
DWORKIN E GADAMER: QUAL CONEXÃO?

André Luiz Souza Coelho

Resumo:

Distingo três sentidos da tese da conexão entre Dworkin e Gadamer e examino a plausibilidade da tese em cada um deles. Limito-me, no que toca a Dworkin, à teoria do direito como interpretação exposta em *O Império do Direito* (1986) e, no que toca a Gadamer, à sua hermenêutica filosófica exposta em *Verdade e Método* (1960). No sentido de influência direta, a tese afirma que a teoria de Dworkin é influenciada pela de Gadamer e pode ser vista como aplicação desta ao âmbito do direito. No sentido de cofiliação teórica, a tese afirma que, embora não tendo sido influenciada pela de Gadamer, a teoria de Dworkin pertence à mesma tradição hermenêutica que a de Gadamer. No sentido de afinidade epistêmica, a tese afirma que, embora não tendo sido influenciada pela de Gadamer e não pertencendo à tradição hermenêutica, a teoria de Dworkin tem afinidade epistêmica com a teoria de Gadamer, passível de ser explorada e desenvolvida para seu enriquecimento. Mostro que a tese não se sustenta nos dois primeiros sentidos e que, mesmo no terceiro sentido, em que se torna mais plausível, deve ser aceita com cautela e parcimônia.

Palavras-chave: Dworkin, Gadamer, Direito, Hermenêutica.

Abstract:

*I distinguish three meanings of the thesis of a connection between Dworkin and Gadamer and examine the plausibility of it in each one of them. I limit myself, as for Dworkin, to the theory of law as interpretation presented in *Law's Empire* (1986) and, as for Gadamer, to the philosophical hermeneutics presented in *Truth and Method* (1960). In the meaning of direct influence, the thesis claims that Dworkin's theory is influenced by Gadamer's and can be seen as an application of the latter to the domain of law. In the meaning of belonging to the same tradition, the thesis claims that, despite not having been influenced by Gadamer's, Dworkin's theory belongs to the same hermeneutic tradition than Gadamer's does. Finally, in the meaning of epistemic affinity, the thesis claims that, despite not having been influenced by Gadamer's and not belonging to the same hermeneutic tradition than Gadamer's does, Dworkin's theory has got some epistemic affinity with Gadamer's, which can be explored and developed in the benefit of its enrichment. I show that the thesis does not hold in the two first meanings and that, even in the third one, where it becomes more plausible, it should be taken cautiously and sparingly.*

Keywords: Dworkin, Gadamer, Law, Hermeneutics.

Introdução

No Brasil mais que noutros lugares, tem-se tornado popular a ideia de que a teoria do direito de Dworkin deve à hermenêutica de Gadamer e pertence à mesma tradição. Neste artigo, desafio esta ideia, arrolando sentidos cada vez mais fracos da tese da conexão entre os dois autores e reservando plausibilidade apenas ao mais modesto. Divido o artigo em quatro seções. Na primeira, distingo três sentidos da tese da conexão entre os dois autores (influência direta, cofiliação teórica e afinidade epistêmica), que uso nas seções restantes. Na segunda, examino e descarto a tese no sentido da influência direta. Na terceira, examino e descarto a tese no sentido da cofiliação teórica. Por fim, na quarta, examino a tese no sentido da afinidade epistêmica, aceitando-a parcialmente, mas com reservas explícitas.

1. Estratégia de Abordagem

Decidir sobre a plausibilidade da conexão entre autores requer uma estratégia de abordagem que leve a conclusões objetivas – isto é, com que outros intérpretes bem informados e experientes poderiam concordar – que não sejam nem desnecessariamente restritas nem trivialmente amplas. Para tanto, distingo três sentidos de “conexão” e fixo condições para a tese da conexão de Dworkin e Gadamer ser verdadeira em cada um deles, criando, assim, três versões da tese.

Para que Dworkin tenha conexão com Gadamer no primeiro sentido, de *influência direta*, Dworkin tem que recorrer à teoria de Gadamer como fonte de descoberta ou como fundamento de validade das ideias que propõe. Noutras palavras, é preciso encontrar na obra de Dworkin referências que levem a crer que ele ou propõe certas ideias porque elas estavam presentes em Gadamer ou considera que elas são válidas porque Gadamer assim já demonstrou. Já para que Dworkin tenha conexão com Gadamer no segundo sentido, de *cofiliação teórica*, Dworkin tem que construir sua teoria de modo que a faça pertencer à tradição hermenêutica, em vez de à tradição analítica com que debate mais frequentemente. Este será o caso apenas se certas ideias principais da tradição hermenêutica estiverem presentes em Dworkin e se certas ideias de Dworkin não contradisserem compromissos teóricos fundamentais da tradição

hermenêutica. Por fim, para que Dworkin tenha conexão com Gadamer no terceiro sentido, de *afinidade epistêmica*, Dworkin tem que propor ideias que sejam análogas ou afins com ideias propostas por Gadamer, de modo que torne fecunda a associação entre o que disseram um e outro sobre as mesmas coisas.

Nas seções abaixo, examino a plausibilidade da tese da conexão entre Dworkin e Gadamer em cada um dos três sentidos, rejeitando os dois primeiros e acolhendo o último, mas não sem várias reservas. Se algumas coisas de fato aproximam Dworkin e Gadamer, muitas outras que os separam precisam ficar devidamente destacadas. Como nos últimos anos, apresentando-se como remédio contra o uso irresponsável da teoria dos princípios jurídicos para ampliar o âmbito da discricionariedade judicial, se vem afirmando no Brasil certa interpretação de Dworkin que o conecta intimamente com Gadamer e a tradição hermenêutica, acredito que o exame que proponho neste artigo se investe de atualidade e relevância no contexto do debate jusfilosófico brasileiro.

Este artigo se desenvolveu a partir de uma ideia inicial, refinada por meio do debate com várias pessoas¹. Defendi numa série de postagens em meu blog que se devia rejeitar completamente a tese da conexão entre Dworkin e Gadamer. A conexão que àquela altura tinha em mente era um misto dos sentidos 1 e 2 definidos neste artigo. O debate com meus interlocutores me permitiu perceber que a conexão que eu rejeitava tinha dois sentidos, um mais forte, outro mais fraco, bem como que, num sentido ainda mais fraco, a conexão entre os dois autores talvez fosse plausível. Com a aprendizagem que retirei das discussões, vejo agora que a questão não pode sequer começar a ser debatida com rigor sem distinguir os sentidos da tese da conexão, e por isso esta distinção desempenha papel central no modo como estruturei o presente artigo.

¹ Devo a vários amigos e colegas uma referência expressa e uma nota de agradecimento. O argumento que aqui apresento foi refinado a partir de discussões que mantive com várias pessoas, entre as quais gostaria de citar Adalberto Fernandes Sá Junior, Davi José de Souza da Silva, Diego Fonseca Mascarenhas, Gilberto Guimarães Filho, Ricardo Araújo Dib Taxi, Ricardo Evandro Santos Martins e Roberto Wu, cujas concordâncias e discordâncias me ajudaram a perceber quais pontos eram pacíficos e quais eram controversos na posição que sustento. Devo especial agradecimento a Tarcisio Diniz Guimarães, que, ao saber que estava escrevendo este artigo, me chamou atenção para citações e me indicou textos que, não fosse por ele, teriam passado despercebidos em minha pesquisa.

2. Conexão como influência direta

Como já disse, para que Dworkin tenha conexão com Gadamer no primeiro sentido, de *influência direta*, Dworkin tem que recorrer à teoria de Gadamer como fonte de descoberta ou como fundamento de validade das ideias que propõe. Examinar esta versão da tese requer que colemos as referências diretas que Dworkin faz a Gadamer e julguemos se elas levam a crer que ele propõe certas ideias porque elas estavam presentes em Gadamer ou considera que elas são válidas porque Gadamer assim já demonstrou.

Vejamos, então, algumas referências a Gadamer encontradas ao longo da obra de Dworkin. Embora os defensores da tese da conexão entre os dois autores costumem exagerar a importância de tais referências, é possível dizer que nelas Dworkin expressa respeito e admiração por Gadamer, modulados por concordâncias apenas parciais e observações críticas. Sem prejuízo de outras, quero me concentrar nas seguintes quatro referências explícitas de Dworkin a Gadamer: três ao longo do Cap. II (“Conceitos de Interpretação”) de *O Império do Direito* (citado como ID) e uma na apreciação crítica que Dworkin escreveu ao curso de Scalia sobre interpretação.

A primeira se encontra no Cap. II de ID, na parte em que Dworkin ainda está contrastando dois modelos de interpretação do sentido de condutas e enunciados humanos intencionais: o conversacional e o construtivo. Para Dworkin, o modelo conversacional invoca a figura da conversa entre dois falantes, em que entender o sentido do que disse o falante é entender o que o falante tinha a intenção de dizer com o que disse. Por outro lado, o modelo construtivo interpreta o que foi dito ao situá-lo em certo gênero de coisas e assinalar a ele o sentido que o torna o melhor exemplar possível daquele gênero, ou, para usar a expressão consagrada por Dworkin, “que o mostra à sua melhor luz”. A certa altura desta exposição, Dworkin quer mostrar que o modelo conversacional, quando estendido à interpretação em geral, é limitado e se perde em contradições insolúveis e debates estéreis. Neste ponto, abre uma nota de rodapé ao texto principal, em que situa tanto Dilthey como precursor quanto Gadamer e Habermas como continuadores de um debate que se tornou “interminável” porque preso aos equívocos e limites do modelo conversacional. Depois de associar a hermenêutica de Dilthey ao modelo conversacional, Dworkin diz que:

Os mestres contemporâneos que deram continuidade ao debate, como Gadamer e Habermas, tomam direções diferentes. Gadamer acha que a solução de Dilthey pressupõe o aparato hegeliano que Dilthey ansiava por exorcisar. (Ver H. G. Gadamer, *Truth and Method*, em particular pp. 192-214 [trad. inglesa, 2ª ed., Londres, 1979].) Acredita que a consciência histórica arquimediana que Dilthey imaginou possível, livre daquilo que Gadamer chama, no sentido especial que dá ao termo, de preconceitos, é impossível, que o máximo que podemos esperar alcançar é uma “consciência histórica efetiva” [Dworkin deve ter querido referir-se à “consciência da história efetiva”] que pretende ver a história não a partir de nenhum ponto de vista específico, mas sim compreender como nosso próprio ponto de vista é influenciado pelo mundo como desejamos interpretar. Habermas, por sua vez, critica Gadamer por sua visão demasiado passiva de que a direção da comunicação é de mão única, que o intérprete deve se esforçar por aprender e aplicar aquilo que interpreta com base no pressuposto de que está subordinado ao seu autor. Habermas faz a observação crucial (que aponta mais para a interpretação construtiva do que para a conversacional) de que a interpretação pressupõe que o autor poderia aprender com seu intérprete. (Ver Jürgen Habermas, 1, *The Theory of Communicative Action* [trad. de T. McCarthy, Boston, 1984].) O interminável debate prossegue, dominado especialmente pelo pressuposto que descrevo no texto: de que a única alternativa ao entendimento causa-e-efeito dos fatos sociais é o entendimento conversacional com base no modelo do *verstehen*. (ID 63, n. 2)

Como se pode ver, especialmente na última frase, a referência a Gadamer não indica adesão às suas ideias. Pelo contrário, Dilthey, Gadamer e Habermas são postos na tradição hermenêutica continental que segue o modelo conversacional e que, por isso, deve ser, se não rejeitada, inteiramente revista nos termos que Dworkin propõe.

Mas ainda: Dworkin assinala neste ponto a “observação crucial” não a Gadamer, mas a Habermas. Concorda com este que a interpretação deve ser vista como um processo de aprendizado de mão dupla, isto é, que o intérprete deve compreender o texto como se o autor também pudesse aprender como ele, e não apenas ele com o autor. Embora a nota em questão seja confusa e denote uma compreensão precipitada e distorcida tanto de Gadamer quanto do debate com Habermas, dela se pode extrair com certeza a conclusão de que Dworkin não se vê como mais um elo da cadeia deste mesmo debate, e sim como alguém que identificou na conversa um erro que tinha passado despercebido e que, com base nisso, tenta mudar seu rumo dali em diante².

A segunda referência de Dworkin a Gadamer ocorre na parte do mesmo capítulo em que rejeita a ideia de que compreender o sentido seja compreender a intenção do autor do objeto interpretado. Dworkin vê a vinculação entre sentido e intenção do autor como um componente central do modelo conversacional e como um dos motivos de

² Tal crítica tem repercussão para a avaliação do segundo sentido da tese da conexão entre os dois autores, o da cofiliação teórica, porque parece indicar que Dworkin não apenas vê a tradição hermenêutica continental como envolvida no equivoco do modelo conversacional, como vê seu próprio modelo alternativo como afastado e diferindo decisivamente daquela tradição. Ainda discutirei isso em maior detalhe.

seus equívocos e limites. Em vez disso, propõe que o sentido do objeto não seja visto como habitando a relação entre objeto e autor, e sim a relação entre objeto e valor. Não é o sentido pretendido pelo autor, mas aquele capaz de dar maior valor ao objeto enquanto exemplar de seu gênero que deve ser buscado pelo intérprete. Contudo, a certa altura desta argumentação, Dworkin, no estilo que lhe é característico, faz uma pequena digressão para considerar se o que ele mesmo propõe não poderia ser visto como, em certo sentido, uma procura da intenção. Diz:

Precisamos primeiro lembrar uma observação crucial de Gadamer, de que a interpretação deve *pôr em prática* uma intenção. O teatro nos oferece um exemplo elucidativo. Alguém que atualmente resolva produzir *O mercador de Veneza* deve encontrar uma concepção de Shylock que possa evocar, para o público contemporâneo, o complexo significado que a figura de um judeu tinha para Shakespeare e seu público, e por esse motivo sua interpretação deve, de alguma maneira, unir dois períodos de “consciência” ao transpor as intenções de Shakespeare para uma cultura muito diferente, situada no término de uma história muito diferente. (ID 67-8)

Nesta segunda referência (como na terceira), Dworkin emprega uma expressão de Gadamer para reforçar o que tem a dizer. Trata-se de uma menção de reconhecimento, motivada por se saber que alguém tratou da questão antes e disse algo que vai na mesma direção do que se está prestes a defender. Gadamer não é usado como autoridade para legitimar a tese que virá em seguida. Nem mesmo os argumentos e exemplos usados são de Gadamer, mas são, em vez, inspirados em seu próprio modelo construtivo e numa sugestão que, segundo revela a nota 6, lhe foi feita por Thomas Grey. Ao falar de pôr uma intenção em prática, Dworkin está se referindo à tese da interpretação como aplicação, defendida em *Verdade e Método* (doravante abreviada como VM), dando a ela sentido distinto, ajustado à sua teoria. Afinal, em Gadamer, esta tese está diretamente relacionada ao conceito de consciência da história efetual (VM 446), em que Dworkin, na primeira passagem que citei, havia visto (erradamente) uma visão limitada e unidirecional, característica do modelo conversacional. Voltarei a este ponto ao falar sobre como Gadamer analisa a interpretação jurídica. O que quero ressaltar no momento é que esta referência de Dworkin à ideia de Gadamer de colocar uma intenção em prática não tem a pretensão de vincular-se à tese gadameriana correspondente, e sim de fazer uma menção de reconhecimento ao filósofo alemão, ao mesmo tempo em que dá à expressão um uso eminentemente dworkiniano.

Passo agora à terceira referência de Dworkin a Gadamer. Listando um conjunto de mal-entendidos que quer afastar da leitura de sua proposta sobre a “complexa relação entre a interpretação e outros aspectos da cultura”, Dworkin encerra o rol de coisas que não quis dizer com a seguinte advertência:

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas. (ID 74-5)

Agora, Gadamer é trazido à tona como autor de uma frase particularmente feliz sobre como o intérprete se relaciona com a tradição a que pertence e com a história que o precede e constitui. Ao que parece, no debate Gadamer-Habermas, Dworkin toma o lado de Habermas no tocante à bilateralidade do aprendizado entre autor e intérprete, mas toma o lado de Gadamer no tocante à inultrapassabilidade da tradição, com a qual o intérprete mantém uma relação de pertença e afastamento, ajustamento e conflito, sem poder aspirar ao tipo de transcendência imanente que Habermas propõe que existe. Aqui, novamente, Dworkin parece interpretar mal o debate entre os alemães, porque adere ao imanentismo contextualista de Gadamer apenas por considerar que toda transcendência requereria aquele ponto arquimediano que ele recusa; no entanto, mais adiante, quando admitir que, recuando das decisões aos princípios que as inspiraram, é possível ser fiel aos princípios sem ser fiel às decisões, Dworkin convidará exatamente ao que Habermas, no debate com Gadamer, chama de transcendência imanente. Isso mostra que, na passagem citada acima, a adesão de Dworkin à posição de Gadamer é apenas aparente, fruto de um entendimento precipitado de VM. Contudo, mesmo que a adesão fosse real, não seria uma conclusão inspirada em Gadamer e seus argumentos, e sim coincidente com Gadamer devido a um argumento dworkiniano, a saber, a negação da disponibilidade de um ponto de Arquimedes.

Dworkin ainda voltará a citar Gadamer a propósito do caráter problemático das intenções do autor, reforçando a posição de Cavell (ID 69, nota 9), e da hipótese de uma consciência de grupo como solução para vencer o abismo intercultural (ID 79, nota 15), mas, de então em diante, quando a discussão se desloca da interpretação em geral para a interpretação jurídica em particular, Dworkin abandona referências a Gadamer e passa a discutir com os que compõem de fato seu contexto de referência, isto é, com os

filósofos analíticos americanos e ingleses. Contudo, o que há de comum em todas as referências que Dworkin faz a Gadamer é que este é sempre mencionado como relevante, mas nunca como fonte de descoberta ou fundamento de validade de suas ideias. Dworkin parece considerar que um estudo sério sobre interpretação deve fazer referência a Gadamer, mas apenas porque ele representa um marco referencial desta discussão, e não porque, sem o pano de fundo de VM, a teoria exposta em ID não fosse compreensível ou aceitável.

Uma evidência da indispensabilidade que Dworkin atribui à referência a Gadamer em estudos sobre interpretação pode ser encontrada na irônica observação com que abre o texto “Comment”, integrante de *A Matter of Interpretation* (1997) (doravante abreviado como AMOI), em que aprecia criticamente as duas palestras sobre interpretação dadas pelo juiz da Suprema Corte Anthony Scalia. Numa crítica travestida de elogio, Dworkin diz:

Justice Scalia has managed to give two lectures about meaning with no reference to Derrida or Gadamer or even the hermeneutic circle, and he has set out with laudable clarity a sensible account of statutory interpretation. These are considerable achievements. But I believe he has seriously misunderstood the implications of his general account for constitutional law, and that his lectures therefore have a schizophrenic character. He begins with a general theory that entails a style of constitutional adjudication which he ends by denouncing (AMOI 115).

O que não apenas pode explicar a necessidade de o Cap. II de ID ter feito tantas referências a Gadamer quanto ainda chama atenção de que, para Dworkin, a centralidade de Gadamer no que se refere ao tema da interpretação é grande, mas apenas tão grande quanto a de, por exemplo, Derrida, um teórico com quem certamente Dworkin não compartilha muitas convicções. Embora não deixe claro por que Dworkin não dedica tratamento mais cuidadoso ao criador do desconstrutivismo (mesmo sua discussão com Stanley Fish dá menos espaço ao filósofo francês do que seria de esperar), o comentário citado informa que, não dispondo do “talento” de Scalia para tratar sobre interpretação sem recorrer aos autores chave da discussão na filosofia, é apenas natural que Dworkin tenha feito repetidas referências a Gadamer no capítulo sobre o conceito de interpretação em ID.

3. Conexão como cofiliação teórica

Como disse antes, para que Dworkin tivesse conexão com Gadamer no segundo sentido, de *cofiliação teórica*, seria preciso que Dworkin construísse sua teoria de modo a fazê-la pertencer à tradição hermenêutica, em vez de, por exemplo, à tradição analítica. Para examinar esta versão da tese, devemos verificar se certas ideias principais da tradição hermenêutica estão presentes em Dworkin e, ao mesmo tempo, se certas ideias de Dworkin não contradizem compromissos teóricos fundamentais da tradição hermenêutica.

Listar as ideias principais da tradição hermenêutica não é fácil nem incontroverso. Mas não creio que produzir uma tal lista seja necessário. Posso me contentar, para apoiar minha afirmação de que Dworkin não pertence à tradição hermenêutica, com indicar apenas os compromissos teóricos desta tradição dos quais penso que Dworkin se afasta. Assim, exporei a seguir alguns compromissos teóricos que considero serem fundamentais para a tradição hermenêutica, acompanhados dos aspectos da teoria Dworkin que deles se afastam.

a) Inescapabilidade da linguagem e da interpretação: Todo integrante da tradição hermenêutica rejeita a ideia de acesso não linguístico ou não interpretativo a coisas no mundo. O acesso do indivíduo ao mundo é sempre e inevitavelmente mediado pela linguagem e pela interpretação. Não existem fatos brutos ou objetos não interpretados; a própria constatação de fatos ou de objetos é produto de uma operação interpretativa. Isto contrapõe a tradição hermenêutica a toda forma de empirismo, positivismo, naturalismo ou variantes que proponham o primado de um nível ontológico externo à linguagem.

Como Dworkin é o principal representante do interpretativismo, cuja tese definidora é do papel central da linguagem e da interpretação na teoria do direito, não disputarei sobre a *importância* que Dworkin atribui à interpretação, mas antes sobre a *exclusividade* que atribui ao acesso interpretativo à realidade. Eis como argumento: Dworkin defende que uma teoria do direito com ênfase na interpretação é superior a uma teoria do direito com ênfase nos fatos; ora, para representar uma verdadeira alternativa à teoria do direito com ênfase na interpretação, a teoria do direito com ênfase nos fatos tem que ser não interpretativa, isto é, tem que se apoiar na ideia de um acesso

não interpretativo aos fatos que reputa relevantes; para qualquer integrante da tradição hermenêutica, descrente de acessos não interpretativos, tal teoria seria denunciada como epistemicamente inviável; contudo, ao defender a superioridade da teoria com ênfase na interpretação sobre a com ênfase nos fatos, Dworkin não afirma que esta última é epistemicamente inviável, e sim que é politicamente menos atraente que a com ênfase na interpretação; ora, para ser politicamente menos atraente, a teoria do direito com ênfase nos fatos tem que ser um objeto possível de escolha, o que implica que tem que ser epistemicamente viável; se Dworkin aceita como epistemicamente viável uma teoria que se apoia no acesso não interpretativo a fatos no mundo, então, aceita como possível um acesso não interpretativo a fatos no mundo; mas, se aceita esta última possibilidade, aceita uma tese incompatível com uma premissa básica da tradição hermenêutica. Assim, Dworkin, ao contrário de Gadamer, considera o acesso hermenêutico preferível, mas não inevitável.

b) Renúncia à atitude normativa: Todo integrante da tradição hermenêutica acredita que o ponto de vista externo às práticas, que as julga, aprova ou condena à luz de ideais e valores abstratos que as devessem guiar, é produto do tipo de engano que a razão iluminista produziu. O filósofo hermenêutico não se coloca na posição de juiz, e sim na de intérprete, encarregado de reconstruir a racionalidade interna da história a que pertence e mostrar que a única crítica pertinente a uma tradição é a que se faz a partir de seus próprios elementos, no processo de reapropriação e renovação que seus integrantes tomam nas mãos.

Este ponto é mais complexo. Dworkin não caracteriza sua teoria como normativa, pois rejeita a dicotomia entre descrever e avaliar, em favor de interpretar, que, segundo ele, carrega algo das duas coisas, sem ser nenhuma delas exclusivamente. Isso parece alinhar sua teoria com a premissa acima: não há julgamento da prática à luz de padrões externos, apenas interpretação da prática à luz de seus próprios padrões. Se existe normatividade, é do tipo imanente, definidora da prática enquanto tal. Porém, o que Dworkin chama de “interpretar a prática” tem, a despeito do que disse, uma componente normativa do tipo que Gadamer recusaria aceitar como hermenêutica. Em vez do uso de preconceitos em contraste com os quais possa ressaltar a objetividade da coisa interpretada, tornando, assim, possível o conhecimento, Dworkin recomenda a criação de hipóteses interpretativas que se ajustem à coisa interpretada e entre as quais

se decida com base em critérios valorativos. Permitam-me esclarecer melhor em que as duas concepções de “interpretar” se distinguem e como a de Dworkin tem uma componente normativa que a de Gadamer rejeita.

Para Gadamer, os preconceitos, isto é, as antecipações de sentido que, antes da interpretação, se carregam acerca da coisa interpretada, devem ser valorados positivamente porque são condições que tornam possível o conhecimento, na medida em que, em primeiro lugar, proporcionam um primeiro acesso à coisa e, em segundo lugar, se frustram em contato com ela, ressaltando, desta forma, sua objetividade, seu não deixar-se confinar às expectativas do intérprete. A revisão dos preconceitos à luz do contraste com a coisa interpretada garante que no processo de interpretação se esteja efetivamente conhecendo a coisa, em vez de apenas projetando sobre ela sentidos com que se gostaria de preenchê-la. Esta operação coloca em movimento o círculo hermenêutico como círculo virtuoso de conhecimento. Esclarecendo: Aproximar-se da coisa a ser interpretada munido de preconceitos é inevitável e positivo, mas apenas porque os preconceitos serão frustrados em contraste com a coisa interpretada, ressaltando a objetividade desta última.

Já para Dworkin, os elementos que desempenhariam o papel que Gadamer atribui aos preconceitos seriam os princípios. Mas, ao contrário dos preconceitos de Gadamer, os princípios de Dworkin não são antecipações de sentido que o intérprete já carrega consigo, e sim hipóteses explicativas que o intérprete elabora, por abdução, à luz da coletânea de decisões institucionais da qual precisa dar conta. Ao contrário da prática de interpretação descrita por Gadamer, os princípios não proporcionam conhecimento na medida em que se veem frustrados pela coisa interpretada, e sim proporcionam justificação na medida em que se ajustam à coisa interpretada. Também diferentemente do resultado pretendido pelo círculo hermenêutico gadameriano, a objetividade da coisa interpretada não se ressalta por meio de seu não deixar-se confinar às expectativas do intérprete, mas, ao contrário, é seu deixar-se confinar a um princípio dotado de apelo moral que torna a coisa interpretada também moralmente aceitável. Por fim, enquanto a interpretação gadameriana é uma operação de cognição por meio do uso e da revisão contínua de preconceitos que o intérprete já carrega consigo, a interpretação dworkiniana é uma operação de escolha entre princípios criados pelo intérprete por meio do ajuste da coisa interpretada a eles para fins de justificação moral. Não se trata

de textos se recusando a dar às perguntas do intérprete as respostas que ele esperava no início, mas de normas ganhando justificação moral por meio de princípios que primeiro o intérprete mesmo criou e depois ele mesmo ajustou a elas.

Assim, na interpretação dworkiniana, o intérprete não ganha conhecimento a partir da interpretação das normas; são as normas que ganham justificação moral a partir da interpretação feita pelo intérprete. Isto quer dizer que a interpretação não extrai algo da coisa interpretada, a saber, conhecimento, mas, ao contrário, atribui algo a ela, a saber, justificação moral. Se é verdade que os princípios, assim como os preconceitos, vão sendo descartados na medida em que não se ajustam à coisa interpretada, é também verdade que, em vez de antecipações preexistentes, são construções artificiais e, em vez de gerarem o resultado pretendido quando frustrados, só o geram quando bem sucedidos. Mais ainda: Enquanto em Gadamer é apenas porque a coisa interpretada de fato significa algo que ela é capaz de resistir aos preconceitos do intérprete, em Dworkin é apenas porque a coisa interpretada não pode justificar-se a si mesma que ela precisa ser justificada por princípios construídos e selecionados pelo intérprete. Portanto, agora pode ficar claro a componente normativa que Gadamer rejeitaria. Não é que Gadamer veria na interpretação dworkiniana uma avaliação normativa externa à prática, mas sim uma atividade que, em vez de implicar obtenção de conhecimento, implica construção de justificação. A interpretação dworkiniana simplesmente não corresponde ao sentido de “interpretação” da tradição hermenêutica.

c) Rejeição do método: Todo integrante da tradição hermenêutica não apenas abre mão de recomendar um método particular de interpretação, mas também acredita que uma compreensão adequada da tarefa interpretativa revela que ela não é compatível com nenhuma metodologia prévia e fixa. A interpretação não é uma tarefa que se deixe definir na forma de padrões e regras a serem aplicados universal e incondicionalmente, nem pode ser repetida por qualquer um obtendo-se os mesmos resultados, porque demanda um tipo especial de experiência e sabedoria prática.

Este ponto deveria estar claro desde o princípio. Afinal, Dworkin não apenas expõe o que considera ser a forma correta de interpretar cada tipo de norma e decidir cada tipo de caso, mas ainda carece de qualquer pudor de chamar esta forma correta de interpretar de “método de Hércules”. Um legítimo seguidor de Gadamer jamais recorreria nem à figura de um intérprete todo-poderoso idealizado nem à terminologia

do método, emprestada das ciências naturais. Mas o item em que examinamos se Dworkin tinha influência direta de Gadamer já passou, e já concluímos que tal não era o caso. Agora estamos examinando se Dworkin poderia ser enquadrado como pertencendo à tradição hermenêutica. Neste caso, intérpretes idealizados e métodos de interpretar não estão necessariamente excluídos desde o princípio. A depender de como se lide com eles, o que à primeira vista pode parecer contraditório com a hermenêutica poderia se revelar perfeitamente consonante com ela. Daí termos que examinar se o “método de Hércules” emprega o tipo de idealização e endossa o tipo de método que seriam incompatíveis com a tradição hermenêutica.

Quando Gadamer fala de “o intérprete”, no singular, recorre, claro, a uma abstração. Não existe “o intérprete” enquanto tal, mas apenas indivíduos, com as mais diversas histórias de vida, com as mais diversas habilidades e limitações, sob as mais diversas circunstâncias, que ocupam, por assim dizer, o lugar funcional de “o intérprete” em relação a algum objeto. Contudo, embora se tratando de uma abstração, “o intérprete” de que fala Gadamer não contém nenhum traço superlativo de que os intérpretes reais careçam, muito menos um sem o qual a interpretação enquanto tal não fosse possível. As características que Gadamer atribui ao intérprete abstrato se encontram em todos os possíveis intérpretes concretos que ocupem o mesmo lugar funcional. O mesmo não se pode dizer de Hércules. Hércules não é uma abstração com que se ressaltem características presentes em todos os possíveis intérpretes do direito. Ele é, ao contrário, um ser semidivino, que dispõe de todo o tempo e habilidade necessária para fazer uma interpretação do direito vigente como um todo, conhecendo todas as decisões, interligando-as num sistema coerente e submetendo-as todas aos mesmos princípios de justificação. Sem tal situação superlativa idealizada, não se poderia realizar a ambiciosa pretensão do direito como integridade. Não é, portanto, apenas que Hércules enquanto idealização se coloque num não-lugar, num não-tempo e num não-mundo que negam finitude, historicidade e mundanidade, características indispensáveis da consciência hermenêutica enquanto tal. Isto é verdade, mas ainda não é toda a verdade sobre Hércules. Além disso, este ser semidivino se afasta das limitações e particularidades que tornam a interpretação uma atividade necessária, para não dizer possível. Enquanto em Gadamer a interpretação é produto da circunscrição do intérprete humano a uma situação determinante e limitadora, em Dworkin ela só é

possível por completo para um intérprete sobre-humano posto por cima de toda circunstância concreta. Aquilo de que Dworkin priva Hércules, isto é, a carne viva de seu ser no mundo, é precisamente o que Gadamer reputa ser o propulsor da interpretação. Do ponto de vista de Gadamer, Hércules não seria capaz de interpretar coisa alguma. Se Hércules for capaz de fazer algo que mereça o nome de interpretação, seria uma atividade completamente estranha à que conhecemos pelo mesmo nome e que nada teria a dizer para intérpretes humanos, concretos e situados. Sob nenhuma hipótese, esta seria uma idealização consonante com as ideias da tradição hermenêutica.

Em favor do uso do termo “método” por Dworkin, pode-se dizer que o autor faz questão de ressaltar que não se trata de um procedimento mecânico, de posse e no uso do qual diferentes juristas chegariam todos aos mesmos resultados. Contudo, o mesmo pode ser dito do método de Schleiermacher, que é inclusive mais econômico que Dworkin nas classificações dos casos problemáticos e das técnicas correspondentes, mas que, a despeito disso, é considerado por Gadamer como tendo pretendido instaurar e legar uma “ciência da hermenêutica”, precisamente o esforço para longe do qual Gadamer quer levar a reflexão hermenêutica. Assim, não são apenas métodos mecânicos que entram no escopo de rejeição da tradição hermenêutica: métodos por assim dizer mais abertos, com regras gerais no emprego das quais se pode chegar a diferentes resultados, não escapam à mesma acusação. Que dizer, então, de um que, não satisfeito em dizer qual técnica se aplica a qual tipo de caso problemático, ainda compromete o intérprete com a tese da única resposta correta? Quer esta tese seja compreendida como corolário da tese dos direitos, quer seja vista como ideal regulador da atividade de interpretação, ela novamente compromete a interpretação com uma idealização. Se a consciência histórica efetiva de Gadamer garante ao intérprete a certeza de que o que dá valor e verdade à sua interpretação é que ela é uma projeção do passado no presente e vice-versa, a tese da única resposta correta de Dworkin convida o intérprete menos que hercúleo a exercitar um ponto de vista que rompe com a finitude, com a historicidade e com a mundanidade e se alça à posição impossível de ter a última palavra em matéria de interpretação. Difícil ser menos consonante com a tradição hermenêutica.

A insistência de Dworkin em fornecer um método, em recomendar uma forma correta de fazer a interpretação jurídica, representa outra componente normativa de sua teoria que está ausente da abordagem de Gadamer à hermenêutica. Ali onde Gadamer

quer mostrar quais são as condições que tornam possível a interpretação na filologia, na teologia, na história, no direito, *sejam quais forem os métodos* que os cultores destas disciplinas empreguem, adotando, por assim dizer, não a perspectiva de quem quer, no plano teórico, retificar estas práticas, mas antes a de quem quer, no plano metateórico, reunificá-las como fundadas todas na mesma consciência hermenêutica, Dworkin quer, ao contrário, propor um método alternativo ao até então dominante na interpretação jurídica, adotando, portanto, o ponto de vista que Gadamer evita, do retificador da prática no plano teórico. Não que Dworkin não transite também pelo plano metateórico (sua abordagem do caráter divergente e interpretativo dos conceitos jurídicos fundamentais é precisamente deste tipo), mas ele, ao contrário de Gadamer, está convencido de que o esclarecimento da importância e da estrutura da interpretação no nível metateórico leva, em seguida, à escolha por certo método de interpretar em detrimento de outros possíveis no nível teórico. Noutras palavras, Dworkin está convencido de que o esclarecimento de como a interpretação realmente funciona pode levar a dar preferência por interpretar de certo modo em vez de outro na prática jurídica cotidiana. Novamente, aqui estamos bem distantes de Gadamer, que não se intromete na controvérsia sobre o melhor método de interpretar em nenhuma das disciplinas acima referidas porque sua discussão se localiza exclusivamente no nível metateórico do esclarecimento das condições de todo labor interpretativo e porque tal esclarecimento não concede a nenhum método particular superioridade sobre seus concorrentes, ao contrário, aponta *o que sempre está em jogo* qualquer que seja o método pelo qual se dê preferência. O que Dworkin faz está mais próximo da tentativa da ciência da hermenêutica, no sentido em que Gadamer usa esta expressão para se referir a Schleiermacher, isto é, da preocupação de indicar regras que orientem a prática com vista a alcançar os resultados corretos.

Estes são apenas alguns dos compromissos teóricos da tradição hermenêutica de que a teoria do direito de Dworkin se afasta. Mas a lista é exemplificativa e certamente poderia ser estendida: a historicidade da consciência hermenêutica de que o construtivismo abre mão; a “tradição” a que se recorre, que, em vez do significado amplo de *Überlieferung*, fica limitada às decisões dotadas de autoridade no âmbito de um sistema jurídico formal; o tipo de individualismo liberal a que Dworkin recorre, que contradiz o tipo de solidariedade que a tradição hermenêutica atribui à experiência do

ser no mundo etc. Se se acentuarem outros elementos da teoria de Gadamer, como a matriz aristotélica, o papel da *phronesis*, o lugar reservado à autoridade do clássico, a estrutura dialógica da relação com a história etc., a lista pode se tornar maior ainda e conduzir a duas conclusões que põem fim ao exame que a presente seção persegue: a conclusão de que a teoria do direito de Dworkin é interpretativa para honrar seu compromisso com o liberalismo, e não o contrário; e a conclusão de que, enquanto Gadamer procede a uma revisão das pretensões da tradição do Iluminismo, é precisamente nesta tradição que o liberalismo de Dworkin ainda encontra seu lugar natural.

4. Conexão como afinidade epistêmica

Gostaria de encerrar este artigo examinando a tese da conexão entre Dworkin e Gadamer num terceiro e último sentido, o da *afinidade epistêmica*, para verificar se não seria pelo menos verdade que Dworkin propõe ideias análogas ou afins com ideias propostas por Gadamer, tornando potencialmente fecunda a associação entre o que um e outro disseram sobre as mesmas coisas. Porque poderia ser que, mesmo sem *ter* conexão com a teoria de Gadamer, a teoria de Dworkin se tornasse *melhor* quando tal conexão fosse feita e explorada: poderia ser que Gadamer proporcionasse ver a teoria de Dworkin “sob sua melhor luz”³. Mais ainda: Poderia ser que, do ponto de vista do entusiasta da filosofia continental em geral e da tradição hermenêutica em particular, algumas das ideias propostas por Dworkin tivessem o condão de produzir uma fissura no discurso analítico da filosofia anglo-saxã do direito, explorável para fins de enriquecimento deste debate com influxos de ideias cunhadas nas terras do lado de lá do Canal da Mancha. Neste caso, o estudioso poderia ver na teoria de Dworkin não tanto uma representante da tradição hermenêutica, mas antes o entreposto dentro da tradição analítica em que a tradição hermenêutica poderia encontrar um interlocutor mais receptivo.

Diferentemente de como me posicionei sobre os outros dois sentidos da tese da conexão entre Dworkin e Gadamer, acredito que este terceiro sentido não deve ser rejeitado de antemão nem por completo. Pelo contrário: Aceito-o, embora com reservas.

³ Devo esta formulação da sugestão ao amigo Adalberto Fernandes Sá Junior.

Tal como fiz na seção anterior, também aqui listarei exemplificativamente pontos da teoria do direito de Dworkin que, penso, poderiam ser enriquecidos por meio da conexão com a teoria de Gadamer. Evidentemente, para considerar os desenvolvimentos da teoria de Dworkin à luz de contribuições de Gadamer como um “enriquecimento”, é preciso adotar o ponto de vista do partidário da filosofia continental (ou, no mínimo, de um cultor da filosofia analítica tardia interessado na revisão de sua tradição pelo diálogo com a filosofia continental). É deste ponto de vista que os comentários a seguir são elaborados. Aproveitarei os mesmos pontos para expressar as reservas com que penso que tal conexão deveria ser feita.

a) Primado da interpretação: Embora o Dworkin de antes de *Justiça para Ouriços* oscile entre considerar a interpretação indispensável para todos os processos cognitivos do ser humano no mundo e considerar que a interpretação fornece uma alternativa mais atraente à compreensão do direito centrada apenas em fatos institucionais, não pode haver dúvida de que, em comparação com a tradição dominante do positivismo jurídico, Dworkin representou um passo significativo tanto em tornar a interpretação um dos pontos centrais sobre os quais toda teoria do direito tem que oferecer uma abordagem convincente quanto em deixar claro que reconhecer à interpretação seu papel devido na prática jurídica implica rever o modo como boa parte dos conceitos jurídicos eram tratados até então. Neste sentido, para um estudioso entusiasta da filosofia continental, a teoria de Dworkin se oferece como uma oportunidade de fazer a teoria do direito interagir com os importantes desenvolvimentos da hermenêutica não apenas na tradição da hermenêutica filosófica em si, mas também do marxismo, da psicanálise, da hermenêutica crítica, do estruturalismo, do pós-estruturalismo, da desconstrução e do pós-modernismo. Embora nenhuma destas abordagens esteja contida na teoria de Dworkin, o giro para a interpretação que Dworkin produziu pode dar esperança de que algumas das questões colocadas pelo debate mais vasto em torno da interpretação na filosofia continental sejam vistas como dignas de consideração e discussão na teoria do direito.

Este desenvolvimento poderia ser a porta de entrada para um debate mais amplo sobre o papel da interpretação na teoria do direito. Para isso, seria necessário ir além da concepção de interpretação sustentada por Dworkin. Neste autor, a interpretação é um processo de elenco e escolha: diante da coisa a ser interpretada, o intérprete elenca

hipóteses ou possibilidades de sentido e, em seguida, escolhe entre elas a partir de um critério de exclusão (critério negativo: ajuste institucional) e de seleção (critério positivo: apelo moral). O processo transcorre sob inteiro controle do intérprete, que não tem como ser *surpreendido* pelo resultado da interpretação, ou, o que é o mesmo, não tem como *aprender* com a coisa que interpreta. Nas abordagens influentes sobre a filosofia continental, a saber, no marxismo, na psicanálise, no estruturalismo, no pós-estruturalismo, na desconstrução, sabe-se que o ponto de chegada da interpretação é normalmente algo que o intérprete jamais esperaria ou seria capaz de elaborar por si mesmo no ponto de partida. É por isso que a interpretação permite um tipo de acesso à realidade da coisa interpretada que processos epistêmicos não interpretativos jamais alcançariam. O tipo de interpretação que Dworkin propõe é, quando comparado com o daquelas abordagens, apenas superficial e domesticado, tendendo fortemente à ratificação dos preconceitos (em sentido gadameriano) com que o intérprete já chegara à coisa. É verdade que alguns preconceitos com que o intérprete chegara serão excluídos, entre eles talvez alguns dos que preferiria que tivessem prevalecido como resultado final, mas, ainda assim, os preconceitos restantes, mesmo se aceitos vacilante e relutantemente, eram desde o princípio conhecidos e assumidos como possibilidades. Na loteria da interpretação dworkiniana, o intérprete não pode sortear nenhum balote que ele mesmo não tenha colocado na urna giratória: embora haja espaço para a surpresa com *qual* dos balotes colocados foi sorteado, não há espaço para a surpresa de sortear um balote *não colocado*. Isto quer dizer que, tal como um pesquisador munido de formulário, o intérprete faz à coisa interpretada uma pergunta cuja resposta precisa estar contida num rol preestabelecido por ele próprio. Ou seja: O limite do elenco de hipóteses é na verdade o limite da *capacidade de aprendizado* do intérprete. Seus ouvidos são surdos para qualquer resposta diversa das alternativas já consideradas. Quanto menor a informação e imaginação do intérprete, tanto menos provável é que aprenda algo com a coisa que se propôs interpretar. Fazer a crítica deste aspecto da concepção de interpretação de Dworkin seria ao mesmo tempo um enriquecimento para a teoria deste autor e uma abertura de novas possibilidades para a teoria do direito.

Outro aspecto a ser revisto seria o objeto sobre o qual incide a interpretação. Em Dworkin, a interpretação é necessária quando as decisões do passado dotadas de autoridade são compatíveis com mais que um sentido e capazes, por conseguinte, de

gerar mais que uma decisão para um caso concreto. Isto quer dizer que a coisa a ser interpretada é sempre uma decisão ou um conjunto de decisões do passado. Deixando de lado no momento a questão sobre como se pode encontrar tais decisões de modo não interpretativo⁴, gostaria de chamar atenção para as coisas que *não são* objeto de interpretação, que são simplesmente assumidas como tais pela teoria: o papel das decisões do passado, o papel do poder judiciário, o papel do direito positivo, o papel da coerção, o papel do Estado etc. Admito que talvez seja injusto dizer que tais coisas são apenas *assumidas* como tais: Dworkin justifica o papel que atribui a cada uma delas, seja com base na integridade da comunidade de princípios, seja com base no liberalismo igualitário que serve de marco de referência. Contudo, mesmo que tais justificações sejam fornecidas, elas não provêm de um processo de interpretação do mesmo tipo a que as decisões do passado são submetidas. Ao tratar, por exemplo, da coerção, Dworkin não age do modo que para ele é “interpretativo”: elencando hipóteses de sentido e submetendo-as uma a uma a um teste de ajuste institucional e apelo moral em vista de casos concretos de uso da coerção em nossas sociedades. Pelo contrário, procede como qualquer teórico normativo não interpretativista procederia: atribui à coerção um sentido em conformidade com sua teoria política de fundo. O liberalismo igualitário não se submete a teste, mas dita, soberano, o sentido a ser atribuído a cada elemento do entorno institucional e ideológico da interpretação jurídica. Assim, na teoria de Dworkin alguns materiais interpretados são tratados nos limites de uma estrutura institucional e ideológica não interpretada. Um cultor da hermenêutica de tipo continental poderia cogitar o que aconteceria se não apenas as decisões do passado, mas todos os elementos da estrutura de entorno, fossem submetidos a um exame interpretativo. Neste caso, as premissas do liberalismo igualitário estariam expostas a revisão e talvez várias delas não resistissem à perscrutação hermenêutica. O liberalismo igualitário poderia vir a fazer companhia ao positivismo e ao utilitarismo, isto é, aprenderia a justa lição de que, quando se coloca em ação o torvelinho interpretativo, está-se pelo menos tão sujeito a ser tragado por ele quanto se espera que estejam os rivais teóricos.

⁴ Uma das críticas de Joseph Raz à teoria de Dworkin é que ela requer um momento pré-interpretativo em que o intérprete seleciona o material a ser interpretado, o qual, por sua vez, parece requerer o uso do tipo de regra de reconhecimento cuja existência Dworkin está empenhado em negar (v. Raz, 1986).

b) Holismo do sentido: Além de ter colocado a interpretação no centro do debate sobre teoria do direito, Dworkin também foi responsável por chamar a atenção novamente para como, na interpretação de elementos do ordenamento jurídico, o sentido das partes é dependente do sentido do todo. Sua teoria do direito como integridade, ao raciocinar a partir da obrigação de tratar todos os membros da comunidade de princípios segundo os mesmos padrões (isto é, ou aplicando os mesmos princípios ou dando uma razão de princípio para que os mesmos princípios não sejam aplicados), Dworkin cria a necessidade de que a interpretação do direito se apoie num conjunto de princípios capaz de justificar o direito vigente como um todo, integrando seus vários ramos, explicando casos padrão, justificando exceções, fixando diretrizes e critérios comuns etc. Já não se trata apenas de encontrar um padrão que explique, por exemplo, o conjunto de decisões que certo ramo da *common law* tem tomado nos últimos anos a respeito de um tema específico, digamos, acidentes de automóvel, mas de encontrar padrões que justifiquem as distinções entre diferentes tipos de acidente de automóvel, casos indenizáveis e não indenizáveis, como os acidentes de automóveis se integram no tratamento geral dado a acidentes, como a teoria do cuidado responsável aplicada nos acidentes de automóvel se integra a uma teoria mais ampla dos cuidados exigíveis em direito etc. Não é à toa que precisa recorrer à idealização de um juiz sem limites de tempo e de conhecimento para dar conta da magnitude da tarefa hermenêutica que atribuiu ao raciocínio jurídico cotidiano.

Este desenvolvimento poderia ser a porta de entrada para um debate mais amplo sobre as consequências do holismo do sentido na teoria do direito. O holismo do sentido significa não apenas que o sentido do todo é mais que a simples soma das contribuições de sentido de cada uma das partes que o compõem, mas também que o sentido das partes é dependente do sentido das outras partes com que se relaciona e do todo em que se situa. A tese do holismo de sentido, que conta com adeptos tanto na filosofia analítica quanto na continental, teria o condão de revisar vários aspectos da teoria do direito. Por exemplo, uma teoria do direito que fale sobre a justiça das penas depende de uma teoria da punição, que por sua vez depende de uma teoria do crime, que por sua vez depende de uma teoria da ação, que por sua vez depende de uma teoria da intencionalidade, que por sua vez depende de uma teoria da mente, que por sua vez depende de uma metafísica consistente sobre os tipos de coisas que existem no mundo e como elas se

relacionam entre si. Uma vez que o intérprete assuma esta cadeia de dependências, percebe que a interpretação das normas penais é afetada não apenas pelo todo do ordenamento jurídico, isto é, pela totalidade das decisões institucionais dotadas de autoridade jurídica, mas também pela totalidade dos conhecimentos filosóficos e científicos dotados de autoridade cognitiva. Isto o leva, então, à conclusão de que o bater de asas de uma borboleta na filosofia ou na neurociência pode produzir um furacão na aplicação de penas criminais. E de repente *interdisciplinaridade* deixaria de ser apenas um termo da moda no dicionário pós-moderno das ciências sociais.

Outro ponto em que o holismo de sentido produziria impacto seria o ganho de sentido de *historicidade* da cognição jurídica. Isto porque o holismo não se estende apenas sincronicamente pela totalidade do saber, mas também diacronicamente pela totalidade da experiência histórica que dá ao presente o peso e o valor que possui. Não apenas os fatos do passado e os sentidos normalmente atribuídos a eles, mas também uma cadeia renovada perpetuamente com medos e aspirações, valores e fantasias, filiações e oposições etc., compõem a totalidade da experiência do passado com a qual toda interpretação no presente ao mesmo tempo se funde e dialoga criticamente. Ninguém discute ou decide hoje um caso de discriminação racial sem tomar ao mesmo tempo uma posição na longa cadeia histórica que envolve pelo menos a escravidão africana, a segregação norte-americana e sul-africana, os massacres da Ku Klux Klan e os campos de concentração nazistas, o renascimento de partidos e grupos fascistas e o desafio multicultural do mundo atual. Holismo de sentido neste caso consiste não apenas em saber de que modo esta cadeia de eventos passados afeta a interpretação a ser feita no presente, mas também que tipo de continuidade ou ruptura com o passado se quer assumir. Os fantasmas do passado não apenas olham por cima de nossos ombros e nos sussurram sugestões de sentido, mas também nos interrogam sobre como entender e julgar as experiências e decisões que eles próprios tiveram e tomaram. Os juízes do caso Brown parecem ter dado mais consideração e valor a esta historicidade do que Hércules dá ao interpretar o que aqueles juízes fizeram. E este é mais um aspecto em que o caminho inovador que Dworkin abriu poderia e deveria ser estendido para bastante além do que ele próprio ousou explorá-lo.

c) **Reconexão do direito com a ética e a política:** Outro mérito a ser reconhecido à teoria de Dworkin é ter desafiado a legitimidade das teorias do direito que

se pretendem exclusivamente descritivas e carentes de compromissos morais e políticos. Ao acentuar a divergência como traço fundamental das práticas jurídicas e ao explicar a divergência não em termos de acerto ou erro, conhecimento e ignorância, fidelidade e infidelidade etc., mas em termos de dependência da compreensão de conceitos jurídicos centrais em relação a teorias éticas e políticas de fundo, Dworkin não apenas ofereceu uma abordagem teórica que devolve importância à relação do direito com a ética e com a política, mas tornou consideravelmente mais difícil a tarefa de quem quer que queira defender uma abordagem em que tal relação esteja ausente. Em Dworkin, por exemplo, o debate sobre a verdadeira natureza dos direitos, da liberdade, da igualdade, do valor da vida etc. recobrou importância para a explicação das decisões do passado e para a construção de decisões dos casos novos que desafiam o saber jurídico estabelecido. Com isso, Dworkin reconectou a teoria do direito com a para ele venerável tradição do liberalismo igualitário e com os debates desta tradição com seus críticos conservadores, utilitaristas, libertários e socialistas.

Este desenvolvimento poderia ser a porta de entrada para um debate mais amplo sobre o papel das teorias morais e políticas na teoria do direito. Em Dworkin, as teorias morais e políticas ocorrem para suprir a debilidade das decisões jurídicas de fornecerem uma única decisão para casos novos a serem julgados com base nelas. Assim, as teorias morais e políticas têm papel suplementar, mas isso não quer dizer que este papel seja subordinado ou secundário: pelo contrário, o intérprete recorre a tais teorias para suprir o que as decisões jurídicas não podem dar apenas porque sabe que as decisões jurídicas só se sustentam na medida em que extraem sua justificação daquelas teorias. Na configuração hidráulica da justificação, recorre-se às fontes morais e políticas quando os tubos e canos jurídicos não foram capazes de trazer sentido bastante ao destinatário final. Contudo, esta função exclusivamente suplementar e demasiadamente restrita das teorias morais e políticas poderia e deveria ser ampliada por um tratamento mais ousado. Se os objetos passíveis de interpretação fossem ampliados como sugerido em a) e os vínculos interdisciplinares fossem trazidos à tona como sugerido em b), então, as teorias morais e políticas seriam os referenciais com que se interpretariam não apenas conceitos e decisões particulares, mas a totalidade do direito positivo moderno, inclusive seu papel nas sociedades atuais. Com isso, cada decisão sobre, por exemplo, limitação da privacidade para fins de segurança seria ao mesmo tempo uma decisão

sobre como se relacionam sociedade e indivíduo, Estado e cidadão, personalidade e comunidade, liberdade e segurança, coerção justa e coerção instrumental etc. E o que o amplo espectro de teorias morais e políticas teria a dizer a este respeito iria certamente bem além das premissas normalmente ingênuas e idealizadas do liberalismo igualitário.

Contudo, os aspectos exemplificados acima são ainda exercícios de interpretação e de interconexão com ética e política *no interior do quadro* de exercício do poder jurídico. De um ponto de vista continental, seria desejável levar este tipo de reflexão *para além* deste quadro e *questionar* o próprio quadro. Será que aplicar o direito para solucionar o problema de um caso concreto não implica desde o princípio assumir o ponto de vista de que o direito *pode* solucionar aquele problema, ou mais ainda, de que pode solucionar *algum* problema? Se for este o caso, será esta uma pressuposição correta? E se interpretar e aplicar o direito pressupuser uma adesão não percebida e não justificada a certo ponto de vista ético e político em detrimento de outros possíveis? E se a decisão entre justiça e injustiça não for apenas uma questão de como decidir no interior deste ponto de vista, mas também uma questão sobre adotá-lo ou não para fins práticos em geral? Certamente todas as questões acima estão postas como tais, isto é, como questões por serem respondidas, mas qualquer abordagem que se pretenda hermenêutica precisa ter a coragem de encarar estas questões e de avaliar a fragilidade das respostas normalmente consideradas aceitáveis para elas. Um positivista como Kelsen ainda era capaz de reconhecer que a norma fundamental era além de tudo um ponto de vista sobre o direito, o ponto de vista que atribui ao direito validade, que trata as normas jurídicas como padrões a que se devesse alguma obediência, mas fazia questão de reforçar que este ponto de vista não era necessário, nem sequer podia ser defendido com razões cogentes contra pontos de vista alternativos: contra o anarquista que nega ao direito qualquer validade, nenhum argumento decisivo podia ser formulado. É no mínimo irônico que a teoria que pretende ser a mais contundente crítica antipositivista trate o tema com menos ousadia e se permita partir do pressuposto de que o direito é necessário e útil e pode ser legítimo e justo – um caso em que só se chega a ser antipositivista em certo aspecto (o tratamento das normas e das decisões), pagando o preço de ser hiperpositivista em certo outro (a autoridade e legitimidade do direito). A questão sobre até que ponto a própria existência e uso do direito enquanto tal passa por um teste de justificação ética e política precisa voltar a ser proposta e enfrentada, e este

também é um aspecto em que uma reflexão hermenêutica a partir de Dworkin, mas para além dele, seria necessária.

Como disse antes, a lista é exemplificativa. Além destes pontos, haveria outros, como o debate em torno da razão, da verdade e da objetividade, como as relações do direito com a arte e a literatura, como a ampliação do sentido de tradição, a ampliação do sentido de autoridade etc. Em todos estes aspectos, a teoria de Dworkin se beneficiaria de um diálogo mais constante e autorrevisivo não apenas com a hermenêutica filosófica, mas com a filosofia continental como um todo. O fato de que Dworkin fornece o entreposto em que o diálogo com a filosofia continental se torna possível explica que tantos entusiastas da hermenêutica se apressem em ver nele um igual, um representante desta tradição em terras estrangeiras. Mas, como espero ter deixado claro, esta identificação é não só precipitada, mas também perigosa. Melhor é reconhecer que, do ponto de vista continental, existem aspectos na teoria de Dworkin que representam verdadeiros avanços em comparação com os limites mais estreitos da filosofia analítica do direito, mas tais avanços não são ainda exercícios de pensamento continental, e sim portas de acesso ou canais de diálogo para esta tradição. Por meio de Dworkin, é possível explorar a filosofia do direito para torná-la cada vez mais continental. Mas isso acontece não parando em Dworkin, mas caminhando de Dworkin para Gadamer, de Dworkin para Derrida, de Dworkin para Lacan, de Dworkin para Vattimo, de Dworkin para Ricoeur etc. No fim das contas, pode-se descobrir que vale mais a pena fazer uma filosofia genuinamente continental do direito do que insistir em ver em Dworkin mais do que um analítico tardio e sofisticado. Se existir futuro para a tradição continental na teoria do direito, este futuro não se encontra em Dworkin, mas está por ser construído a partir e para bem além do legado que ele deixou.

REFERÊNCIAS

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980.

BURLEY, Justine (ed.). *Dworkin and his Critics*. Oxford: Blackwell, 2004.

DOSTAL, Robert J. (ed.). *The Cambridge Companion to Gadamer*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Band 1, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: Lohr, 1960.
- GRONDIN, Jean. *The Philosophy of Gadamer*. Trad. Kathryn Plant. New York: McGill-Queens University Press, 2002.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MALPAS, Jeff. “Hans-Georg Gadamer”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Edward N. Zalta (ed.), URL = < <http://plato.stanford.edu/entries/gadamer/>>.
- MOOTZ, Francis J. III. *Gadamer and Law*. Illinois: Ashgate Publishing, 2007.
- RAZ, Joseph. “Dworkin: A new link in the chain”, book review of *A Matter of Principle*, 74, *California Law Review*, 1103, 1986.
- SCALIA, Antonin; GUTMANN, Amy (ed.). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997.
- WARNKE, Georgia. *Gadamer: Hermeneutics, Tradition and Reason*, Stanford University Press, 1987.