⁵ Nesse sentido, basta ver os primeiros parágrafos das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2ª edição, Petrópolis: Vozes, 1996.

conceito, Wittgenstein promove o giro pragmático na filosofia. Vejamos como se deu a construção desse conceito e a importância dele para a Filosofia como um todo.

Começaremos pela crítica de Wittgenstein à teoria objetiva da linguagem, de acordo com a qual existe um mundo “em si”, cuja estrutura podemos conhecer pela razão e depois comunicar aos outros por meio da linguagem. A linguagem é instrumento secundário de comunicação de nosso conhecimento do mundo. Segundo essa teoria objetiva, no entender de Wittgenstein, essa é a única função ou, pelo menos, a função mais importante da linguagem humana.

No entanto, como diz Wittgenstein, para começar isso é falso em sua exclusividade, pois com a linguagem podemos fazer muito mais coisas do que designar o mundo. Escreve o autor nas suas *Investigações Filosóficas*:

23. Mas quantas espécies de frases existem? Porventura asserção, pergunta e ordem? – Há inúmeras de tais espécies: inúmeras espécies diferentes de emprego do que denominamos “signos”, “palavras”, “frases”. E essa variedade não é algo fixo, dado de uma vez por todas; mas, podemos dizer, novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem surgem, outros envelhecem e são esquecidos. (As mutações da matemática nos podem dar uma imagem aproximativa disso.)

A expressão “jogo de linguagem” deve salientar aqui que falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida.

Tenha presente a variedade de jogos de linguagem nos seguintes exemplos, e em outros:

Ordenar, e agir segundo as ordens-

Descrever um objeto pela aparência ou pelas suas medidas-

Produzir um objeto de acordo com uma descrição (desenho)-

Relatar um acontecimento-

Fazer suposições sobre o acontecimento-

Levantar uma hipótese e examiná-la-

Apresentar os resultados de um experimento por meio de tabelas e diagramas-

Inventar uma história; e ler-

Representar teatro-

Cantar cantiga de roda-

Adivinhar enigmas-

Fazer uma anedota; contar-

Resolver uma tarefa de cálculo aplicado-

Traduzir de uma língua para outra-

Pedir, agradecer, praguejar, cumprimentar, rezar.

- É interessante comparar a variedade de instrumentos da linguagem e seus modos de aplicação, a variedade das espécies de palavras e de frases com o que os lógicos disseram sobre a estrutura da linguagem. (Inclusive o autor do *Tratado Lógico-Filosófico*.) (WITTGENSTEIN, 1996, p. 26 a 27)

Portanto, a teoria objetivista da linguagem é reducionista, uma vez que reduz todas as funções da linguagem a uma única.

Wittgenstein desce, ainda, às pressuposições epistemológicas da posição objetivista: que o conhecimento humano é algo não lingüístico, uma tese que, à primeira vista, parece ser, de modo geral, comum à tradição, até mesmo à filosofia da consciência da modernidade. Wittgenstein vai criticar essa posição exposta por ele mesmo no *Tractatus*:

379. Primeiro, reconheço-o como isto; e recordo-me de como é chamado. –Pondere: Em que casos pode-se dizer isso com razão?

380. Como reconheço que isso é vermelho?–“Eu vejo que é isso; e sei então que é assim que isso se chama.” Isso?-O quê?! Que espécie de resposta a esta questão tem sentido?

(Você está à cata sempre de novo de uma explicação ostensiva interior.)

Eu não poderia aplicar nenhuma regra à passagem privada do que se viu para a palavra. Aqui as regras estavam realmente flutuando no ar; pois falta a instituição de sua aplicação.(WITTGENSTEIN, 1996, p. 159)

E, mais a frente, escreve:

384. Você aprendeu o conceito “dor” com a linguagem.(WITTGENSTEIN, 1996, p. 160)

Atributos, entidades, as próprias coisas se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. Isso significa, de fato, apesar de não estar expresso em Wittgenstein com tanta clareza em virtude do próprio caráter assistemático de sua obra, a descoberta da transcendentalidade da linguagem humana, de seu caráter transcendental, tese hoje levada às últimas conseqüências na Pragmática Transcendental. A linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado. É, antes, condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal. Com isso se afirma, contra a filosofia moderna, que não há consciência sem linguagem, de modo que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento humano, a pergunta típica da filosofia transcendental, não é respondida sem uma consideração da linguagem humana. A teoria objetivista da linguagem cai, então, por terra, pois se entidades, coisas, atributos, propriedades, eventos, etc. não nos são dados sem a mediação lingüística, é um absurdo querer determinar a significação de expressões lingüísticas pela ordenação de palavras a realidades por meio de convenções.

Ocorre, então, com o segundo Wittgenstein, uma superação do dualismo epistemológico-antropológico, que entendia a linguagem como fenômeno complexo de dupla dimensão: a realidade física produzida por atos corpóreos deve ser, para se tornar linguagem humana, acompanhada por certos atos espirituais, processos internos (manifestações lingüísticas do dualismo corpo-espírito). Somente por meio da transformação efetuada por esses atos espirituais as palavras têm, propriamente,

significação. Isso é, portanto, o dualismo entre sentido e produção de sons. A toda expressão acústica pertence um mecanismo interior, espiritual. As dificuldades que o dualismo corpo-espírito sempre provocaram na concepção do homem manifestam-se aqui também. Como entram, propriamente, em relação realidades tão diversas? Como pode o espiritual intervir sobre o corporal? Como se pode transcender o corpóreo para atingir o espiritual, o interior? Como resolver o problema dessa dualidade de esferas a que fica reduzido o processo cognoscitivo-lingüístico: de um lado o falar ou ler, do outro o ter-em-mente, compreender, pensar?

Tal dualismo se torna mais radical ainda com a concepção individualista da consciência, do espírito (dualismo indivíduo-sociedade). As pessoas são reduzidas a mônadas isoladas, com consciências individuais às quais só o indivíduo tem acesso. Como é possível nessa perspectiva a comunicação humana? Como é possível a linguagem como fenômeno social? Que sentido tem descrever fenômenos psíquicos individuais, se os outros não têm acesso a essa dimensão? Como assinalado acima, a crítica a essa concepção da linguagem é uma das constantes das Investigações Filosóficas de Wittgenstein.

Para Wittgenstein, somos levados a conceber, pela suposição feita a partir do próprio uso destas palavras, que pensar, ter-em-mente, compreender são atos, atividades corporais. Ou seja, é a própria gramática dessas palavras que nos induz a essa ilusão metafísica. O autor retoma, constantemente, a crítica a essa teoria, pois ela significa, por assim dizer, a teoria concorrente a sua própria teoria da linguagem. O que é decisivo para distinguir as duas é a resposta à questão: o que confere significação às palavras?

Para a outra teoria, são os atos intencionais, internos e espirituais; para Wittgenstein, por outro lado, é o próprio uso das palavras nos diversos contextos lingüísticos e extralingüísticos, nos quais as palavras são empregadas. Não se trata de negar a existência de tais atos, mas de retirar deles o papel de instância doadora de significação às expressões lingüísticas.

A crítica de Wittgenstein consiste, em primeiro lugar, em mostrar que, em muitos dos exemplos empregados pela outra teoria, tais atos são simplesmente inexistentes, pelo menos nem sempre existem. Nesse sentido:

178. Dizemos também: “Você vê que me deixo conduzir por ela” –e o que vê quem está vendo isto?

Quando digo para mim mesmo: “Estou de fato sendo conduzido” –talvez faça um movimento com a mão que exprima a condução. –Faça um movimento com a mão como se guiasse alguém ao longo de uma linha e faça então para si mesmo a pergunta, em que consiste o elemento condutor deste movimento. É que aqui você não conduziu ninguém. E, de fato, você quer chamar esse movimento de movimento ‘condutor’. Portanto, neste movimento, nesta sensação, não estava contida a essência da condução e, no entanto, ela o impeliu a usar esta designação. É justamente uma forma de manifestação da condução que nos impõe esta expressão.(WITTGENSTEIN, 1996, p. 102)

Em um segundo momento, Wittgenstein procura mostrar que mesmo existindo tal componente espiritual, ele não teria significação para a determinação da significação das

palavras, pois esta se faz por meio do exame do uso. Tendemos a achar que palavras como ter-em-mente, compreender, afirmar (os atos espirituais) têm um sentido único e bem determinado. No entanto, cada uma delas possui significações diversas de acordo com o uso para a determinação dessa significação, não importando que haja atos intencionais paralelos ou não.

Vejam os argumentos de Wittgenstein sobre o ter-em-mente. Um trecho de sua obra servirá de exemplo:

“95. “O pensar tem que ser algo singular”. Quando dizemos, quando temos em mente que a coisa é assim e assim, não nos detemos com o que temos em mente em algum lugar diante do fato: mas temos em mente que isto e isto – assim e assim – é. – Mas pode-se exprimir este paradoxo (que tem forma de evidência) também assim: pode-se pensar o que não é o caso.”(WITTGENSTEIN, 1996, p. 67)

Percebe-se que para Wittgenstein o ter-em-mente é um conceito aberto, de muitos significados, e procura mostrar que em muitos de seus usos não há, propriamente um ato espiritual.⁶

Depois, mesmo existindo, esse ato é sem importância, pois, em primeiro lugar, não é o ter-em-mente que determina o sentido, do contrário, com o ter-em-mente eu poderia significar o que quisesse e, por outro, o próprio fracasso no querer com uma frase significar algo não torna essa frase sem sentido. O fato de alguém realmente compreender o que uma frase significa, compreender seu sentido, não depende absolutamente de que eu tenha querido significar isso. A compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada e não do ato intencional de querer significar. O compreender é um elemento de uma forma de vida, na qual se está inserido em virtude do contexto sócio-histórico. Por fim, não posso arbitrariamente decidir significar com uma palavra algo, sem que jamais essa palavra tenha sido utilizada para isso. O que decide realmente sobre o sentido de uma palavra é seu uso real. É o que Wittgenstein chama de jogo de linguagem. Mesmo que as pessoas anotassem a palavra escolhida por mim para significar algo, isso não bastaria se elas, de fato, não a usassem. Não há atos autônomos, isto é, totalmente desvinculados dos contextos de sentido.

Em outras palavras, Wittgenstein retoma a análise de Gadamer, com outros termos, quando afirma que o sentido da palavra deve ser atualizado no contexto. Não é por outro motivo que o autor das *Investigações Filosóficas* afirma que os jogos de linguagem surgem, se desenvolvem, morrem, outros aparecem, etc. São as práticas sociais que tornam viva a linguagem. Através da linguagem, eu coordeno a ação; gero formas de vida as mais diversas.

⁶ Nesse sentido, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op.cit.*, p. 22 a 23, números 19-22; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op.cit.*, p. 32 a 34, números 33-35; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op.cit.*, p. 106 a 107, números 187-188; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op.cit.*, p. 188 a 189, números 507-510; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op.cit.*, p. 196, números 540-541; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op.cit.*, p. 225 a 228, números 665-682; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas. Op.cit.*, p. 229 a 230, números 687-693.

No entanto, tendemos sempre à afirmação da outra teoria, sobretudo por duas razões: primeiro, pela tendência essencialista, fruto do peso histórico da tradição do pensamento ocidental; segundo, por sedução da linguagem comum, pois assim como trabalhar, andar, etc. designam atos, concluímos que pensar, ter-em-mente, compreender designam atividades privadas efetuadas no interior da consciência individual. Daí a idéia de mundo espiritual, como um segundo mundo ao lado da realidade visível. O papel da filosofia, para Wittgenstein, não é o de apresentar hipóteses ou teorias, mas o de libertar o filósofo, aprisionado na armadilha da linguagem. Assim, para Wittgenstein, a finalidade da filosofia é lutar contra o enfeitamento do nosso entendimento pelos meios da nossa linguagem. (SPANIOL, 1989, p. 112; p. 138 a 140)⁷

Quanto à palavra compreender, Wittgenstein segue o mesmo esquema de trabalho utilizado para a palavra ter-em-mente. Assim:

151. Mas há também este emprego da palavra “saber”: dizemos “Agora sei!” –e, igualmente, “Agora sou capaz!” e “Agora compreendo!”

Imaginemos o seguinte exemplo: A anota séries de números; B fica observando-o com o intuito de achar uma lei na seqüência dos números. Tendo conseguido, grita: “Agora sou capaz de continuar!” –Esta capacidade, esta compreensão é, portanto, algo que se dá num instante. Verifiquemos então: O que é que se dá aqui? –A escreveu os números 1, 5, 11, 19, 29; B diz que sabe continuar. O que aconteceu? Pode ter acontecido diversas coisas; p.ex.: enquanto A coloca lentamente um número após o outro, B está atarefado em experimentar diversas fórmulas algébricas nos números anotados. Assim que A escreveu o número 19, B experimentou a fórmula $a_n = n^2 + n - 1$; e o próximo número confirmou a sua suposição.

Ou então: B não pensa em fórmulas. Ele fica observando, com um certo sentimento de tensão, como A escreve os seus números; ao mesmo tempo, flutua na sua cabeça toda sorte de pensamentos vagos. Por fim, ele se pergunta: “Qual é a série de diferenças?” Ele acha: 4, 6, 8, 10 e diz: Agora sou capaz de continuar.

Ou olha bem e diz: “Sim, conheço esta série”... –e a continua; como teria feito, p.ex., se A tivesse escrito a série 1, 3, 5, 7, 9. –Ou ele não diz absolutamente nada e continua escrevendo a série simplesmente. Ele teve talvez uma sensação, que se pode chamar de “isto é fácil!” (Uma tal sensação é, p.ex., a sensação de inspirar o ar, leve e rapidamente, depois de um leve susto.) (WITTGENSTEIN, 1996, p. 86 a 87)

Percebe-se, através desse exemplo matemático, que compreender não designa um ato intencional, a captação de uma imagem, a vivência interior de um sentido, mas, antes, um saber como se faz, um dominar uma técnica.

Quando se diz que alguém compreende uma série de números? Quando é capaz de continuar a série. Em outras palavras, a realização da continuação é aqui o critério para se poder falar em compreensão. Compreender significa adestrar-se a determinada práxis, é inserir-se em determinada forma de vida. Sei, portanto, se alguém compreendeu uma palavra se posso observar que ele a emprega corretamente. O que está em jogo nas análises

⁷ Sobre isso, Wittgenstein afirma que o seu objetivo na filosofia é mostrar à mosca a saída do vidro. A mosca seria o filósofo que se encontra aprisionado pela armadilha da linguagem. E o pior: o vidro encontra-se aberto!!! Nesse sentido, vide: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. *Op.cit.*, parágrafos 109 e 309.

de Wittgenstein sobre o ter-em-mente e o compreender é um problema comum a todos os outros atos intencionais: o problema da relação entre linguagem e vivências interiores.

III

Percebe-se, então, que o giro hermenêutico-pragmático, representado aqui por autores como Gadamer e Wittgenstein, possibilitou que se compreendesse que a relação do homem com o mundo não é uma relação de um sujeito com um objeto, mas sempre uma relação entre sujeitos, na medida em que o mundo e as coisas só existem para nós por meio de uma linguagem intersubjetivamente compartilhada. A realidade, portanto, tal como percebida por Gadamer e Wittgenstein, já está permeada por idealizações, na medida em que é linguisticamente estruturada. Abre-se, assim, com esses autores, a possibilidade de se criticar ferozmente um postulado positivista tradicional, ainda muito forte na Ciência Jurídica, no sentido de que a Ciência teria como função apenas descrever realidades externas.

E é exatamente a partir desse ponto que Ronald Dworkin pretenderá demonstrar os equívocos do positivismo jurídico na vertente de Herbert L.A. Hart.

Já no início da obra de Hart, encontramos sua vinculação positivista, na medida em que separa de maneira radical descrição de prescrição. Nesse sentido:

De fato, um dos temas centrais do livro é que nem o direito nem nenhuma outra forma de estrutura social podem ser compreendidos sem que se tenham em conta certas distinções cruciais entre dois tipos diferentes de enunciados, a que chamei “internos” e “externos”, que podem ambos ser elaborados sempre que normas sociais sejam observadas. (HART, 2009, IX)

Em outras palavras, Hart pretenderá apresentar um conceito de direito a partir da observação de como o direito funciona.

Contudo, a partir do giro hermenêutico-pragmático na filosofia, representado por autores como Gadamer e Wittgenstein, já se pode questionar se tal empreitada será bem sucedida, já que toda observação sempre parte de um ponto do qual o próprio observador faz parte. Assim, ao contrário do que pensa Hart, não há enunciados internos e externos que possam ser externamente observados. Além disso, o projeto de Hart é de uma descrição universal do que seja o Direito.

Ronald Dworkin se propõe exatamente questionar esses e outros postulados do positivismo de Hart. De acordo com Dworkin, sua teoria pretende ser uma teoria geral do direito e, para isso, deve articular uma parte normativa e conceitual. Portanto, não é apenas externa ou interna, mas o conjunto das duas coisas. (DWORKIN, 2002, p. VIII) Ainda de acordo com o autor, a parte normativa deve envolver não apenas o que as normas jurídicas postas significam, mas uma teoria moral, uma teoria filosófica, uma teoria da legitimidade das atuações dos poderes políticos, ou seja, a parte normativa da teoria jurídica está mesclada de pressupostos políticos, morais e filosóficos. Mais uma vez, a pretensão do positivismo de explicar o Direito apenas através do Direito não se sustenta, de acordo com

Dworkin.(DWORKIN, 2002, p. VIII a XI) Quanto à possibilidade de uma teoria jurídica que consiga explicar universalmente o Direito, Dworkin simplesmente afirma que sua teoria é uma teoria específica do Direito.(DWORKIN, 2002, p. XIX) Significa dizer que sua proposta pretende demonstrar e apresentar uma melhor teoria jurídica para os Estados Unidos da América. Em outras palavras, já se utilizando de uma perspectiva pragmatista, Dworkin revela que uma teoria deve ser adequada a um contexto.

Mas, afinal, como descrever(entendendo que toda descrição implica também levantar juízos de valor) de maneira adequada o Direito Norte-Americano ou Inglês? Será que a perspectiva de Hart no sentido de que o Direito é formado por um conjunto convencional de regras previamente estipuladas pelo Poder Legislativo ou outro órgão estatal é correta? E mais: será que é correta a perspectiva de Hart no sentido de que caso não haja uma regra explícita no ordenamento jurídico, os poderes públicos contarão com discricionariedade para resolver essa situação?(HART, 2009)

De acordo com Dworkin, a própria observação de Hart não leva a sério a própria prática jurídica nos Estados Unidos e na Inglaterra, revelando, mais uma vez, que toda observação não está isenta de pressupostos. Assim, no debate que o autor travará com Herbert L.A. Hart, mostrará que a prática jurídica é muito mais complexa do que aquela descrita por esse grande autor positivista. Na verdade, afirma Dworkin, a teoria positivista de Hart não consegue descrever adequadamente o funcionamento do Direito, porque, ao contrário do que pensa Hart, os juízes, quando estão em face de questões controvertidas, não decidem essas questões de maneira livre e autônoma, criando Direito novo, mas tomam decisões vinculadas ao Direito existente. E isso acontece porque o Direito não é formado apenas pelos padrões normativos que Hart designa por regras, mas por princípios.

E aqui começam as incompreensões da doutrina brasileira e da própria leitura feita por Alexy da obra de Ronald Dworkin. Na verdade, Dworkin não afirma que o Direito é formado por regras e princípios, como majoritariamente a doutrina brasileira afirma. O que o autor americano afirma é que podemos entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras, tal como faz Hart, ocasionando uma série de problemas; podemos, ao contrário, entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, e essa é também uma distinção complicada, porque estaria centrada no aspecto semântico ou sintático dos textos jurídicos, levando-se a que se distinguíssem as regras dos princípios como fez Alexy. E, por fim, o Direito pode ser visto em uma perspectiva mais rica e mais complexa, ou seja, como um conjunto coerente de princípios que visam garantir o igual respeito e consideração por todos.

Corroborando tal entendimento, Dworkin, em uma obra recente, afirma textualmente:

Na verdade, quero contrapor-me à idéia de que ‘o direito’ seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie. Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força dos princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empregam frequentemente proposições que devem ser entendidas dessa maneira. (DWORKIN, 2010, p. 331)

Portanto, na medida em que o Direito é uma questão de princípios, quando os magistrados ou advogados utilizam outros padrões que não estão contidos claramente em textos aprovados pelo Parlamento ou em decisões judiciais anteriores, isso não significa dizer que eles estejam decidindo ou raciocinando fora do Direito. Pelo contrário.

A prática jurídica mostra que os advogados, juízes e juristas em geral esforçam-se em demonstrar que a decisão tomada, apesar de não encontrar um texto explícito é a que melhor interpreta a prática jurídica até aquele momento, lançando novas luzes para a continuidade desse projeto coletivo chamado Direito. Isso porque, para Dworkin, o Direito é um conceito eminentemente interpretativo.(DWORKIN, 1999; DWORKIN, 2007)

Sendo um conceito eminentemente interpretativo, é preciso que se interprete essa prática chamada Direito. E como se dá essa atitude interpretativa? Para tentar mostrar como isso ocorre, Dworkin imagina uma comunidade fictícia. Os membros dessa comunidade seguem um conjunto de regras, que chamam de “regras de cortesia”, usando-as em um certo número de situações sociais. Eles dizem: “A cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres”, por exemplo, e sustentam e aceitam outras proposições desse tipo. Por algum tempo, continua Dworkin, essa prática tem um caráter de tabu: as regras simplesmente estão ali, e ninguém as questiona nem tenta mudá-las. Mas em seguida, talvez lentamente, tudo isso muda. Todos desenvolvem uma complexa atitude “interpretativa” com relação às regras de cortesia, uma atitude que tem dois componentes. O primeiro é o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio – em resumo, tem alguma finalidade – que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo é o pressuposto adicional de que as exigências da cortesia – o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza – não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas, ao contrário, suscetíveis a sua finalidade, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade.(DWORKIN, 1999, p. 57 a 58)

Mais uma vez, nessa passagem, Dworkin revela sua filiação a um certo pragmatismo, na medida em que compreende as regras como jogos de linguagem, como práticas sociais que são vivas, a partir das intenções dos participantes do processo lingüístico. Portanto, para Dworkin, as práticas sociais mudam quando as pessoas começam a conferir alguma finalidade, ou seja, a interpretar essas práticas à sua melhor luz, podendo transformar tal prática ou simplesmente aboli-la.(DWORKIN, 1999, p. 58 a 59) Toda interpretação, dessa forma, implica uma atitude interpretativa.(DWORKIN, 1999, p. 65)

Em sua obra mais recente traduzida para o Brasil, Dworkin volta a demonstrar sua filiação ao pragmatismo filosófico de Ludwig Wittgenstein. Fazendo uso especificamente da idéia de Wittgenstein segundo a qual o sentido das palavras se dá pelo seu uso, afirma Dworkin:

A linguagem só pode adquirir sentido a partir dos fatos sociais, das expectativas e das formas em que está presente, um fato sintetizado no tosco mas conhecido *slogan*

segundo o qual a chave do significado está no uso. Isso é verdade não só no que diz respeito à parte comum e funcional de nossa linguagem, mas a toda ela, tanto a filosófica quanto a do cotidiano. (DWORKIN, 2010, p. 57)

E com o Direito funciona da mesma forma. Dworkin procura mostrar que a prática jurídica norte-americana trabalha com a idéia de que o Direito apresenta um propósito, uma finalidade e que esse Direito é um projeto coletivo comum no sentido de que pessoas livres e iguais podem se dar normas para regular suas vidas em comunidade. E essa crença encontra-se estipulada justamente na Constituição norte-americana. Para Dworkin, a comunidade norte-americana trabalha com o Direito da mesma forma que a comunidade fictícia passou a trabalhar com as regras da cortesia, ou seja, impondo um propósito, uma finalidade, de modo a tornar essa prática a melhor que ela possa ser. Para essa idéia, Dworkin deu o nome de integridade do Direito.

Para que isso seja possível, a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para melhorar o trabalho. Isso só é possível porque a Constituição está redigida em uma linguagem tremendamente abstrata, para ser atualizada em cada momento histórico específico. E é justamente isso que Dworkin chama de leitura moral da Constituição. (DWORKIN, 2006, p. 1 a 59) E, de acordo com Dworkin, existirá sempre uma única decisão correta no Direito, no sentido de mais adequada, mais justa para regular as pretensões dos envolvidos no processo. E essa única decisão correta só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no contexto fático, nos argumentos das partes, com seus preconceitos e pré-concepções, tentando olhar todos os lados com igual respeito e consideração. Esse juiz só poderá assim agir, segundo Dworkin, se possuir o conhecimento de todo o Direito, não só atual, mas também a história institucional do Direito, paciência e conhecimento sobre-humanos. Como esse juiz não existe na prática, Dworkin vai denominar seu juiz de Hércules.

Ao contrário do que afirmei em outros trabalhos (OMMATI, 2003; OMMATI, 2004), não podemos compreender Hércules como uma metáfora.⁸ Como afirma o próprio Dworkin:

Não há incoerência nessas duas imagens – a de Hércules refletindo de fora para dentro ou a do jurista mortal que raciocina de dentro para fora. Ênfase a compatibilidade das duas descrições porque muitos críticos da abordagem teórica do direito costumam dizer que no mundo real os juízes não são Hércules. Eles não querem apenas dizer que os juízes não são criaturas sobre-humanas: também fica implícito em seus comentários que minhas descrições de Hércules são impertinentes. Analogias são sempre perigosas – quase tão perigosas quanto as metáforas -, e espero manter sob controle a que estou prestes a fazer. (DWORKIN, 2010, p. 80)

⁸ Devo essa correção quanto à compreensão da obra de Ronald Dworkin ao meu grande amigo e interlocutor Alonso Reis Siqueira Freire que, durante o I Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito, realizado na PUC Minas Serro em agosto/setembro de 2010, me chamou a atenção, a partir da última obra de Ronald Dworkin traduzida para o Brasil (A Justiça de Toga, Martins Fontes, 2010), o equívoco em se considerar Hércules uma metáfora. O próprio Dworkin nessa obra vai mostrar o problema das metáforas.

É claro que, como afirma Maria de Lourdes Santos Perez, a teoria de Dworkin aqui descansa em fortes pressuposições idealizantes. Mas, elas não são aleatórias. Elas estão baseadas em algumas pressuposições normativas em que descansa a atividade jurisdicional: a necessidade de fundamentação das decisões com base no direito vigente e o pressuposto de que o juiz conhece todo o direito.(PEREZ, 2003, p. 19 a 20) Assim, ao contrário do que dizem alguns críticos, o juiz de Dworkin não é um ser imaginário e nem é um sujeito solipsista. Como diz Lúcio Antônio Chamon Júnior:

Tudo isso porque DWORKIN vai entender a interpretação como um empreendimento público que, enquanto tal, há que ser publicamente sustentável, e não de um mero ponto de vista individual, razão pela qual não podemos compartilhar da crítica de HABERMAS a DWORKIN quanto ao Hércules.(CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 61)

O intérprete, principalmente o juiz, deve fazer prevalecer o ideal de integridade do Direito. Ora, como já afirmado, o juiz Hércules deve conhecer toda a história institucional do Direito, ou seja, o que ele foi, o que ele é, e o que ele deve ser. Isso se justifica pelo fato de que, para Dworkin, o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa. Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do Direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o Direito deve ser.(DWORKIN, 1999, p. 3 a 54)

O que seria esse ideal de integridade do Direito? Basicamente, a idéia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais.⁹ Assim, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada.(BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 121) Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação.(DWORKIN, 1999) Além disso, o ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito.(DWORKIN, 1999) Como diz Dworkin:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes

⁹ É nesse sentido que Dworkin comparará a democracia como uma parceria entre pessoas livres e iguais, em que, apesar das diferenças, todos devem se respeitar mutuamente para a concreção de um objetivo comum. Assim: DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003; DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.(DWORKIN, 2000, p. 238)

Aqui se revela uma outra vertente pragmatista na teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin, talvez pouco ressaltada, na medida em que o autor norte-americano critica e rejeita uma determinada visão de pragmatismo.

Ora, se o juiz, e toda a comunidade, eu ousaria dizer, estão vinculados ao ideal da integridade, no sentido de que não devem apenas repetir o que foi feito no passado, mas compreender o passado, de modo a tornar essa prática interpretativa sempre melhor, não apenas hoje, mas também para o futuro, já que os intérpretes são responsáveis por levar adiante essa prática(a hipótese estética de Dworkin), logo todos os intérpretes devem também se preocupar com os efeitos futuros de sua decisão, pragmaticamente. A perspectiva de Dworkin não leva a que se entenda que um juiz deva simplesmente se ater ao Direito, desconhecendo os impactos que sua decisão pode causar, inclusive para o própria Direito. Os juízes são responsáveis pelo futuro do Direito em suas decisões.

Ao contrário do que poderia parecer, a idéia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois para Dworkin, o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, isso sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual poder ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”.(DWORKIN, 1999, p. 274)

Ou, para lembrarmos de Gadamer, essa prática interpretativa do Direito proposta por Dworkin faz aproximar o historiador e o jurista, na medida em que o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, não como mera repetição do passado, mas no sentido de atualização do texto jurídico, enquanto fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual.

Daí a necessidade de se compreender a vontade do legislador em seu sentido abstrato para, não apenas compreender o que eles faziam naquele momento, mas para justificar aquela prática à sua melhor luz, ou seja, dentro de uma trama coletiva passível de ser reconstruída a cada contexto histórico, de modo que a história institucional da comunidade possa ser enriquecida sem ser modificada.(DWORKIN, 2006, p. 1 a 54) Isso porque a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa, ou seja, é uma interpretação que permite a co-participação do intérprete no próprio entendimento da obra, tornando-a a melhor que ela pode ser, desvelando suas potencialidades escondidas dentro de uma história das interpretações passadas que deve ser respeitada. Não é uma interpretação criativa, porque o intérprete não pode desconhecer essa história institucional; não pode criar algo novo; deve justificar sua interpretação dentro dos limites permitidos pela obra, que engloba, inclusive, a história das interpretações passadas. Em outras

palavras, não se deve buscar o que o legislador tinha em mente, como um fato psicológico. Mais uma vez, a proximidade com Wittgenstein é muito clara.

E é justamente isso que significa dizer que o Direito é uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada caso concreto colocado para ser decidido pelo juiz.

Portanto, apesar de Dworkin criticar o pragmatismo como aquela postura que apenas se preocupa com o futuro, sua teoria não deixa de ter raízes pragmatistas, por uma série de razões:

I – O direito como integridade compreende o Direito como uma prática interpretativa, imbuída de um propósito conferido pelos participantes, ou seja, os textos jurídicos são jogos de linguagem e se transformam ou até mesmo desaparecem, na medida em que são jogados;

II – Na medida em que as normas jurídicas devem ser interpretadas para tornar o direito o melhor que ele pode ser (hipótese estética de Dworkin), deve-se atentar para a importância do contexto para que se retire a melhor compreensão que o texto pode trazer. Mais uma vinculação ao pragmatismo de Wittgenstein;

III – A integridade do Direito deve respeitar o passado, o que não significa necessariamente repeti-lo. Além disso, na medida em que a interpretação se dá em cadeia, como um romance, o romancista atual deve se preocupar em construir um capítulo consistente com o passado e, ao mesmo tempo, que possa abrir novas possibilidades no futuro de modo a tornar esse romance cada vez melhor. É dizer: as interpretações jurídicas devem também se preocupar com as repercussões presentes e futuras, de modo a manter a história e sempre aprimorá-la. A ligação com algumas correntes pragmáticas é patente;

IV – Por fim: Quando Dworkin afirma que a interpretação jurídica deve sempre buscar a vontade do legislador, há também uma ligação com certas vertentes do pragmatismo. Ora, a busca pela intenção do legislador em Dworkin não significa que se devem buscar as intenções mentais do legislador do passado, uma reflexão semelhante à desenvolvida por Wittgenstein em suas Investigações Filosóficas, mas que essas intenções devem ser vistas como propósitos extremamente abstratos que devem ser perquiridos em face da própria história jurídica da comunidade e de como tornar essa história cada vez mais digna de ser contada.

Referências Bibliográficas:

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. **Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo. (orgs.) **Hermenêutica Plural**. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DARTIGUES, André. **O Que é a Fenomenologia?** 8ª edição, São Paulo: Centauro Editora, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 5ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. 2ª reimpressão, São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I, 9ª edição, Petrópolis: Vozes, 2000.

KUSCH, Martin. **Linguagem como Cálculo versus Linguagem como Meio Universal**. 1ª reimpressão, São Leopoldo: Unisinos, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 2ª edição, São Paulo: Edições Loyola, 2001.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

PÉREZ, Maria Lourdes Santos. **Una Filosofía para Erizos: Una Aproximación al Pensamiento de Ronald Dworkin**. *IN: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 26, Alicante, 2003, p. 5 a 93.

PLATÃO. **A República**. 9ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

REIS, José Carlos. **Wilhelm Dilthey e a Autonomia das Ciências Histórico-Sociais**. Londrina: Eduel, 2003.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica: Entre a Linguagem da Experiência e a Experiência da Linguagem**. 1ª reimpressão, São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. 3ª edição, Petrópolis: Vozes, 2001.

SPANIOL, Werner. **Filosofia e Método no Segundo Wittgenstein: Uma Luta contra o Enfeitamento do nosso Entendimento**. São Paulo: Loyola, 1989.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. **O Preconceito em H.-G. Gadamer: Sentido de uma Reabilitação**. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 2ª edição, Petrópolis: Vozes, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3ª edição, São Paulo: Edusp, 2001.