

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 181
Janeiro/março – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Sistema de regras?

Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras

Júlio Aguiar de Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. Regras e princípios em *Levando os Direitos a Sério*. 3. Seguindo regras com Pedro Malazarte. 4. Seguindo regras com Wittgenstein. 5. Seguindo regras com Hans Kelsen. 6. Conclusão.

1. Introdução

Norberto Bobbio (1995, p. 67), em *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, registra um momento significativo de entusiasmo juspositivista. No contexto Iluminista do século XVIII, a fim de justificar a codificação, Siéyès sustenta que, no dia em que ela vigesse, o procedimento judiciário passaria a consistir apenas em um juízo de fato, uma vez que a *quaestio iuris* deixaria de apresentar qualquer dificuldade.

É esse o sonho do positivismo jurídico: a elaboração de um direito, entendido como sistema de normas postas pelo Estado, que pudesse ser aplicado de forma direta, isto é, dispensando a necessidade da interpretação ou, quando muito, tornando possível uma interpretação de tipo mecanicista (BOBBIO, 1995, p. 133). Um sistema de normas que, além de regular as condutas dos cidadãos, também fosse capaz de regular a sua própria aplicação.

No entanto, pouco mais de dois séculos depois, o sonho da construção de um sistema de regras, no espírito do código deseja-

Júlio Aguiar de Oliveira é Professor do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC MINAS. Professor do Curso de Graduação em Direito da UFOP. Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.

do por Siéyès, já não tem mais como ocultar sua verdadeira natureza. Esse sistema pode ser um sonho ou um pesadelo, mas não pode ser real. A chave para torná-lo real, o passo da eliminação da interpretação para a aplicação das regras não pode ser dado. Para Siéyès, Beccaria e outros iluministas, parecia até um passo fácil de ser executado. As regras apenas deveriam ser claras. Ora, pensavam, onde há clareza, dispensa-se a interpretação. Mas o que eles não foram capazes de perceber é que não há clareza *antes* da interpretação. Não há aplicação de normas sem interpretação, dirá, mais tarde, Hans Kelsen.

A tese da impossibilidade de um fundacionalismo intelectualista no contexto da interpretação/aplicação de uma regra, defendida por Wittgenstein e por Kelsen, é ilustrada, neste trabalho, pelas aventuras de Pedro Malazarte. O recurso à literatura ajuda a perceber a validade dessa tese e, conseqüentemente, ajuda a perceber onde se encontra a raiz do fracasso do positivismo jurídico enquanto paradigma para a compreensão e realização do Direito. O positivismo jurídico fracassa porque um sistema de regras (ou normas) capaz de controlar a sua própria interpretação/aplicação é impossível. Se esse sistema é impossível, é claro que não há nenhuma necessidade de se buscar completá-lo com princípios, como pretende Dworkin em sua crítica ao positivismo.

O problema fundamental da argumentação de Dworkin (2002), em *Levando os direitos a sério*, é que a noção de princípios surge a partir de um contraste entre o desconhecido e uma ilusão. Para Dworkin (2002), os princípios existem porque as regras não dão conta do recado. A questão, porém, é que o que não existem são as regras conforme concebidas por Dworkin. E é óbvio que, não existindo, não podem dar conta do recado.

Além de não possibilitar uma compreensão adequada dos princípios, a distinção entre regras e princípios, conectada à tese

da presença dos princípios no contexto do ordenamento normativo, em *Levando os direitos a sério*, não conduz a uma crítica radical do positivismo jurídico. Não possibilita, de qualquer forma, uma crítica de impacto semelhante à crítica do positivismo derivada da tese do fracasso do fundacionalismo intelectualista no processo de aplicação/interpretação das normas, crítica que pode ser derivada das *Investigações filosóficas*, de Wittgenstein, da *Teoria pura do direito*, de Kelsen, como, também, das aventuras de Pedro Malazarte.

É certo que *Levando os direitos a sério* não expressa a última palavra de Dworkin sobre o assunto. É certo que significativas alterações foram realizadas em suas obras seguintes, em especial em *Law's Empire*. No entanto, a razão pela qual não me dedico, neste trabalho, à análise dessas alterações é que a discussão sobre a temática dos princípios articulou-se essencialmente em torno de *Levando os direitos a sério* e não em torno das obras posteriores de Dworkin. De qualquer modo, não acredito que a ideia de direito como integridade, desenvolvida por Dworkin em *Law's Empire*, funcione como uma alternativa aos problemas decorrentes das dificuldades encontradas em *Levando os direitos a sério*. A teoria do juiz Hércules, bem como a distinção entre regras e princípios estão entre essas dificuldades que não vejo superadas pela noção de direito como integridade. Afinal, se integridade é agora a solução para o problema da interpretação, a questão que fica é: qual integridade? Integridade segundo qual critério?

2. Regras e princípios em *Levando os direitos a sério*

Dworkin (2002, p. 27-28) aborda a questão dos princípios, em *Levando os direitos a sério*, no capítulo intitulado *O Modelo de regras I*. Nesse capítulo, Dworkin apresenta, de saída, três proposições que, de acordo com seu entendimento, constituem o esqueleto do positivismo jurídico:

“(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (...) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que, quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo

valer um direito jurídico correspondente a essa matéria”.

A partir de sua configuração do esqueleto do positivismo, Dworkin (2002, p. 11) se lança a um ataque geral contra o positivismo, tomando como alvo a versão de Hart, que, segundo seu entendimento, constitui “a mais influente versão contemporânea do positivismo”. A estratégia desse ataque contra o positivismo mobiliza a noção de princípios e parte de uma interpretação do raciocínio e dos debates dos juristas em torno da aplicação do direito, especialmente quando os juristas se deparam com *hard cases*.

Para Dworkin (2002, p. 35-36), a observação do raciocínio e dos debates dos juristas no enfrentamento de casos difíceis revela a existência de padrões normativos que não funcionam como regras. Padrões que Dworkin denomina princípios.

Os princípios são, em primeiro lugar, entendidos como um tipo de padrão normativo diferente das regras. Eles fazem parte do sistema normativo e podem ser observados, preferencialmente, nos momentos em que as regras deixam de funcionar ou funcionam mal, isto é, na ocorrência de *hard cases*. Em sentido genérico, princípios são tanto políticas como princípios em sentido específico. Os princípios podem ser distinguidos das políticas, outra espécie de padrão normativo que não são regras. Política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)” (DWORKIN, 2002, p. 36). Princípios, em sentido específico, são:

“um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (Idem)

Os princípios, portanto, em sentido específico, são padrões normativos que se definem por não serem regras e, também, por não serem políticas. Na sequência de sua argumentação, Dworkin volta-se para a distinção entre princípios em sentido genérico (o que envolve políticas e princípios em sentido específico) e regras. Para Dworkin (2002, p. 39):

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Há, nessa distinção, um ponto importante a ser destacado. Dworkin entende a distinção entre princípios e regras como sendo uma distinção de natureza lógica. Natureza esta que se expressa no momento da aplicação de princípios e regras. Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*in an all-or-nothing fashion*), princípios não. Dworkin defende a possibilidade de explicitação de todas as exceções de uma regra, o que, em sua concepção, levaria à produção de uma regra capaz de garantir, por si mesma, sua automática aplicação à maneira do tudo-ou-nada.

“A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”. (DWORKIN, 2002, p. 40)

Se a regra é aplicável à maneira do tudo-ou-nada, se ela pode ter todas as suas exceções explicitadas e arroladas, o enun-

ciado completo de uma regra garante sua aplicação automática. Isto é, se regras são o que Dworkin entende que elas são, elas dispensam a interpretação. Elas têm o poder de possibilitar uma perfeita compreensão de si mesmas, *a priori*, e uma aplicação automática. Vistas as regras dessa forma, fica fácil perceber por que um sistema de regras é o sonho de todo positivista. Por outro lado, também não deveria ser tão difícil perceber por que isso não passava e nunca passou de um sonho.

Já os princípios, diferentemente das regras, “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2002, p. 40). Princípios impõem a necessidade de uma decisão particular para a sua aplicação, em outras palavras, ao contrário das regras, que dispensam a interpretação, os princípios dependem de interpretação para serem aplicados. Em *Levando os direitos a sério*, os princípios são os padrões normativos próprios do juiz Hércules, cujo destino é o enfrentamento de *hard cases*. Diante de um *easy case*, isto é, diante de um caso para o qual a solução decorre da simples aplicação de regras, Hércules está dispensado do trabalho.

A partir dessa distinção de ordem lógica, Dworkin (2002, p. 42) afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso (ou importância), inexistente no caso de regras. Isto significa que, em face da constatação do conflito entre duas regras, uma delas não pode, logicamente, ser válida. Já um conflito entre princípios não implica a invalidade de um deles. Na hipótese de um conflito entre princípios, Hércules deve dedicar-se a uma tarefa de ponderação.

Em *Levando os direitos a sério*, portanto, Dworkin pretende mostrar que o sistema normativo não é composto exclusivamente de regras, mas também de princípios, que são padrões normativos distintos das regras. Os princípios, em sentido específico, expressam a imanência da dimensão da moralidade no ordenamento normativo

e, diante de *hard cases*, são levados em consideração na determinação da solução do caso. Isso não significa que princípios possam ser aplicados da mesma maneira que as regras. Levar em consideração os princípios para a solução de casos difíceis significa tomá-los não como passíveis de uma aplicação na forma do tudo-ou-nada, mas, sim, como padrões normativos dependentes de um trabalho de interpretação e ponderação.

Por meio dos princípios, Dworkin lança seu ataque ao positivismo, compreendido como positivismo de regras. Esse ataque, no entanto, toma como alvo uma concepção de positivismo que, como procuro justificar em seguida, já havia sido radicalmente desmontada por Wittgenstein e por Kelsen, na medida em que eliminam a possibilidade de um fundacionalismo intelectualista a suportar a aplicação automática das regras.

3. Seguindo regras com Pedro Malazarte

À primeira vista, seguir uma regra não parece ser algo especialmente complicado. Que dificuldade pode haver em seguir uma regra simples? Se, por exemplo, uma placa diz PARE, eu paro. Mas quando é que eu posso voltar a andar? Alguém então me diz:

- É só dar uma paradinha, olhar para ver se vem algum outro carro e, caso não venha, pode seguir.

- Mas eu estou vendo um veículo vindo lá no começo da rua. Ele vem devagar, vai demorar até chegar aqui. Eu tenho de esperar? E se, no lugar de um carro, estiver vindo uma bicicleta?

- Olha, quer saber de uma coisa, deixe isso para lá. É só você me seguir que eu vou te mostrar como é que se faz.

Talvez seguir uma regra simples não seja assim tão simples.

Em *Contos tradicionais do Brasil*, Luís da Câmara Cascudo reúne seis aventuras de Pedro Malazarte. Em algumas dessas aventuras, Pedro Malazarte apresenta sua arte de

seguir uma regra. Para Malazarte, uma arte de luta baseada na percepção da impossibilidade de um fundacionalismo intelectualista a dar sustentação à aplicação de uma regra. Isto é, a arte de seguir uma regra de Malazarte é construída a partir da compreensão básica de que uma regra, ainda que simples, não pode e nem tem como controlar sua própria interpretação/aplicação.

Na abertura do ciclo de aventuras de Malazarte, Câmara Cascudo (2004, p. 174) registra a descrição do contexto no qual se situam as narrativas:

“Um casal de velhos possuía dois filhos homens, João e Pedro, este tão astucioso e vadio que o chamavam Pedro Malazarte. Como era gente pobre, o filho mais velho saiu para ganhar a vida e empregou-se numa fazenda onde o proprietário era rico e cheio de velhacarias, não pagando aos empregados porque fazia contratos impossíveis de cumprimento. João trabalhou quase um ano e voltou quase morto. O patrão tirara-lhe uma tira de couro desde o pescoço até o fim das costas e nada mais lhe dera. Pedro ficou furioso e saiu para vingar o irmão”.

Há uma situação de injustiça bem definida. João é pobre e precisa trabalhar para ganhar a vida. O fazendeiro é rico, precisa de trabalhadores, e contrata os serviços de João. Porém, em vez de pagar o salário devido, o fazendeiro, lançando mão de contratos impossíveis, e de uma interpretação própria desses contratos, escusa-se do pagamento dos salários e ainda arranca uma tira de couro das costas de João. Pedro Malazarte, então, sai em busca de vingança para o irmão. Ele procura o mesmo fazendeiro, que aceita lhe dar trabalho sob duas condições: a) não enjeitar serviços; b) do primeiro que se zangasse, o outro fica autorizado a tirar uma tira de couro. Malazarte aceita os termos do contrato e começa a trabalhar.

“No primeiro dia foi trabalhar numa plantação de milho. O patrão mandou

que uma cachorrinha o acompanhasse. Só podia voltar quando a cachorra voltasse para casa. Pedro meteu o braço no serviço até meio-dia. A cachorrinha deitada na sombra nem se mexia. Vendo que era combinação, Malazarte largou uma paulada na cachorra que saiu ganindo e correndo até o alpendre da casa. O rapaz voltou e almoçou. Pela tarde, nem precisou bater na cachorra. Fez o gesto e o bicho voou no caminho.”

Nesse primeiro dia, Malazarte – mantendo-se perfeitamente dentro da órbita das regras recebidas e do contrato ajustado – é capaz de escapar da armadilha do fazendeiro. Ele só poderia voltar quando a cachorra voltasse, mas não havia menção alguma em relação ao tipo de tratamento que deveria ser dispensado à cachorra.

“No outro dia o fazendeiro escolheu outra tarefa. Mandou-o limpar a roça de mandioca. Pedro arrancou toda a plantação, deixando o terreno completamente limpo. Quando foi dizer ao patrão o que fizera este ficou feio.

– Zangou-se, meu amo?

– Não, senhor – respondeu o patrão.”
(CASCUDO, 2004, p. 174)

O que significa “limpar a roça de mandioca”? É claro que arrancar toda a plantação, deixando o terreno completamente limpo não é o significado pretendido pelo fazendeiro. No entanto, é uma interpretação possível, na medida em que se sustenta na polissemia do verbo “limpar”. Algo com que o próprio fazendeiro, como se vê na sequência do conto, tem de concordar.

Na continuação da narrativa, o fazendeiro dá ainda mais algumas tarefas a Pedro. Registro, aqui, apenas mais duas. A de que Malazarte trouxesse o carro de bois carregado de pau sem nós, da qual ele se desincumbe cortando quase todo o bananal da fazenda, uma vez que bananeira é pau sem nó. E a de levar o carro de bois, com a junta de bois, para dentro de uma

sala numa casinha, sem passar pela porta, que o fazendeiro ainda tranca e esconde a chave. Pedro dá conta da tarefa picando, com um machado, o carro de bois e os bois e jogando, pela janela, os pedaços para dentro do quarto.

A estratégia adotada por Pedro para vencer o fazendeiro, em todos esses casos, é a mesma. A de se manter “dentro” das regras dadas, subvertendo-as pela interpretação. Roberto DaMatta (1997, p. 293), em *Carnavais, malandros e heróis*, reflete sobre essa estratégia:

“O que Pedro realiza é sua parte integral no contrato, obedecendo até às últimas conseqüências as ordens do patrão. Assim fazendo, Pedro Malazarte pode tirar partido do ‘outro lado’ do contrato, conseguindo transformar a desvantagem em vantagem. Se ele e o fazendeiro estavam presos por um contrato impessoal, e se o fazendeiro era velhaco e não respeitava a humanidade de seus empregados, é nesse ponto que Pedro se agarra para realizar sua vingança. Desse modo, Pedro apenas segue todas as ordens, mas segue tudo ao pé da letra, derrotando sistematicamente o fazendeiro. Um empregado respeitador e orientado para o código dos favores, da patronagem positiva e das relações pessoais vincadas pela consideração jamais iria pensar em destruir os sagrados bens de produção do seu empregador, e assim seria liquidado por ele.”

Embora DaMatta interprete as ações de Pedro Malazarte como ações de seguir a regra ao “pé da letra”, o próprio DaMatta nos revela, no desenvolvimento da sua argumentação, o verdadeiro sentido delas. Não existe um “pé da letra” da regra, bem como não existe uma correta compreensão do contrato que possa ser extraída do contrato mesmo, uma vez que a maneira correta de se seguir uma regra não pode ser extraída da regra mesma. O que existe

são interpretações que se sustentam sobre panos de fundo, às vezes inarticulados, mas sempre presentes. Pedro Malazarte é capaz de vencer o fazendeiro explorador porque é capaz de interpretar as regras sob um pano de fundo que não o pano de fundo compartilhado por fazendeiros e empregados respeitadores daquilo que DaMatta chama de “código dos favores, da patronagem positiva e das relações pessoais vincadas pela consideração”.

4. Seguindo regras com Wittgenstein?

A crítica de Dworkin (2002) ao positivismo jurídico parte da distinção entre regras e princípios. No entanto, a estratégia, adotada por Dworkin, de buscar a compreensão dos princípios por meio da explicitação das especificidades que os distinguem das regras não é esclarecedora. Dizer o que os princípios são em virtude daquilo que os distinguem das regras traz consigo o problema de tomar como evidente a possibilidade de perfeita compreensão do sentido das regras, o que de maneira alguma é evidente. A perfeita compreensão da regra, entendida como pressuposto necessário para a aplicação dessa mesma regra, o que implica a compreensão de todas as questões envolvidas na correta aplicação de uma regra, que Dworkin considera possível ao menos em teoria é, de fato, impossível. Taylor (2000, p. 181), com base em Wittgenstein, observa:

“Compreender parece implicar conhecimento ou consciência, mas Wittgenstein demonstra que o sujeito não só não tem como não pode ter consciência de toda uma gama de questões que, não obstante, têm influência direta sobre a correta aplicação de uma regra.”

Não ter e nem poder ter consciência de toda a gama de questões envolvidas na correta aplicação de uma regra não significa que o sujeito não possa aplicar regras corretamente. O que Wittgenstein (2005)

demonstra é que a aplicação correta de uma regra não pode depender de um seu perfeito conhecimento *a priori*. As regras não trazem em si mesmas e, portanto, não dão de si mesmas um conhecimento perfeito garantidor de uma perfeita aplicação. Seguir uma regra deixa sempre um espaço para o engano decorrente de uma compreensão incorreta. Em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein (2005) dá uma série de exemplos nesse sentido.

O que Wittgenstein pretende com sua argumentação em torno das regras e o que Malazarte nos ajuda a entender é a falência de um fundacionalismo intelectualista. É justamente esse fundamento que não existe, nem em face da mais simples das regras. Taylor (2000, p. 183) observa:

“Por que pode alguém sempre entender erroneamente? E por que não temos de resolver todas essas questões potenciais antes de podermos nos compreender a nós mesmos? A resposta a essas duas questões é a mesma. Compreendemos sempre contra um pano de fundo daquilo que é tido por certo, em que simplesmente nos apoiamos. Sempre pode aparecer alguém que não disponha desse pano de fundo, razão por que a mais simples coisa pode ser entendida erroneamente, em particular se deixarmos a imaginação à solta e imaginarmos pessoas que nunca ouviram falar de setas. No entanto, ao mesmo tempo, o pano de fundo, na qualidade daquilo em que simplesmente nos apoiamos, não é o *locus* das questões resolvidas. Quando a compreensão errônea advém de uma diferença de pano de fundo, o que precisa ser dito para esclarecer a questão articula parte do pano de fundo do explicador que pode nunca ter sido articulada antes.”

Taylor (2000, p. 183) registra que o pano de fundo das nossas compreensões é um pano de fundo de natureza inarticulada

e, em alguns pontos, inarticulável. É essa natureza que Wittgenstein (2004, p. 118) percebe quando escreve:

“‘Como posso seguir uma regra’ – se esta não é uma pergunta pelas causas, então é uma pergunta para justificar *minha maneira* de agir de acordo com a regra.

Se esgotei as justificativas, cheguei então à rocha dura, minha pá se entorta. Estou inclinado a dizer então: ‘É assim mesmo que ajo’”.

Neste ponto, é importante salientar que para Taylor (2000, p. 184), em oposição à tese de Kripke, a “rocha dura” na qual se apóiam nossas compreensões é, ela mesma, uma modalidade de compreensões, e não vínculos de fato ou conexões brutas. O pano de fundo, dessa forma, incorpora a compreensão, e é nessa qualidade que ele confere sentido às coisas e que confere, no caso das regras, a possibilidade de seu correto cumprimento.

No lugar de uma consciência monológica, de um indivíduo tomado como fonte de representações (cuja compreensão é situada em suas representações ou em seus pensamentos), Taylor, seguindo o caminho aberto por Wittgenstein (2000, p. 185), defende a necessidade de enxergarmos o agente “não primariamente como o *locus* de representações, mas como agente engajado em práticas, como um ser que age num mundo e sobre o mundo”. A diferença dessa concepção frente ao individualismo metodológico tipicamente moderno não está na simples percepção do agir humano, mas no fato de situar a compreensão do agente primariamente nas práticas. Isso significa tomar a compreensão como implícita à atividade e indo necessariamente além das representações que os sujeitos são capazes de produzir. Segundo Taylor (2000, p. 186):

“Essa compreensão é mais fundamental de duas maneiras: (1) ela está sempre presente, embora às vezes moldemos representações e outras vezes não; e (2) as representações que

de fato fazemos só são compreensíveis contra o pano de fundo oferecido por essa compreensão inarticulada. Ela proporciona o contexto no qual, e só no qual, essas representações têm o sentido que têm. Em vez do *locus* primário da compreensão, as representações são ilhas no mar de nossa apreensão prática não formulada do mundo.”

Perceber que o lugar próprio da compreensão são as práticas implica a valorização do pano de fundo. Por outro lado, de uma perspectiva intelectualista, seguir uma regra acaba sempre ou numa procura pela cadeia de pensamentos e representações que, explicitada na sua completude (o que não deixa de ser uma impossibilidade pelo fato de Dworkin acreditar nela), deveria possibilitar o agir correto de acordo com a regra ou, por outro lado, na empobrecida concepção do pano de fundo como conexões brutas (à maneira da interpretação de Kripke).

Além disso, o que uma concepção intelectualista da “regra-como-representada” deixa de lado, o que esta concepção não consegue perceber, é a existência insuperável de um obstáculo ontológico entre a regra e sua aplicação, entre o universal e o particular. Taylor chama esse obstáculo ontológico de “hiato fronético” (*phronetic gap*), em referência direta à sua matriz aristotélica. Aristóteles, como Aubenque (2003, p. 75) observa, não tem a expectativa platônica de poder deduzir o particular do universal. Aristóteles não culpa a ignorância dos homens por essa incapacidade. Não se trata, para Aristóteles, de uma fraqueza psicológica, algo que, portanto, pudesse ser superado pelo Rei-Filósofo de Platão ou pelo Juiz Hércules de Dworkin. A impossibilidade de deduzir o particular do universal decorre da própria realidade e, nesse sentido, não pode ser superada por uma ciência. A aplicação das regras é, antes de tudo, uma questão de prudência (*phronesis*).

Bem vistas as coisas, a concepção intelectualista da “regra-como-representada” é, acima de tudo, uma concepção imprudente. Imprudência que tem bem a cara de uma modernidade que aposta tudo na sua capacidade de produzir regras e se esquece de que essas regras não se aplicam por si mesmas. Essa imprudência é semelhante àquela de alguém que, tendo contratado os melhores arquitetos para a elaboração do projeto de sua casa, entrega a execução do projeto a trabalhadores desqualificados. Bons projetos não se transformam em boas casas se não forem executados por um bom mestre-de-obra e bons pedreiros, da mesma maneira como boas leis não se transformam em decisões justas se não forem interpretadas e aplicadas por intérpretes prudentes no contexto de um processo prudente de interpretação e aplicação do direito.

5. Seguindo regras com Hans Kelsen

O ataque geral de Dworkin ao positivismo parte da revelação da presença dos princípios num sistema pensado como um sistema exclusivamente de regras. A defesa do positivismo na *Teoria pura do direito* chega ao fim com a revelação da presença de uma incontornável indeterminação no ato de aplicação das normas. Kelsen, como Wittgenstein, percebe a impossibilidade de se encontrar um fundamento intelectualista para o ato de seguir uma regra. E é justamente isso que Kelsen (2000, p. 392-393) deixa claro no capítulo oitavo da edição de 1960 da *Teoria pura do direito*.

“A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.”

A interpretação, enquanto operação de investigação do significado da norma,

isto é, enquanto ato de conhecimento, tem um alcance limitado. Tomada como ato de conhecimento, o resultado da interpretação de uma norma só pode ser a fixação da moldura do direito, isto é, a explicitação das várias possibilidades de aplicação da norma jurídica (KELSEN, 2000, p. 390). Para Kelsen (2000, p. 391), não há método algum, entre os que possam ser classificados como de direito positivo, capaz de apontar, no conjunto das várias possibilidades de aplicação de uma norma, a que seja correta.

Para deixar as coisas ainda mais difíceis, Kelsen percebe que mesmo uma completa explicitação, *a priori*, das várias possibilidades de aplicação de uma norma, isto é, a fixação definitiva da moldura, é algo que vai além dos limites da interpretação enquanto ato de conhecimento. A interpretação autêntica, isto é, a interpretação do direito realizada por uma autoridade competente para a aplicação/criação do direito, não se deixa necessariamente conter nos limites estabelecidos pela interpretação enquanto ato cognitivo.

“A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas também pra todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma nor-

ma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, mas também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN, 2000, p. 394)

De acordo com Kelsen, a interpretação autêntica cria direito. Não há aplicação do direito sem interpretação autêntica. Portanto, não há aplicação do direito que não seja criação do direito. Mas quais os limites dessa criação? Até onde pode ir o intérprete autêntico? Essas são questões fundamentais. Porém, para a *Teoria pura do direito*, essas são questões que podem ser respondidas apenas de forma negativa: se existem limites para o intérprete autêntico, esses limites não estão na norma jurídica e nem na ciência do direito que descreve essa norma jurídica. Além disso, a *Teoria pura do direito* não só não apresenta um método de interpretação/aplicação do direito como também interdita de uma vez por todas o caminho da busca pelo método no contexto do positivismo. O que significa isso?

O significado dessa tese fundamental da *Teoria pura do direito* talvez possa ser mais bem compreendido pela reflexão sobre um extraordinário parágrafo escrito por Kelsen. Esse parágrafo aparece citado por Losano, em seu prefácio de *O Problema da justiça*. Kelsen (1998, p. 20) escreve:

“O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder.”

O que é especialmente impressionante nesse parágrafo é que o eterno problema daquilo que está por trás do direito posi-

tivo não é um problema do direito natural apenas. É um problema da teoria do direito. É um problema da *Teoria pura do direito* e o próprio Kelsen, quando reflete sobre a interpretação, não oculta o fato de ter se deparado com o olhar da Górgona do poder. O ato de vontade, a definir o sentido específico da interpretação autêntica, é a expressão desse olhar e, em certo sentido, a *Teoria pura do direito* é um esforço fadado ao fracasso pela anulação da força desse olhar petrificante. Mas, ao fim de seu trabalho, o que resta é uma moldura que não se fecha. O que resta é um direito que não se aplica senão por meio de uma vontade que nem o direito e nem a ciência são capazes de controlar. O que resta é uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, que é uma maneira kelseniana de dizer que o que resta é incerteza, é o poder, é o olhar esbugalhado da Górgona.

Mas resta algo mais. Ao sepultar as esperanças de construção de um método científico de aplicação do direito, Kelsen elabora a mais poderosa crítica ao positivismo jurídico. É bem possível que não tenha sido essa a sua intenção, mas isso pouco importa. Também pouco importa que o próprio Kelsen tenha, talvez, deixado de perceber o tamanho do estrago produzido no positivismo pela sua obra. O último parágrafo da *Teoria pura do direito* parece sustentar essa leitura. Nele, Kelsen (2000, p. 397) menciona a necessidade, da parte da autoridade legisladora, de formular normas o mais possível inequívocas, normas cuja formulação reduza a um mínimo a inevitável pluralidade de significados e que possam oferecer segurança jurídica no maior grau possível. No entanto, não há como deixar de perceber que, no que se refere à questão da segurança jurídica, o efeito prático dessa concepção nem chega perto, ao contrário do que pensa Kelsen, de superar a vantagem política da ficção do sentido único.

Após a *Teoria pura do direito*, o problema da segurança jurídica é um problema sem

solução dentro dos marcos do positivismo. Uma conclusão sem dúvida paradoxal, se pensarmos ter sido a segurança o valor máximo do positivismo. Se, por um lado, Boaventura de Sousa Santos (2000) parece estar certo quando compreende, no curso da Modernidade, o desenrolar de uma tensão entre regulação e emancipação, no qual a emancipação vai sendo absorvida pela regulação, parece-me, por outro lado, que, deixada sozinha, a regulação volta sua força devoradora contra si mesma. A Modernidade, que abandona o projeto de uma boa ordem em troca de qualquer ordem, acaba por descobrir que o sistema normativo, visto de uma perspectiva estritamente moderna, não garante, por si mesmo, ordem nenhuma.

6. Conclusão

Malazarte, ao apresentar sua arte de seguir uma regra, elabora uma poderosa crítica ao positivismo jurídico. Uma crítica mais radical do que aquela elaborada por Dworkin. A estratégia adotada por Dworkin de buscar a compreensão dos princípios por meio da explicitação das especificidades que os distinguem das regras não é esclarecedora. Dizer o que os princípios são em virtude daquilo que os distinguem das regras traz, ainda, o problema de tomar como evidente a compreensão do sentido das regras, o que, de maneira alguma, é evidente. A compreensão da regra, entendida como pressuposto necessário para a aplicação dessa mesma regra, o que implica a compreensão de todas as questões envolvidas na sua correta aplicação, é incorreta, uma vez que essa pré-compreensão de todas as questões envolvidas na correta aplicação de uma regra é impossível.

É impossível, segundo Wittgenstein, que o sujeito tenha consciência de toda uma infinidade de questões relacionadas com a correta aplicação de uma regra. É interessante notar que essa impossibilidade, que Taylor (2000) desenvolve a partir

do Wittgenstein das *Investigações filosóficas*, também aparece em Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*. Para Kelsen (2000, p. 39), a correta explicitação do significado da norma jurídica não pode ser entendida como um pré-requisito para a sua aplicação. No plano do conhecimento, a compreensão de uma norma jurídica encontra seu limite na constituição da moldura.

Tanto para Wittgenstein como para Kelsen, a compreensão de uma norma não tem como determinar com precisão o sentido do agir segundo a norma, isto é, a compreensão de uma norma não tem como determinar a sua aplicação. Ainda que, para Kelsen, possa-se pensar, ao menos no contexto de uma interpretação não autêntica, numa “fixação da moldura”, isto é, numa catalogação exaustiva dos possíveis significados da norma, ao passo que, para Wittgenstein, esta seria uma tarefa impossível, na medida em que o número das questões envolvidas na aplicação de uma norma é um número infinito; em ambos chega-se a um mesmo ponto: o ponto da falência do fundacionalismo intelectualista.

Não importa se são apenas duas ou infinitas as possibilidades de compreensão de uma norma, o resultado é que a interpretação como ato de conhecimento encontra seu limite e, no limite, tem de ser aliviada do peso da aplicação da norma. Para Kelsen, este é o momento da vontade, do elemento volitivo da interpretação. Para Wittgenstein (2004, p. 118), este é o momento em que *esgotei minhas justificativas*, o momento em que “cheguei à rocha dura, e minha pá se entorta”, momento em que, segundo a interpretação de Taylor, as práticas se apresentam como fundamentais para a compreensão das regras.

Dworkin (2002, p. 40), por outro lado, acredita na possibilidade de uma completa explicitação das possíveis exceções de uma regra, o que daria à regra um poder de aplicação imediata. É justamente com base nessa possibilidade, relativa às regras, de uma perfeita compreensão propiciadora de

uma aplicação imediata (isto é, de uma aplicação lastreada numa lógica dedutiva), que Dworkin encontra a base para a distinção entre regras e princípios. Ao contrário das regras, os princípios não propiciam uma plena compreensão de si mesmos, necessária para a realização de uma aplicação automática.

Embora a distinção entre regras e princípios na obra de Dworkin seja uma distinção orientada para a crítica do positivismo jurídico, o que Dworkin não percebe é que princípios e regras não se deixam distinguir por um critério qualitativo, na medida mesmo em que as regras não são aquilo que Dworkin acredita, com base numa tese positivista, que elas sejam. Em razão disso, a crítica ao positivismo jurídico que se extrai das teses de Wittgenstein e de Kelsen é consideravelmente mais poderosa. Isso porque destrói a própria possibilidade de existência das regras numa perspectiva sustentada pelo fundacionalismo intelectualista. Como Pedro Malazarte, Wittgenstein e Kelsen não deixam muita coisa para trás quando resolvem limpar um terreno. Um trabalho hercúleo, sem dúvidas, mas que não precisou esperar por Hércules para ser feito.

Referências

- AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação de Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CASCUDO, Luís da Câmara. *Contos tradicionais do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Global, 2004.
- DaMATTa, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução de Udaíl Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Coleção pensamento humano. Tradução de Marcos G. Montagnolli, revisão da tradução e apresentação de Emmanuel Carneiro Leão. 3 ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2004.