
Da ação ao texto: da compreensão de práticas sociais à interpretação de textos jurídicos

Danilo Panzeri Carlotti¹

Resumo: O trabalho apresenta uma definição de hermenêutica jurídica enquanto parte da hermenêutica filosófica. O foco do artigo são os pressupostos teóricos que melhor explicam a atividade de agir conforme o direito e aplicá-lo. A hermenêutica jurídica é definida a partir de duas atividades complementares: a compreensão de práticas sociais e a interpretação de textos. Os principais autores com os quais se identificam cada uma destas teorias são Neil MacCormick e Paul Ricoeur.

Palavras-chave: filosofia hermenêutica, Paul Ricoeur, Neil MacCormick, interpretação, prática social.

Introdução

Uma das questões centrais para teorias jurídicas é determinar como o direito deve ser aplicado. O conjunto de respostas, técnicas e teorias que embasam o processo de aplicação do direito geralmente é conhecido como hermenêutica jurídica. Este trabalho, contudo, não irá abordar questões específicas ao processo de interpretação do direito e tampouco irá abordar questões relativas à interpretação do direito vigente em determinado contexto histórico. Apresenta-se, de outra forma, uma concepção dos pressupostos a partir dos quais pode-se melhor compreender a atividade do agente que vive de acordo com o direito e daqueles encarregados de aplicá-lo.

Este artigo propõe definir hermenêutica jurídica como a atividade circular de interpretação do direito como um *arco hermenêutico*. A ideia de arco representa uma teoria que harmoniza ideias, aparentemente incompatíveis, que são então conciliadas. Como em um círculo, todos os pontos são equidistantes e, assim, todas as ideias seriam igualmente relevantes para o argumento, não importando como se começa o processo hermenêutico, já que seria necessário passar por todas as ideias ou atividades para se completar o arco.

¹ Doutor, mestre e graduado pela Faculdade de Direito da USP na área de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Graduando no curso de ciência da Computação da Universidade de São Paulo (USP). Desenvolvedor e consultor em assuntos ligados a tecnologia e direito. Pesquisador do INSPER. Instituição: Universidade de São Paulo - USP, São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7378374469224374> E-mail: danielopcarlotti@gmail.com

Este arco é composto de duas atividades necessárias e complementares: a compreensão de práticas sociais e a interpretação de textos normativos. Esta concepção de hermenêutica jurídica apresenta um modelo teórico que melhor explica a atividade de decidir de acordo com o direito, levando em consideração as práticas sociais existentes e as tradições que foram sedimentadas em textos.

O artigo se divide em três partes.

A primeira parte argumenta sobre a existência de uma hermenêutica jurídica, enquanto um campo de estudo subordinado à hermenêutica filosófica. Define-se hermenêutica a partir da tradição da filosofia de Ricoeur e da leitura deste sobre o pensamento de Heidegger e Gadamer.

A segunda parte do artigo contém a discussão sobre as questões fundamentais sobre “hermenêutica jurídica”. Apresenta-se então como o pensamento de MacCormick parte da ideia de práticas sociais e instituições para caracterizar o direito como ordem institucional normativa. Em seguida, propõe-se harmonizar este pensamento com a reflexão de Ricoeur sobre textos e sua concretização em discursos. Estes dois pensamentos são as duas partes do arco hermenêutico que passa pela compreensão das práticas sociais e a interpretação dos textos jurídicos, a luz destas práticas.

A terceira parte do artigo apresenta as principais conclusões e a síntese sobre como harmonizar as atividades descritas na segunda parte.

1. Sobre a existência da hermenêutica jurídica e sua relação com a Filosofia Hermenêutica

A concepção de hermenêutica filosófica adotada neste trabalho segue a formulação de Benedito Nunes (1991, 170) que define hermenêutica como “*investigação (Inquire, Untersuchen) acerca dos pressupostos e do exercício da interpretação em geral*”. Assim, os objetos da hermenêutica filosófica seriam as condições da interpretação e o ato interpretativo em si (Nunes 1991, 171). A Filosofia Hermenêutica, por sua vez, seria todo um campo de estudos, “*essa ontologia da linguagem e do caráter dialogal da existência humana*” (NUNES 1991, 171).

A hermenêutica filosófica é uma filosofia e não um conjunto de técnicas de interpretação, como exposto por Ricoeur. Ela pode ser caracterizada a partir de dois movimentos ou tendências filosóficas: a “*de regionalização*” (*dérégionalisation*), que representa a busca por uma hermenêutica geral em oposição a teorias hermenêuticas próprias a cada campo de estudo, mudando assim o enfoque das questões epistemológicas para questões ontológicas; e a “*radicalização*” (*radicalisation*), que representa a afirmação de que as questões hermenêuticas não são somente

gerais ou comuns a todas as áreas pertinentes, mas, fundamentais ou constitutivas delas (RICOEUR 1986, 84).

Estes dois movimentos podem ser identificados em autores de hermenêutica jurídica na medida em que eles abordam questões gerais de filosofia, como questões relacionadas à razão prática, e questões específicas ao direito, como a hermenêutica constitucional. Ambos os pontos de vista são fundamentais, mesmo que este trabalho se foque em caracterizar as condições teóricas para reconhecimento de uma hermenêutica jurídica no sentido filosófico ou mais abrangente do termo.

A título de breve síntese histórica, Ricoeur identifica o desenvolvimento da hermenêutica no final do século XIX com Schleiermacher e sua vertente romântica. Sua importância e da tradição romântica da valorização da subjetividade do sujeito para a hermenêutica foi sua busca, com a compreensão do texto, pela compreensão de seu autor (RICOEUR 1986, 87). O significado das palavras ou o sentido subjacente do texto deixa de ser a única preocupação e passa-se a questionar as próprias condições de interpretação dos sujeitos.

No início do século XX a hermenêutica se desenvolve pela filosofia de Heidegger, em especial com suas reflexões sobre o mundo no qual o ser, ou sujeito, habita, e de Gadamer, e suas considerações sobre como a tradição na qual os sujeitos estão inseridos influenciam sua interpretação.

Uma das postulações fundamentais da filosofia de Heidegger é que apreender o sentido de um texto não é apreender um sentido inerte ou contido pelo texto. Apreender o sentido de um texto é compreender uma modalidade de ser indicada pelo texto ao mesmo tempo em que é a atividade de compreender o próprio ser que interpreta (GUIGNON 1993). Assim, há uma compreensão, a partir do texto, de uma forma de vida. Em suas próprias palavras (RICOEUR 1986, 101): “*A compreensão não visa à apreensão de um fato, mas à apreensão de uma possibilidade de ser*”.

Gadamer é apresentado por Ricoeur como um autor cuja preocupação fundamental foi a de opor-se ao “distanciamento alienante” que aparentava ser dominante às ditas ciências humanas em sua época (GADAMER 1976, 2006). A negação do distanciamento do sujeito em relação ao objeto seria possível, segundo Gadamer, a partir da adoção da relação primordial de pertencimento como um pressuposto ontológico necessário para estudos de humanidades, como os estudos de estética e história.

A hermenêutica jurídica é um conjunto de estudos sobre os pressupostos filosóficos que embasam a interpretação do direito e a compreensão de práticas sociais reguladas por ele. Ela deve ser entendida como parte do campo da Filosofia Hermenêutica, já que a manifestação do ser do sujeito tendo em vista o direito é necessariamente “linguageira”, e as normas jurídicas são expressas e institucionalmente formalizadas através da linguagem. Esta expressão da vida do ser necessária

pela língua faz com que a vivência de acordo com o direito seja necessariamente articulada em termos linguísticos, o que a torna um objeto de interesse para a hermenêutica filosófica e que possibilita o desenvolvimento da hermenêutica jurídica.

Para tanto, há que se contribuir com os dois movimentos característicos do desenvolvimento da hermenêutica contemporaneamente, indicados por Ricoeur, quais sejam, a “deregionalização” da hermenêutica, na medida em que a hermenêutica filosófica tende a se tornar um questionamento a respeito das condições de interpretação em todos os campos do conhecimento, e o movimento que busca tornar os questionamentos hermenêuticos cada vez mais fundamentais para a compreensão dos objetos de estudo na medida em que se questiona a capacidade dos sujeitos de interpretar ou compreender seus objetos de estudo e o conhecimento produzido sobre eles.

A principal razão pela qual teorizar sobre as condições de interpretação e o ato interpretativo, tendo em vista práticas sociais institucionalmente reguladas pelo que se chama “direito”, contribui para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica é devido às reflexões extraídas a partir da hermenêutica jurídica sobre o ato de aplicação do direito, como antecipado por Gadamer (GRONDIN org. 2012).

Sobre a hermenêutica jurídica, comenta Gadamer (GRONDIN org. 2012, 99 a 101):

“No seio da dogmática jurídica moderna, ela exerceu um papel insignificante, de algum modo, como se fosse uma mancha vergonhosa, jamais plenamente evitável, numa dogmática que aperfeiçoa a si mesma. De qualquer modo, não se pode negar: é uma disciplina normativa e exerce a função dogmática de complemento jurídico. Como tal, desempenha uma função indispensável, visto que tem que superar o hiato insuperável entre a generalidade do direito estabelecido e a concreção do caso singular. (...) O esclarecimento histórico sobre as circunstâncias históricas e as reais ponderações do legislador antes ou na promulgação de um texto legal podem ter ainda influência hermenêutica – a ratio legis não se extingue nisso e continua sendo uma instância hermenêutica indispensável para toda jurisdição”

Neste trecho há duas partes que merecem ser destacadas. A primeira é que a função da hermenêutica é refletir sobre a “aplicação do direito”, que é entendido neste trabalho como forma de decidir sobre como agir de acordo com a razão prática, tendo em vista o caráter geral das regras e o caráter episódico dos fatos. A reflexão a respeito deste ponto é tradicionalmente conhecida da teoria do direito e data ao menos da antiguidade clássica grega, por exemplo, com as reflexões de Aristóteles sobre a equidade e a aplicação da lei em Ética a Nicômaco.

Gadamer acrescenta, ainda sobre este ponto (GRONDIN org. 2012, 102):

“o sentido de applicatio, que representa um elemento constitutivo de todo compreender, não tem o sentido de uma “aplicação” posterior e externa de algo que originalmente já seria para si. A aplicação de meios para objetivos

predeterminados ou a aplicação de regras em nosso comportamento não significa, via de regra, que subordinamos um dado em si autônomo como, por exemplo, uma coisa conhecida, “de modo puramente teórico”, a um objetivo prático.”

A centralidade destas considerações é que a deliberação de acordo com o direito não é, puramente, um ato de descoberta ou revelação puramente teórico, tampouco sendo um ato de vontade de alguém que decide de maneira arbitrária sem consideração pela tradição a que pertence. A formulação de regras dogmáticas precisas não é suficiente para esgotar o campo de reflexões necessárias sobre a aplicação do direito, já que se questiona a própria capacidade do intérprete compreender o direito e o sentido de agir de acordo com sua compreensão dentro da tradição a que pertence e, como será argumentado em artigo futuro, tendo em vista a tradição que ajuda a criar com suas ações.

Ainda sobre a aplicação e o sentido do texto, o segundo ponto a ser destacado da passagem anteriormente mencionada é o caráter fundamental da hermenêutica jurídica, que pode contribuir com a atividade de aplicação ou de decisão de acordo com o direito, mesmo existindo estudos históricos que possibilitem reconstruir o processo de criação das normas e a “intenção dos legisladores”, metafórica ou literalmente considerada.

Gadamer neste ponto ressalta a oposição, já salientada por Ricoeur, em relação a autores que o antecederam que buscavam, com suas reflexões hermenêuticas, descobrir a intenção do autor do texto. Apreender uma tradição não é impor sua interpretação ao texto e tampouco buscar revelar uma mensagem subjetiva que foi transmitida pelo autor do texto. Neste sentido (GRONDIN org. 2012, 103),

“A estrutura aplicativa da compreensão que se revela na análise filosófica não significa, de modo algum, uma diminuição da disposição “livre de pressupostos” de compreender o que o próprio texto diz e nem permite que se aliene o texto de sua “própria” intenção de sentido para utilizá-lo com intenções preconcebidas. (...) uma hermenêutica filosófica haverá de concluir que o compreender só é possível quando aquele que compreende coloca em jogo os próprios preconceitos. A contribuição produtiva do intérprete pertence de modo inalienável ao próprio sentido do compreender. Isso não legitima o caráter privado e arbitrário das pressuposições subjetivas, visto que a coisa que está em questão a cada vez – o texto que se quer compreender – é o único critério que deve ter validade”

Talvez pela contribuição à atividade de aplicação das normas jurídicas a hermenêutica jurídica tenha sido subordinada à exegese do direito, cujo estudo visa sempre, em última instância, a tomada de decisão em circunstâncias históricas determinadas. Entretanto, esta subordinação não é necessária. É possível conceber os estudos de hermenêutica jurídica em harmonia com estudos de hermenêutica filosófica, mesmo considerando-se as peculiaridades ou aspectos radicalmente intrínsecos à hermenêutica jurídica.

Em primeiro lugar, é necessário diferenciar hermenêutica jurídica, enquanto pressupostos filosóficos que embasam a interpretação do direito, e esta atividade em si, para se ter uma ideia melhor do processo decisório ou do que significa agir de acordo com o direito, além de se contribuir com estudos de hermenêutica filosófica.

Esta distinção permite vislumbrar a diferença entre teorizar sobre o que significa seguir ou aplicar o direito, enquanto conjunto de regras heterônomas de uma sociedade indeterminada, e interpretar, seguir ou aplicar determinado conjunto contingente e histórico de normas jurídicas institucionalizadas. A reflexão sobre o ato de seguir regras é fundamental a toda sociedade regida por algum sistema político e social que institucionaliza regras de convivência que não são fruto de alguma revelação ou arbítrio de uma pessoa ou partido. Contudo, esta reflexão é complementar e não deve ser confundida, por exemplo, com a interpretação do direito brasileiro tendo em vista algum problema contingente em dado momento histórico.

Para situar o estado do debate sobre hermenêutica jurídica enquanto interpretação do direito indica-se a revisão bibliográfica de juristas de tradição inglesa, com os quais MacCormick debate, e suas concepções sobre o conceito de interpretação do direito.

Andrei Marmor (2005), demonstra as divergências entre o objetivo central de uma hermenêutica jurídica como entendido aqui e estes modelos. De acordo com Marmor, para ser possível falar de “interpretação do direito” seria necessário definir esta atividade. Enquanto atividade geral, ela seria semelhante à explicação. Mas, enquanto atividade no sentido mais estrito (MARMOR 2005, 9): *“Interpretação pode ser definida como uma compreensão ou explicação do sentido de um objeto”*. Nota-se a diferença fundamental entre a proposta de uma filosofia hermenêutica, como a posta por Ricoeur, e teorias interpretativas cujo foco é desvendar um sentido ou esclarecer um sentido de dado objeto, que é a maneira pela qual Marmor define a problemática da interpretação para uma teoria jurídica.

A hermenêutica, enquanto ontologia e não somente metodologia, é muito mais abrangente, permitindo questionar o ato de conhecer um objeto, como um texto, a constituição do sujeito que o interpreta e como esta constituição é afetada pelo processo de interpretação, ou seja, como a relação do sujeito com a tradição é sempre mediada por textos e como, através da interpretação, ele se insere em uma coletividade e no “mundo” criado pelo processo interpretativo.

Mas, ainda assim é fundamental esta definição do escopo da discussão sobre interpretação do direito como proposta por Marmor justamente por apresentar a limitação ao debate sobre interpretação no direito destes autores.

Dennis Patterson também apresenta uma revisão bibliográfica, complementar à de Marmor, sobre o estado da arte da interpretação no direito quando se propõe a “reconstruir” o debate a seu tempo sobre a interpretação do direito a partir de uma clássica dicotomia, aqueles que defendem uma visão “objetiva” sobre a interpretação e aqueles que defendem uma “indeterminação radical” do ato interpretativo (PATTERSON 1983, 671). É importante ressaltar como, novamente, a ideia de “sentido” dos textos normativos é o foco central, senão único, do debate. A proposta de Patterson é mostrar, dada sua inspiração em Wittgenstein, como (PATTERSON 1983, 672): *“nós usamos*

palavras em contextos jurídicos e como estas palavras têm significado para nós como participantes num discurso”.

O primeiro crítico de posições “nihilistas”, contrárias à possibilidade de interpretação objetiva do direito é Owen Fiss (PATTERSON 1983, 672). Seu argumento central é que a “comunidade interpretativa” representaria uma limitação à liberdade do intérprete invocada pelos nihilistas. Autores críticos desta posição, como Sanford Levinson, ressaltam que, dada a impossibilidade de verificação independente do sentido dos textos, seria impossível postular qualquer sentido objetivo para os mesmos. Posições ou interpretações da realidade seriam não mais que “visões de mundo”, umas dentre outras possíveis.

Após expor a teoria de Wittgenstein sobre o sentido, Patterson (1983, 686) enuncia que há um intérprete privilegiado do direito: o juiz. A atividade de aplicação do direito seria a prática, por excelência, segundo Patterson, de seguir regras e de apresentar boas justificativas pelas quais alguém age de uma ou outra forma. Sem regras de discurso assentadas e sem conceitos cujos significados são compartilhados a prática do direito seria impossível. Existiria, portanto, uma experiência real de aplicar e seguir regras jurídicas que deveria se servir da interpretação de maneira absolutamente subsidiária, como já destacado, quando o ato a ser tomado não fosse claro ou evidente para o julgador.

A razão pela qual a visão de Patterson não é adotada é porque seu conceito de interpretação extremamente limitado, sendo utilizado em seus argumentos de maneira subsidiária à ideia de compreensão ou à ideia de agir conforme uma regra.

Tendo em vista este breve panorama e definições caracteriza-se a seguir a primeira parte do arco hermenêutico que representa o processo de compreensão de práticas sociais regradas pelo direito.

2. Sobre a hermenêutica jurídica e as práticas sociais institucionalizadas

Regras jurídicas existem para orientar a decisão de agentes. A hermenêutica jurídica, enquanto ramo do conhecimento, deve conter categorias e critérios suficientes para se refletir sobre as regras constitutivas de práticas sociais, as instituições que as estabilizam, os textos normativos que as regulam e para explicar, a partir de critérios racionais, o processo de tomada de decisão “*de acordo com o direito*”.

Apresenta-se três oposições que representam questões fundamentais subjacentes aos debates sobre hermenêutica jurídica e sobre a natureza de práticas sociais nas últimas décadas: as ideias de pontos de vista interno e externo das práticas; a diferença entre a explicação do sentido

das ações a partir de relações causais ou de motivos; e a natureza descritiva ou avaliativa de teorias jurídicas, entre elas, de teorias sobre como interpretar e aplicar o direito.

Quanto à primeira oposição ela foi resumida em revisão bibliográfica feita por Tamanaha (1996). Segundo este autor (TAMANAHA 1996: 176), quem introduziu a ideia de “ponto de vista interno” foi Hart que teria realizado uma virada hermenêutica que poderia ser entendida a partir da ideia de prática, cuja definição é influenciada por MacIntyre: *“práticas seriam atividades de cooperação complexa entre indivíduos que vivem em sociedades e que visam, através destas práticas, bens e exercício com excelência de certas faculdades”*.

MacIntyre (2007) define a ideia de prática no capítulo de sua obra sobre a natureza das virtudes. Após fazer um apanhado de definições de “virtude”, principalmente da antiguidade clássica, MacIntyre afirma que este conceito, neste trecho de sua obra, serve para caracterizar alguma forma “excelente” de realização de alguma atividade, como “tocar flauta, ir à guerra ou geometria” (MacIntyre 2007, 187).

Segundo este autor (MacIntyre 2007, 187) ²:

“Por ‘prática’ vou querer denominar qualquer forma de atividade humana com cooperação socialmente estabelecida coerente e complexa, através da qual bens internos àquela forma de atividade são realizados no percurso de tentar alcançar aqueles padrões de excelência que são apropriados para, e parcialmente definitivos para, aquela forma de atividade, resultando que poderes humanos para alcançar excelência e concepções humanas dos fins e bens envolvidos são sistematicamente estendidas”.

Os bens interiores às práticas seriam aqueles bens que somente poderiam ser alcançados através da ação de acordo com a prática. Por exemplo, no caso do xadrez, os bens internos poderiam ser pensados como *“raciocínio analítico e estratégico, imaginação e competitividade”* que nunca poderiam ser alcançados, por exemplo, trapaceando no jogo (MACINTYRE 2007, 188). Os critérios de excelência em uma prática regulam as ações dos sujeitos justamente para que eles possam, de forma sempre melhor, alcançar estes bens internos à prática. Dada a natureza das práticas, a excelência nas práticas envolve sempre uma atividade de cooperação, mesmo que seja somente entre aquele que ensina a alguém como participar de maneira melhor em uma prática e o aprendiz.

² “By a ‘practice’ I am going to mean any coherent and complex form of socially established cooperative human activity through which goods internal to that form of activity are realized in the course of trying to achieve those standards of excellence which are appropriate to, and partially definitive of, that form of activity, with the result that human powers to achieve excellence, and human conceptions of the ends and goods involved, are systematically extended”

É importante ressaltar que a natureza social das práticas não tem como consequência somente a necessária cooperação entre os praticantes. Nas palavras de MacIntyre (2007, 194)³: *“Entrar em uma prática é entrar em um relacionamento não somente com os praticantes contemporâneos, mas também com aqueles que nos precederam na prática, particularmente aqueles cujas conquistas foram para além dos limites atuais da prática”*.

Enfim, é interessante observar uma distinção que MacIntyre faz entre práticas e as instituições que as sustentam, já que este tema é fundamental para a teoria de MacCormick. (MACINTYRE 2007, 194)⁴: *“Instituições são caracteristicamente e necessariamente preocupadas com a aquisição do que chamei de bens externos”*. Dentre eles, dinheiro, poder, status, entre outros. Mas isto não é visto somente com olhos críticos. As práticas somente podem sobreviver justamente porque há instituições que conseguem bens externos para mantê-las. A relação entre ambas é, assim, dada como inerente. Para que ela seja sempre harmônica e proveitosa para a humanidade, haveria necessidade da observância das virtudes, o que o leva a seguir seu argumento.

Como forma de desenvolver todas as considerações feitas acima, apresenta-se a definição de práticas de Ricoeur.

Para este autor, práticas são *“ações complexas regidas por preceitos de vários tipos, como técnicos, estéticos, éticos ou políticos”* (RICOEUR 2010: 66)⁵. Ricoeur cita como exemplo jogos e profissões, entre outros. Entende-se preceitos não como imperativos, mas como instruções, conselhos ou formas de se “fazer bem” algo que se esteja fazendo. É implícito à ideia de preceito um componente avaliativo sobre como a ação é realizada que, posteriormente, será importante para que o desenvolvimento de considerações éticas. Em resumo, *“práticas, diferente de gestos, consistem-se em atividades cooperativas cujas regras constitutivas são socialmente instituídas”* (RICOEUR 2010: 67)⁶. Práticas, enfim, possuem uma unidade de sentido que seria constitutiva delas, ou seja, que torna faz das ações dos praticantes algo que pode ser compreendido e representado socialmente (RICOEUR 1990, 183).

Assim, práticas teriam um ponto de vista interno, ou seja, uma racionalidade própria apreendida por quem entende o que fazer em determinado contexto.

Apresenta-se esta ideia a partir da teoria de Hart e sua análise do conceito de obediência (HART 1994: 51 e ss.) quando este autor discute a natureza da autoridade do direito sobre os

³ *“To enter into a practice is to enter in a relationship not only with is contemporary practitioners, but also with those who have preceded us in the practice, particularly those whose achievements extended the reach of the practice to is present point”*

⁴ *“Institutions are characteristically and necessarily concerned with what I have called external goods”*

⁵ *“Nous appellerons “pratiques” les action complexes régies par des préceptes de toutes sortes, qu’ils soient techniques esthétiques, éthiques o politiques.”*

⁶ *“les pratiques, em tant que distinctes de simples gestes, consistent dans des activités coopératives dont les règles constitutives sont socialement instituées”*.

cidadãos e o sentido da ação social de se seguir as normas jurídicas. Nesta parte de sua obra, Hart ainda está buscando refutar a concepção de direito enquanto um conjunto de ordens ou comandos emanados de um soberano, concepção de direito característica de autores como Austin e Bentham, que o precederam.

Sua análise começa com o exemplo de Rex, um rei fictício, e da população que, habitualmente, o obedece devido à ameaça constante do uso da força. Neste sentido, haveria uma habitualidade a se obedecer Rex por parte da população na medida em que, geralmente, isto poderia ser constatado (Hart 1994: 52). Neste contexto seria suficiente que a população obedecesse à Rex regularmente para que fosse possível considerá-lo como o soberano. Mas, o que aconteceria se Rex I deixasse um filho, Rex II? Qual a razão ou justificativa que os integrantes desta suposta comunidade teriam para obedecê-lo? Seria correto, necessário ou obrigatório obedecer à Rex II? (HART 1994: 53).

A obediência ao sucessor de Rex I só pode ser concebida como “obrigatória” na medida em que se compreende a ideia de regra social.

Tanto regras como hábitos correspondem a condutas generalizadas, mas não invariáveis, tal que são reconhecidas pelo grupo (HART 1994: 55). Dizer que alguém tem o hábito de fazer algo “implica que ele por um tempo considerável fez esta ação e que provavelmente ele repetirá esta conduta” (HART 1994: 52)⁷. Por outro lado, segundo Hart (1994: 56), *“para uma regra social existir, pelo menos alguns agentes devem conceber o comportamento em questão um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Uma regra social tem um aspecto “interno” além do aspecto externo que também tem o hábito social e que consiste no comportamento uniforme regular que um observador pode registrar”*⁸.

Há três diferenças destacadas por Hart (1994: 55 e ss.) entre hábitos e regras sociais: para que hábitos existam é suficiente que haja convergência de ações, enquanto que para que regras existam elas devem servir como critérios a partir dos quais se julga a conduta dos agentes; o desvio da conduta com relação ao padrão estabelecido pela regra é critério necessário e suficiente para que ela seja criticada; somente práticas sociais possuem um *ponto de vista interno*, ou seja, os agentes consideram sua ação como obedecendo a um padrão coletivamente aceito e reconhecido somente quando agem de acordo com as regras sociais que regulam determinada prática.

⁷ “To say of a person that he has habit, e.g. of reading a newspaper at breakfast, entails that he has for some considerable time past done this and that he is likely to repeat this behaviour.”

⁸ “if a social rule is to exist some at least must look upon the behavior in question as a general standard to be followed by the group as a whole. A social rule has an ‘internal’ aspect, in addition to the external aspect which it shares with a social habit and which consists in the regular uniform behavior which an observer could record”.

Portanto, para que um agente obedeça ou desobedeça uma regra qualquer é necessário que ele aja de maneira consciente ou refletida, ou seja, que entenda o sentido de sua ação em dado contexto, e intencional, ou seja, que ele objetive alcançar determinado resultado através de sua ação (MACCORMICK 2008: 83). Esta tradição de pensamento que foi inaugurada com a obra de Hart provocou uma mudança de foco na filosofia do direito. Quanto à influência de outras filosofias que teriam influenciado este e outros autores que o seguiram, José Reinaldo de Lima Lopes as caracteriza da seguinte forma: *“Essas diversas filosofias deslocaram o centro de gravidade de suas preocupações da tensão sujeito-objeto, para outro centro de gravidade, o da linguagem como atividade regrada e como condição de possibilidade primeira da cooperação social humana.”* (LOPES 2009: 56).

As regras sociais, como definidas por MacCormick (2008a: 42), que segue esta tradição iniciada por Hart, são: *“derivadas de fontes sociais e existem em virtude de práticas sociais”*. Elas podem ser equiparadas a padrões de comportamentos ou formas “corretas” de se agir em determinado contexto social. Elas são componentes formadores do mundo social de agentes que as utilizam para fazer coisas, viver socialmente, dizer e pensar. Neste sentido, elas são dependentes da existência de agentes que interagem de maneira sensata.

A análise de práticas “internamente” leva a divergências com relação a outras teorias. Em primeiro lugar, a existência de um ponto de vista interno leva a consequências metodológicas e epistemológicas. Do ponto de vista metodológico, é necessário observar mais que a regularidade de hábitos dos participantes, é necessário compreender o “porque” cada agente age de determinada forma em determinado contexto de tal forma que a explicação não seja dependente de um estado mental individual ou subjetivo dos agentes considerados. Do ponto de vista epistemológico, as ações dos indivíduos tornam-se passíveis de avaliação de acordo com critérios de excelência, algo pressuposto na definição de prática de MacIntyre apresentada.

Para ressaltar estas consequências e discutir a segunda oposição fundamental destacada anteriormente, qual seja, a oposição entre explicação do sentido das ações por relações causais ou por motivos, apresenta-se a obra de Ricoeur (1977) sobre a semântica da ação que se inicia com uma distinção entre *“philosophie de l'action”* e *“science de l'action”*.

As ciências responsáveis por teorizar sobre a ação que ele destaca são a psicologia, na medida em que ela estuda o comportamento humano, e a sociologia, que ele identifica com dois autores clássicos, Talcott Parsons e Alain Touraine. Uma sociologia da ação seria caracterizada por analisar o *“processo de mudança de certa sociedade”* (RICOEUR 1977: 3). Neste trabalho, contudo, não se busca determinar aquilo que é necessário e tampouco determinado por certo conjunto de fatores, psíquicos, neuroquímicos ou sociais.

Ricoeur propõe uma pesquisa anterior a considerações de natureza ética sobre o discurso, o estudo dos “níveis de análise do discurso da ação” (RICOEUR 1977: 5 e ss). Seriam três os níveis do discurso: “nível dos conceitos utilizados para se descrever a ação”; “nível da proposição ou como a ação se enuncia ela mesma”; e o “nível dos argumentos ou da articulação da estratégia da ação”.

A respeito do nível conceitual, o sentido da ação somente pode ser expresso através do uso de algumas categorias enumeradas por ele: “intenção”, “objetivo”, “razão para agir”, “motivo”, “desejo”, “preferência”, “escolha”, “agente” e “responsabilidade” (*"intention", "but", "raison d'agir", "motif", "désir", "préférence", "choix", "agent" e "responsabilité"*). Estas categorias seriam utilizadas para permitir a observação, explicação e compreensão de um campo de experiência que ele denomina de ação.

Ricoeur identifica seu método com uma escola filosófica de análise da linguagem ordinária, focando-se na forma pela qual alguém enuncia de maneira compreensiva para outro “o que se faz”, “o porque se faz”, “o que lhe permite a agir dessa maneira”, “como e por que meios age” e “o objetivo em virtude do qual se age” (RICOEUR 1977: 5). Este método o leva a se apoiar sobre as objetificações da experiência que se manifestam pelo discurso, disponíveis para observação e reflexão sobre seu sentido. A questão fenomenológica da análise é postergada. Enquanto o universo do discurso da ação é associado com a noção de “motivo”, o universo do discurso do movimento é associado com a noção de “causa”.

A respeito do nível proposicional de análise, os chamados "atos de fala" (*speech acts*) são entendidos como proposições diferentes de afirmações do tipo "A é X", em que se atribui a algo, identificado a partir de alguma referência, um predicado geral. Todo ato de fala possui uma força locucionária e uma força ilocucionária. A força locucionária é a capacidade do ato de fala expressar uma proposição. A força ilocucionária é o que determinado sujeito pretende fazer ao falar. Pode-se descrever uma situação com intenção de mostrar reprovação, ou pedir ajuda, ou indicar reprovação, etc.

A respeito da análise discursiva, a resposta “A realizou N” à pergunta “O que fez A?” não precisa ser considerada de maneira puramente isolada. O estudo da interação entre pessoas de uma forma discursiva é o que Ricoeur chama de “lógica da ação”. Uma forma altamente racionalizada de estudo sobre o discurso da ação seria, a título de exemplo, a teoria dos jogos (RICOEUR 1977: 10). Não se trata somente de analisar o ato realizado por alguém, mas suas intenções tendo em vista as intenções de outros agentes e como esta ação estaria relacionada a outras, futuras ou contemporâneas a ela.

Há duas formas de expressão da linguagem ordinária que Ricoeur comenta. A primeira é um simples “evento”, como uma contração involuntária de músculos de um braço que pode ser constatada visualmente. É possível tendo em vista este fato dizer que “alguém levantou o braço”,

seja por ter sido estimulado ou por qualquer outra causa. A segunda é a “ação” e, para explicá-la, é necessária a concepção de sujeito que age, já que a causa neste caso é a vontade de alguém, e quando alguém, por exemplo, faz um sinal com o braço de que mudará de faixa com seu carro é necessário compreender o sentido daquilo tendo em vista as regras constitutivas do jogo que está sendo jogado e a intenção da pessoa. Portanto, Ricoeur afirma que o tipo de explicação das ações com sentido somente é possível em termos filosóficos e não puramente empíricos. O conceito fundamental para compreender o sentido da ação humana, portanto, é a intencionalidade inerente ao ato do sujeito.

A respeito do conceito de intenção Ricoeur tem como autora de referência Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe.

Haveria três usos válidos para a palavra intenção segundo Anscombe que Ricoeur traduz como: “*eu tenho a intenção de fazer tal ou qual coisa; eu a fiz intencionalmente; esta coisa foi feita com esta ou aquela intenção*” (RICOEUR 1977: 32).

A respeito do primeiro uso, ele é descartado já que sua análise leva a uma investigação psicologizante, em busca de um sentimento privado do agente que não seria capaz de ser analisado objetivamente para explicar o “sentido” de uma ação, sentido este que não é privado, mas, objetivo, nos termos expostos por Wittgenstein. A análise de Ricoeur visa se concentrar nas ações que o agente expressa ter feito de maneira intencional ou segundo alguma intenção ou finalidade.

O segundo uso é uma resposta a uma pergunta formulada da seguinte forma: “porque?”. Ricoeur, acompanhando Anscombe, afirma que qualquer resposta a respeito do porque da ação não pode apresentar como evidência uma “prova material” (“*preuve matérielle*”), ou seja, não pode indicar algo meramente empírico. Há três tipos possíveis de resposta.

O primeiro deles seria o que Anscombe teria chamado “*backward-looking motives*” em que o ato em consideração seria motivado por acontecimentos inteligíveis passados, como no caso de um ato cujo motivo é vingança ou gratidão. Ele não é um mero fato ou acontecimento como chover o é, porque ele é necessariamente avaliado como tendo sido bom ou mal, de tal forma a justificar a ação (RICOEUR 1977: 34).

O segundo tipo seria o mais importante, segundo Ricoeur, para compreender o conceito de intenção. O motivo não seria nem um antecedente nem um consequente, mas seria uma forma de se considerar, interpretar ou se compreender o sentido de determinada ação. Esta forma de pensar é associada à tradição da filosofia alemã, que se pode remontar a Max Weber (RICOEUR 1990, 184), de buscar a compreensão (*Verstehen*) do sentido das ações. Ele resume o que seria explicar a intenção do agente como, (RICOEUR 1977: 34): “*Ao explicitar minha intenção pelos motivos, eu*

visio menos a explicar do que a apresentar uma significação, a tornar inteligível a outro e a mim mesmo; isto é interpretar, considerar alguma coisa como isto ou aquilo”⁹.

O terceiro tipo seria aquele em que se considera que o ato teve determinada intenção por meio da qual se objetiva algum resultado, como no caso de levantar o braço para indicar que mudarei de pista com meu carro (RICOEUR 1977: 35).

A respeito do terceiro uso, “intenção de acordo com a qual”, Ricoeur vislumbra três relações desta ideia, respectivamente, com a lógica, com a ética e com a psicologia.

A ação finalística, cujo agente tem uma “intenção para” ou “por meio da qual” fazer algo, pode ser expressa da seguinte forma: “fazer p de sorte que q”. Existe, portanto, uma articulação lógica entre duas ações, “p” e “q”, em função da existência de uma intenção. Novamente, ao menos tendo em vista este aspecto lógico, não se trata de vislumbrar os eventuais motivos privados do indivíduo para agir de determinada forma, mas descobrir sim qual o sentido da ação. Fazer “p” é capaz de gerar “q”? Quem faz “p” busca gerar o resultado “q”? Isto pode ser explicado pelo sentido que determinada ação tem em determinado contexto e não por uma explicação psicológica dos sentimentos privados de algum agente.

Na medida em que uma ação “p” tem a intenção de “q”, ela visa a um fim ou é um meio para que se atinja determinado fim. A filosofia da linguagem da tradição de Anscombe proporia uma separação entre o problema do sentido da ação e de suas implicações éticas na medida em que visariam ou não a um fim último determinado. Comentando o problema de como entender o bem a que tenderiam as ações humanas Ricoeur expõe a visão de Aristóteles e da filosofia medieval europeia de acordo com a qual o “bem” é algo desejado, não que seja necessariamente moralmente avaliado como algo bom.

A respeito da diferença entre motivo e intenção seria que a ideia de motivo é uma resposta à pergunta “o que você fez?”, enquanto que a ideia de intenção seria a resposta à pergunta “porque você fez o que fez?” (RICOEUR 1977: 40).

A respeito da relação necessária entre a compreensão da ação e a subsequente avaliação ética que se faz dela, a motivação seria fundamental para tornar qualquer ação inteligível. A “razão para agir”, neste sentido, não é só algo que explica, mas que também legitima a ação. A ideia de uma ação sem uma motivação e, portanto, impossível de ser eticamente avaliada é apresentada como uma contradição em termos (RICOEUR 1977: 42).

Quanto à terceira oposição, a diferença entre teorias avaliativas e descritivas, Julie Dickson (2001: 3) resume este debate a partir das seguintes questões: “*o que estamos tentando atingir*

⁹ *“En explicitant mon intention par les motifs je vise moins à donner une explication qu’à donner une signification, à rendre intelligible à autrui et à moi-même; c’est cela interpréter: considérer quelque chose comme ceci ou cela.”*

construindo teorias jurídicas e a partir de quais critérios é possível dizer que tais teorias são bem sucedidas? (...) Os objetivos de uma teoria jurídica são descritivos, críticos ou justificativos com relação a seu objeto de estudo?”¹⁰.

Historicamente Dickson divide os autores entre aqueles que afirmam e os que negam ser possível ter uma representação de como a lei “é” separada de uma representação de como a lei “deve ser” (DICKSON 2001: 4). Esta polêmica seria atualmente notória em virtude da importância que ela teve nos escritos de Bentham e Austin, clássicos juristas ingleses, que defendiam o princípio de se distinguir entre teorias capazes de descrever o direito como ele é de julgamentos morais a respeito de como o direito deveria ser idealmente (DICKSON 2001: 6).

Atualmente a controvérsia sobre a natureza de teorias jurídicas não assume necessariamente esta forma de posições mutuamente excludentes. Autores como Finnis e Dworkin, sendo possível acrescentar a estes autores Lon Fuller, adotariam a posição de que para ser capaz de se descrever o direito “como ele é” seria necessário adotar alguma posição sobre qual o sentido ou objetivo da ordem jurídica. Por outro lado, autores como Kelsen, Hart e Raz sustentam que é possível ter uma teoria meramente descritiva a respeito do fenômeno jurídico.

Dickson agrupa as posições contemporâneas sobre este debate em três grupos de preocupações metodológicas cujos defensores consideram (2001: 9): necessário avaliar moralmente o direito para compreendê-lo; necessário justificar moralmente o direito para compreendê-lo; um dos critérios a partir dos quais deve-se julgar o sucesso de uma teoria jurídica é se ela traz benefícios morais.

Quanto ao primeiro grupo, Dickson cita Finnis e Raz como autores que se opõem. A avaliação moral do direito para Finnis teria um papel necessário, já que a partir dela seria possível identificar as razões, morais, para se obedecer a um sistema de regras jurídicas. De outra forma, para Raz, a avaliação do direito teria a função somente de identificá-lo como um conjunto de regras obrigatórias ou fundamentais para a sociedade, mas não haveria nada de “moral” neste julgamento (DICKSON 2001: 47 e 48, 71).

Quanto ao segundo grupo, trata-se de autores, como Finnis, que defendem que o direito deve ser moralmente justificável. Nos casos em que o direito não fosse moralmente justificável, ele não poderia ser considerado “direito”, ao menos tendo em vista este modelo de direito (DICKSON 2001: 74 e ss.).

Quanto ao terceiro grupo, Dickson identifica dois autores opostos, Schauer e Dworkin. Enquanto Schauer defenderia a tese “social” do embasamento do direito que seria uma forma de

¹⁰ “What are we trying to achieve in constructing theories of law and by what criteria may we account such theories as successful? (...) Are the aims of a theory of law descriptive, or critical, or justificatory with regard to its explanandum?”.

positivismo jurídico em que o direito seria identificado a partir da constatação de certos fatos sociais, o que garantiria, em termos de benefícios morais, maior clareza e melhores bases para seu escrutínio (DICKSON 2001: 86 e 87). Dworkin teria influenciado este panorama intelectual com sua teoria sobre o direito como uma prática interpretativa, em que, através da interpretação de normas ou por meio da tomada de decisão em julgamentos concretos, os aplicadores do direito apresentariam suas visões concorrentes sobre a própria natureza do direito. Seriam mais bem sucedidos aqueles capazes de apresentar, na melhor luz, em vista dos valores morais de uma sociedade, o fim de determinada prática posta em questão (DICKSON 2001: 95). Enquanto prática interpretativa, uma importante contribuição de Dworkin para os debates sobre hermenêutica teria sido o de tornar indistintas as atividades de teorizar sobre o direito e adjudicar. Diferente de Schaeur que, através de sua teoria visa garantir benefícios morais com sua caracterização do direito, Dworkin, segundo Dickson (2001: 102), constrói sua teoria de tal forma que a caracterização do direito da “melhor forma” possível seria uma consequência decorrente e necessária da própria natureza do direito enquanto uma prática interpretativa.

A reconstrução feita por Dickson deste debate obedece ao método analítico de jurisprudência a qual ela se filia, sendo que sua busca é fundamentalmente pela natureza dos elementos que compõem o direito (DICKSON 2001: 89).

Além deste pano de fundo do debate sobre hermenêutica jurídica referenciado até aqui, apresenta-se a caracterização que Ricoeur faz de alguns dos principais pontos do debate sobre hermenêutica jurídica atualmente a partir de uma análise das propostas de Dworkin, Alexy e Atienza sobre hermenêutica jurídica (RICOEUR 1995, cap. *Interprétation et/ou argumentation*). Segundo Ricoeur (1995, 163), deve-se considerar “interpretação” e “argumentação” não como duas atividades opostas, mas, como partes complementares do processo de tomada de decisão ou do julgar de acordo com o direito.

Ricoeur resume a teoria de Dworkin sobre a interpretação a partir das reflexões de Dworkin sobre os *hard cases* ou casos difíceis, em referência a teoria de Herbert Hart (RICOEUR 1995: 165 e ss.). Estes casos seriam as situações com as quais se depararia um juiz quando este não possui uma regra clara a qual se reportaria a situação litigiosa que requer uma decisão.

Tendo em vista este tipo de situação, Dworkin busca critérios para a decisão que não justifiquem a arbitrariedade dos juízes e tampouco que os transformem em legisladores. Seus critérios, um pouco imprecisos segundo Ricoeur, teriam como referenciais princípios e valores morais de cada sociedade. A decisão é comparada à atividade de redação de um texto literário, em que haveria um “fio condutor”, outro conceito supostamente impreciso, guiando o processo de decisão, da mesma forma que haveria um fio condutor que guiaria o processo de escrita de um romance. Não haveria uma interpretação inequivocamente correta, mas haveria ao menos uma

interpretação muito mais plausível que outras, de um ponto de vista argumentativo tendo em vista a totalidade do ordenamento jurídico, as práticas políticas e os valores que incidiriam sobre elas.

O foco de Dworkin, portanto, não é com aspectos formais da argumentação, mas com as razões morais ou valorativas a partir das quais seria possível dizer que o direito é obrigatório e determinada decisão a melhor decisão ou a decisão “correta”. Neste ponto Ricoeur indica o debate de Dworkin com Hart e a divergência sobre o pedigree das normas jurídicas que, segundo Dworkin, não são suficientes para explicar sua normatividade. Ou seja, não é suficiente afirmar que uma regra foi produzida de certa forma ou de acordo com certas formalidades para que o direito seja corretamente aplicado. É necessário justificar sua aplicação ou argumentar em sua defesa.

A proposta de autores como Alexy e Atienza seria diferente e representaria uma contraposição à proposta de Dworkin (Ricoeur 1995, p. 172 e ss). Estes autores propõem que a argumentação jurídica faz parte de um círculo argumentativo maior identificado com a prática argumentativa “geral”. O objetivo de suas teorias seria apresentar quais seriam os critérios de correção dos argumentos apresentados pelos praticantes em vários contextos, inclusive o contexto de decisão próprio ao direito. A importância desta proposta seria buscar critérios de universalização dos parâmetros a partir dos quais seria possível julgar a retidão dos argumentos. No caso do direito, estes critérios seriam internos ou específicos à prática jurídica.

De certa forma, a “argumentação” na dialética proposta por Ricoeur tem o papel de corroborar a necessidade de observância de regras discursivas internas à prática, em oposição à “interpretação” de Dworkin, que parece levar o raciocínio jurídico para reflexões morais “externas” ao direito. Como já antecipado, é como uma atividade circular, próxima desta dialética já antecipada por Ricoeur, que a interpretação do direito pode ser melhor caracterizada.

2.1. MacCormick: de práticas a instituições

É a partir da teoria de Hart que MacCormick formula sua concepção sobre o direito. MacCormick resume a teoria de Hart apresentando-a como uma teoria que identifica o direito com um conjunto de regras (MACCORMICK 2008a: cap. 3). As regras jurídicas, como as outras regras sociais, possuiriam um aspecto interno e um aspecto externo. O aspecto interno seria o sentido da ação ou a medida em que as regras sociais podem ser consideradas padrões para saber se alguma conduta foi ou não efetuada da maneira correta. O aspecto externo seria a regularidade observada a partir do comportamento das pessoas.

A existência deste aspecto “interno” das regras sociais é a razão pela qual MacCormick identifica a teoria de Hart com uma tradição hermenêutica, à qual ele mesmo alega estar filiado,

apesar de possivelmente ter uma concepção mais “hermenêutica” de Hart do que este próprio autor (MACCORMICK 2008a: 201). Citando as influências de Peter Winch, Wittgenstein e Weber sobre Hart, MacCormick as identifica com uma tradição que pressupõe uma atitude reflexiva dos agentes, os quais, necessariamente compreendem e até certo ponto interpretam as regras sociais para então poder saber como agir.

A noção de regra exposta desta forma pressupõe a noção de grupo, entendido como o conjunto de pessoas para quem determinada regra, enquanto padrão de conduta, é aceita ou compreendida desta forma.

Diferentemente de Hart, MacCormick identifica o direito com um conjunto de instituições. MacCormick define o direito da seguinte maneira: “*o direito é ordem normativa institucional, e o direito do Estado contemporâneo é uma forma de direito*”¹¹ (MACCORMICK 2007: 11). Mas, qual o significado desta transição?

Nas palavras de MacCormick (2007: 21): “*convenção não é tudo*”¹². É necessário ir além de práticas regradadas ou do estudo sobre ações coordenadas para se entender o direito. É necessário estudar instituições, o que implica o estudo de normas expressamente articuladas (MACCORMICK 2007: 24 e ss), a força prática que elas possuem de orientar o comportamento (MACCORMICK 2007: 26 e ss), a forma de aplicação discricionária delas (MACCORMICK 2007: 28 e ss), a incorporação de “padrões” (*standards*) às regras (MACCORMICK 2007: 30 e ss) e autoridades a quem se confere o poder de decidir segundo as normas e reformá-las (MACCORMICK 2007: 31 e ss).

As regras seriam expressas na medida em que seriam públicas ou publicadas para possibilitar a todos os agentes conhecerem, e assim assimilarem, a mesma concepção do que deve ser feito e com que finalidade.

As regras poderiam ser representadas enquanto prevendo comportamentos ou situações às quais se associaria alguma consequência prevista na norma. Contudo, nem todas teriam aplicação absoluta, sendo que algumas teriam aplicação estrita, sendo possível nestes casos não aplicar a regra em virtude das consequências afrontarem diretamente algum valor fundamental, e outras teriam aplicação discricionária, casos em que o tomador de decisão deve decidir cada caso tendo em vista os objetivos e valores envolvidos no caso. Neste último caso, devem ser considerados valores e princípios.

Os padrões são critérios abertos que exigem um julgamento que estabelece fronteiras ou limites para o significado do conceito. O exemplo analisado por MacCormick é o caso do termo

¹¹ “*Law is institutional normative order, and the law of the contemporary state is one form of law*”.

¹² “*Convention is not all*”.

“razoavelmente” utilizado na legislação e que requer uma interpretação para que sua extensão seja definida. A existência de autoridades e de formas explicitamente previstas para decisão de acordo com regras e sobre sua alteração é fundamental para se definir uma ordem institucional em oposição a uma ordem informal, ou entre um jogo oficial de futebol que vale pela copa do mundo e um amistoso entre amigos no parque, mesmo se em ambos os casos os agentes estejam jogando futebol.

Para entender a definição de direito como “ordem normativa institucional”, é preciso em primeiro lugar apresentar a ideia de “fatos institucionais” como desenvolvida por MacCormick. A referência básica inicial é o trabalho de Searle e de Anscombe, na medida em que estes apresentam estudos que permitem distinguir a realidade social ou institucional da realidade bruta, como já apresentado no início da segunda seção. Em seguida, é necessário analisar os três elementos da definição apresentados separadamente.

Enquanto um conjunto de normas ou regras, MacCormick (2007: cap. 1.3) analisa inicialmente a natureza de qualquer prática social normatizada. O exemplo clássico de prática social apresentado por MacCormick é a prática de se fazer filas quando vários indivíduos esperam por atendimento no supermercado, no aeroporto ou em qualquer outro contexto. A ideia é que “fazer uma fila” ou “esperar numa fila” só faz sentido na medida em que há vários agentes que compartilham uma noção geral das normas que regem esta prática informal e seguem suficientemente estas regras a ponto de qualquer um deles saber quando alguém está “furando a fila” (MACCORMICK 2007: 14).

Esta prática informal existe independentemente de uma autoridade que a rege e também independentemente de regras explícitas que estabeleçam o “sentido” ou objetivo da prática que a torna inteligível para os praticantes. É possível que duas pessoas discordem sobre qual o sentido de se fazer uma fila. Alguém pode dizer que a principal função desta prática é ordenar e, assim, garantir o atendimento àqueles que primeiro chegaram. Outra pessoa poderia advogar que filas existem para garantir atendimento prioritário a quem tem menos condições de esperar, defendendo assim atendimento diferenciado a idosos ou gestantes. Mesmo que estes agentes tenham divergências quanto ao sentido da prática, ainda é possível, informalmente, que eles façam uma fila.

A questão sobre a necessidade de se estabelecer regras e prever uma autoridade para resolver conflitos surge com a institucionalização da fila. Em um aeroporto é possível ter regras específicas sobre a ordem de chegada para se pegar um táxi que não fariam sentido no contexto de um hospital que deve garantir atendimento emergencial a pacientes mais graves.

Na medida em que se torna normatizada (MACCORMICK 2007: cap. 1.4) a ordem torna-se produto da ação articulada de vários agentes que compreendem mutuamente suas ações como partes de uma prática. Para explicar o fenômeno, MacCormick usa o conceito de “crenças mútuas” (*mutual beliefs*) (MACCORMICK 2007: 16) que poderia ser assemelhado ao conceito de

“consciência coletiva” apresentado por Searle (1995: 23 e ss, 1998: 111 e ss), já que subjacente à prática.

O fundamental é que esta ação harmoniosa de indivíduos não pode ser compreendida unicamente de um ponto de vista externo enquanto um comportamento habitual ou regular, mas deve ser compreendida de um ponto de vista interno, a partir das regras que compõem um todo harmonioso que permite identificar o conjunto de ações como partes de uma “prática” social.

Enquanto ordem institucional, sua primeira característica fundamental é que esta surge a partir da formulação explícita das regras que regem práticas, sejam práticas informais preexistentes ou novas práticas constituídas pelas normas. Uma ordem institucional é constituída por regras que preveem expressamente formas corretas de agir ou “normas expressamente articuladas” (MACCORMICK 2007: 23) e, além disso, preveem o sentido da prática.

A segunda característica é a existência de alguma autoridade encarregada de criar regras e decidir conflitos que advém da convivência de acordo com as normas (MACCORMICK 1998: 310 e ss). Para o direito isto seria necessário, já que é impossível apresentar uma ordem jurídica estatal contemporaneamente sem discutir a questão sobre o monopólio da violência legítima e do poder de garantir a aplicação das normas.

Os referenciais que devem ser adotados pelos agentes ou de acordo com os quais estes devem se orientar são as regras, em especial as regras jurídicas. O modelo básico do que constituiria uma regra seria “Quando F (fato), então CN (consequência normativa)” (MACCORMICK 2007: 25).

Haveria três modelos possíveis que explicariam a força prática das regras. Em relação ao primeiro, as regras teriam aplicação absoluta. Quando a ocorrência de fatos similares ao previsto na norma ocorrem, então a consequência normativa é uma decorrência lógica e necessária. Este modelo seria aplicável à matemática e a jogos de finalidade fechada, como o xadrez, em que o fim, neste caso o xeque-mate, é determinado pelas próprias regras do jogo. Em relação ao segundo, as regras teriam aplicação estrita, na medida em que pode ser que em dadas situações a adoção da consequência normativa tendo em vista a ocorrência do fato levaria a uma grave distorção ou uma situação em desacordo com os valores que justificam a existência da norma. Neste caso, a consequência normativa poderia ser afastada. Em relação ao terceiro, as regras teriam aplicação discricionária, na medida em que o aplicador ou julgador deveria sopesar princípios e valores em cada caso para chegar a uma decisão. A caracterização das regras de acordo com esta tipificação seria uma decorrência das regras que preveem a autoridade do julgador e os limites da sua decisão. As postulações sobre a existência de regras, contudo, não são suficientes para explicar o processo de tomada de decisão para este autor.

As considerações de MacCormick sobre o raciocínio jurídico e, portanto, sobre a tomada de decisão, devem ser entendidas como uma busca por justificativas da melhor forma de se agir tendo em vista que nem sempre é possível inferir, a partir do conteúdo da regra, qual ação deve ser adotada.

Com relação ao primeiro conjunto de regras, é possível associá-lo com o tipo de raciocínio dedutivo aplicável ao direito (MACCORMICK 1978: 19 e ss.). O raciocínio dedutivo analisado por MacCormick é um raciocínio logicamente válido, ou seja, é impossível ou é uma contradição afirmar que as premissas são verdadeiras e a conclusão falsa. Dado que as premissas sejam verdadeiras, a conclusão necessariamente é verdadeira. A partir de um caso relacionado a responsabilidade civil, as afirmações a respeito dos fatos e responsabilidades das respectivas partes são apresentadas de maneira a reduzi-las a seu conteúdo lógico mínimo. Então, admitindo-se que as premissas ou proposições iniciais são verdadeiras, a conclusão, no caso, a decisão jurisdicional, torna-se uma decorrência necessária e lógica.

A questão mais importante a ser enfrentada, contudo, não é a respeito da possibilidade de reduzir o processo de decisão, ao menos em alguns casos, a um processo lógico dedutivo. A questão enfrentada por MacCormick é: o que torna este processo possível? Quais são as condições para afirmar que uma decisão é uma consequência necessária tendo em vista certas proposições?

Há duas premissas fundamentais identificadas por MacCormick: identificar quem são aqueles encarregados de tomar decisões, no caso os juízes; identificar regras jurídicas, do tipo *se f, então c*, a partir de referências sociais, ou regras de reconhecimento como exposto por Hart, e estas deveriam orientar suas decisões. Identifica-se com este tipo de raciocínio teorias ditas positivistas, dando-se destaque a Kelsen, Hart e Raz.

O desafio posto ao positivismo ou a todas teorias que postulam a possibilidade de se decidir de acordo com regras seria: “porque considerar toda decisão tomada de acordo com uma regra válida de acordo com o critério jurídico de validade uma decisão justificada?” e “Como é possível justificar decisões que dizem respeito à interpretação e aplicação de nossos critérios de validade?” (MACCORMICK 1978: 63).

O fato de que é possível apresentar um raciocínio jurídico na forma lógico e dedutiva não significa que não há, necessariamente, uma interpretação da situação. MacCormick postula o caso hipotético em que há duas possíveis interpretações sobre o que constitui “*f*”. Neste caso, *f*¹ e *f*² são duas possíveis construções argumentativas. Após a escolha por uma delas, sim é possível então aplicar o raciocínio “*se f, então c*”. Se “*f*”, portanto, justifica-se a decisão que leva a “*c*”. Ademais, há casos também em que não é possível formular o problema enquanto “*se f, então c*”, dado a inexistência de um parâmetro deste tipo.

O argumento inicialmente apresentado por MacCormick (2005) foi revisado pelo mesmo autor. MacCormick inicia suas considerações sobre um direito sem lacunas (*gapless law*) afirmando que o tipo de silogismo aplicável ao direito que ele defende não deve ser entendido como um conjunto de regras capaz de solucionar todos os problemas possíveis. Tampouco seria possível aplicar o mesmo tipo de raciocínio aplicável a jogos de xadrez ao direito.

No caso de xadrez todos os movimentos possíveis estão predeterminados. O direito, por sua vez, seria um conjunto de regras que regularia a forma como práticas sociais são exercidas (MACCORMICK 2005: 53). Todo caso representa uma reformulação das regras jurídicas e das possíveis relações que existem entre elas, sendo que todos os argumentos são derrotáveis por natureza.

É importante fazer breves considerações a respeito do xadrez e do estigma que adquiriu, em especial nos trabalhos de autores como Dworkin. É fato que o xadrez é um jogo de jogadas limitadas. É fato que até mesmo máquinas são capazes atualmente de derrotar até os mais importantes mestres de xadrez. Mas isto não significa que ele não pode ser jogado de uma forma propriamente *humana*. Mesmo um sistema de regras fechado como o xadrez produz jogos sujeitos à avaliação, até mesmo ética de seus jogadores e jogadas que somente são compreensíveis do ponto de vista interno do jogo. É possível dizer que um jogador é agressivo, ou passivo, ou inconsequente, ou fantástico, ou criativo, ou destemido, ou prudente, ou qualquer outra qualificação a partir da compreensão de suas jogadas e de seus jogos frente a outros jogadores. A questão é que através do jogo, como através de outras práticas, é possível ao sujeito desenvolver suas potencialidades propriamente humanas. Isto torna qualquer prática regrada, até mesmo o xadrez, como uma prática que não se esgota simplesmente a partir da definição de suas regras e seus movimentos, mesmo que pré-determinados.

A primeira objeção que MacCormick (2005: 55 e ss) enfrenta é extraída dos trabalhos de Hans Kelsen. O desafio kelseniano é que toda decisão é necessariamente um ato de vontade. O fato de que algo é logicamente necessário não é suficiente para fazer com que alguém aja de determinada forma. Isto é verdade. É possível que alguém que conheça as regras de adição escreva uma resposta equivocada quando perguntado se $2+2=4$. Isto empiricamente ou contingentemente é realmente possível. Entretanto, isso não significa que a ação de alguém que diga que $2+2=5$ seja justificada ou correta, tendo em vista as regras de adição existentes e conhecidas atualmente, não interessa qual o poder essa pessoa exerça.

Uma teoria de argumentação ou raciocínio jurídico não representa uma restrição quase que física à conduta dos agentes, mas pode representar uma reflexão sobre as condições e critérios que tornam um raciocínio equivocado ou correto de acordo com aquela tradição. A relação entre a razão

ou motivo e a ação não é uma dedução lógica, mas o modelo dedutivo pode ser utilizado como representação da atividade de raciocínio em alguns casos.

Outro desafio ao raciocínio silogístico é apresentado por B. S. Jackson em sua obra *Law, Fact and Narrative Coherence* (MACCORMICK 2005: 57). Jackson argumenta que a construção da premissa menor, no sentido da lógica clássica, é fruto de um processo narrativo e argumentativo e que a premissa maior, em si, não é capaz nunca de determinar a quais casos ela se relaciona. Segundo Jackson a partir de uma premissa maior seria absolutamente impossível identificar uma premissa menor. MacCormick então defende o modelo silogístico a partir da ideia de significação. Uma classe, como automóveis, claramente não se refere a nenhum automóvel em particular. Isso não significa, contudo, que não é possível identificar algo singular como sendo um “automóvel”. Se o ato de classificar algo como sendo uma instância individual de algo universal é de fato meramente um ato de poder, então qualquer raciocínio lógico está sujeito a critérios arbitrários da vontade dos agentes, sendo, portanto, todo raciocínio lógico uma falácia (MACCORMICK 2005: 71). Contudo, MacCormick (2005: 69) reconhece a crítica de Patricia White afirmando ser necessária a utilização de uma lógica predicativa, na medida em que regras apresentam o formato “Se *f*, então *c*” e a predicação de um fato qualquer como “*f*” deve estar sujeita também à crítica e é uma atividade interpretativa. O estudo de MacCormick sobre a relação entre retórica e o raciocínio jurídico o leva a concluir que a articulação de um pensamento sobre um fato institucional depende, sempre em certa medida, de um ato interpretativo.

Mesmo tendo em vista esta limitação retórica, ainda assim seria possível fazer afirmações verdadeiras ou falsas sobre fatos institucionais. Um exemplo apresentado por MacCormick é do uso da linguagem (MACCORMICK 2005: 65). O ato de escrever uma sentença em português da maneira gramaticalmente correta, como a presente, cria um fato institucional. E, é possível fazer a afirmação verdadeira de que “a sentença precedente é uma frase escrita em português”. Assim, na medida em que é possível fazer afirmações verdadeiras ou falsas, é possível que proposições a respeito do direito sirvam para a solução de casos através do raciocínio lógico como exposto.

Mas, o raciocínio lógico não é suficiente para solucionar todos os casos. MacCormick lista três tipos de argumentos que podem servir como “justificativas de segunda ordem” tendo em vista a necessidade de interpretação do direito devido à inexistência de um parâmetro normativo do tipo “se *f*, então *c*”: argumentos consequencialistas; argumentos de coerência; argumentos de consistência.

Os argumentos a respeito das consequências visam apresentar evidências do tipo de regra que seria criada a partir da decisão. Assim, é possível, por exemplo, interpretar decisões como estimulando ou desestimulando certas condutas e, portanto, em função das consequências previstas, determinar qual a melhor decisão a ser tomada. Ademais, além das consequências que se pode

prever como decorrentes da decisão, é necessário decidir também pela própria justeza ou pelo simples fato da decisão ser correta, independentemente das consequências. É necessário, segundo MacCormick (2005: 120), quando da revisão deste argumento, equilibrar ambas as demandas.

O capítulo sobre argumentos de coerência apresenta a visão de MacCormick sobre a relação entre princípios e raciocínio jurídico. MacCormick resume a ideia de coerência como a necessidade de que “a pluralidade de regras de um sistema jurídico desenvolvido deveria ‘fazer sentido’ quando considerados conjuntamente” (MACCORMICK 1978: 152).

Um princípio é um padrão a partir do qual é possível avaliar um conjunto de regras, ou seja, é uma regra mais “geral” que deveria orientar a aplicação do direito nos casos concretos julgando quais regras aplicar, como e o porque. Um princípio seria também uma avaliação de uma política (*policy*) implementada a partir da aplicação das regras de determinada forma. Os princípios deveriam desempenhar uma função relevante na justificação e explicação do sistema jurídico, tendo em vista suas regras válidas.

O reconhecimento da existência e aplicação de princípios, segundo MacCormick, não subverte de maneira nenhuma a teoria positivista de Hart, mas a complementa, momento em que faz referência às críticas de Dworkin (2001: caps. 1 a 4, 12, 13). Há uma relação necessária entre princípios e regras para MacCormick que é desconsiderada no argumento de Dworkin. A introdução de novas regras pode resultar na criação de um novo princípio (MACCORMICK 1978: 154). Ainda, há princípios que existem em função de um conjunto de regras. Na década de 1970, MacCormick reconhece como princípio do direito positivo da África do Sul impedir a socialização de pessoas de “raças” diferentes, apesar de condená-lo. Este princípio existe em função de uma série de regras que regulavam a convivência entre os cidadãos sul-africanos naquela época.

Princípios são utilizados para identificar e caracterizar determinada prática, possibilitando a reflexão sobre como aplicar uma regra tendo em vista outras regras do mesmo sistema. Nota-se neste ponto uma proximidade entre a discussão sobre princípios de uma prática e seu “sentido”. Enquanto o sentido de uma prática torna as ações dos agentes inteligíveis, os princípios tornariam as regras mais inteligíveis tendo em vista as relações possíveis de se inferir a partir delas, mas também servem para qualificar um sistema de regras. São princípios que permitem o juízo de que determinado sistema é “opressor” ou “liberal” ou “conservador” ou qualquer outra qualificação, não uma ou algumas poucas regras individualmente consideradas.

O uso da analogia seria semelhante e também teria como meta a coerência de decisões. Há casos em que haveria uma “proximidade” suficiente que justificaria uma decisão similar. A ideia de proximidade no argumento de MacCormick é analisada a partir de uma série de decisões.

Argumentos de consistência enfrentam o problema de se decidir casos “fáceis” e “difíceis” tendo em vista a obrigação de seguir a lei. Casos difíceis estão relacionados com a teoria de Hart

sobre a textura aberta do direito. Hart (1994: 124 e ss) postula que para que seja possível a existência de regras ou padrões a partir dos quais os indivíduos poderiam orientar seus comportamentos é necessário que estas regras ou padrões sejam expressas em termos gerais ou de forma a abranger classes de situações ou casos. Isto levaria, contudo, a situações de indecisão ou situações em que não haveria critérios claros a partir dos quais seria possível decidir. Estes casos ficaram conhecidos como casos difíceis. Em virtude desta “área de penumbra” das normas, ou seja, em razão da impossibilidade do texto normativo prever todos os possíveis casos e soluções que deveriam ser aplicadas a eles, os juízes possuiriam, portanto, discricionariedade para decidi-los. Segundo MacCormick (1978: 199), o que tende a limitar a discricionariedade jurisdicional a ponto de possibilitar raciocínios dedutivos é: não haver dúvida razoável sobre o sentido da regra; não haver argumentos razoáveis opondo-se às demandas; argumentos a respeito da interpretação do caso ou das normas em questão serem afastados pelo julgador. Em casos em que há dúvidas e incertezas razoáveis para se decidir o positivismo parece ser desafiado já que se questiona a capacidade de se decidir segundo regras de maneira não arbitrária.

MacCormick postula que o desafio ao positivismo de apresentar uma teoria razoável sobre o processo de decisão pode ser enfrentado a partir da ideia de justiça (MACCORMICK 1978: *cap. IV The constraint of formal justice*). Toda discussão de justiça é uma discussão sobre a igualdade, parafraseando-se Aristóteles. Neste sentido, MacCormick apresenta a “justiça” como uma restrição formal ao juízo dos julgadores. Toda decisão deve ser tomada como se ela pudesse ser uma decisão a ser adotada sempre e em todas as situações similares por qualquer julgador, como se elas fossem baseadas em “proposições universais”, remetendo claramente, mesmo que de maneira velada, à tradição kantiana. A justiça é apresentada como o sentido ou o objetivo da prática de interpretação de acordo com o direito na medida em que as decisões deveriam ser sempre justas e, assim, universalizáveis.

A teoria jurídica de MacCormick, contudo, não se limita a uma reflexão sobre regras e sobre como interpretá-las. O aspecto mais fundamental da tradição de Hart em comparação com outras teorias de seu tempo e algumas que a sucederam no tempo é justamente uma mudança radical de objeto, da norma para a ação normatizada, conforme explicação de José Reinaldo de Lima Lopes (in STORCK e LISBOA 2009: 43 e ss.).

Ademais do que já foi exposto, MacCormick, a partir da influência de Raz, define a relação entre norma e ação considerando a norma como uma razão para se agir. A norma é um padrão para se julgar se uma ação é, em termos gerais, “errada” ou não. No caso dela ser errada, um agente consciente e capaz de refletir sobre o sentido de sua ação considera então o fato de que determinada ação é errada como um motivo para não agir de determinada forma. Este tipo de razão seria de um

tipo especial chamada por Raz de razão excludente (*exclusionary reason*) e posteriormente de razão protegida (*protected reason*) (MACCORMICK 2007: 103).

A importância deste raciocínio é que ele permite que as ações do agente sejam avaliadas enquanto performativas de uma série de escolhas sobre como se comportar ao participar de práticas sociais. A questão fundamental da hermenêutica jurídica deixa de ser meramente uma indagação linguística sobre o significado de palavras ou normas e passa a ser o sentido da ação.

2.2. Ricoeur: de textos a discursos

A filosofia hermenêutica de Ricoeur será contrastada com a obra de MacCormick tendo em vista suas contribuições para o estudo da ação humana e suas reflexões sobre a interpretação de textos. O ponto principal é propor o modelo do “texto” como sendo complementar à ideia de instituição de MacCormick enquanto categoria fundamental para se interpretar as ações de acordo com o direito e melhor aplicá-lo. Propõe-se um modelo de sujeito que interpreta um texto jurídico considerando-o mais que um guia para a ação, mas, um “todo” que deve ser compreendido para que a ação seja possível.

Ricoeur elabora o “problema hermenêutico” a partir da obra de Gadamer. Segundo Ricoeur, Gadamer pressupõe em sua teoria uma antinomia irreconciliável entre “distanciamento alienante”, própria a ciências como as biológicas ou exatas, e o “pertencimento”, identificado com o reconhecimento de uma tradição constitutiva da realidade observada pelas humanidades (RICOEUR 1986: 113). Ricoeur visa superar esta antinomia a partir da ideia de “texto”, e suas ideias servirão para problematizar a atividade de interpretação de textos jurídicos.

O “texto” seria paradigmático na medida em que o distanciamento faz parte necessariamente da experiência histórica de contato com uma tradição que nos antecede (RICOEUR 1986: 114). Seu argumento a esse respeito apresentado no capítulo “*La fonction herméneutique de la distanciation*” da obra *Du texte à l’action* é desenvolvido em cinco partes, quais sejam: a efetivação da linguagem como discurso; o discurso como obra estruturada; a relação da fala à escrita no discurso e nas obras de discursos; a obra do discurso como a projeção de um mundo; o discurso e a obra do discurso como mediadores para a compreensão de si mesmo. Neste artigo serão analisadas as três primeiras partes deste argumento.

Quanto à primeira parte do argumento sobre a função hermenêutica do distanciamento, o discurso é um evento que ocorre em determinado momento no espaço e no tempo. Para compreendê-lo é possível adotar a separação já proposta por Saussure (2006) entre “língua” (*langue*) e “fala” ou “discurso” (*parole*). Essa divisão ressalta a diferença fundamental entre, por exemplo, as regras da

gramática de uma língua qualquer e todos os discursos individualmente considerados que já foram proferidos nesta língua.

Enquanto é impossível perguntar “quem fala e quando?” ao se referir às regras de uma língua, esta pergunta é pertinente no caso do discurso porque há sempre um sujeito identificável que profere o discurso em dado momento no tempo e um sujeito a quem o discurso é dirigido. Ademais, há uma diferença entre os referenciais da língua e dos discursos. Enquanto os signos linguísticos abstratamente considerados se referem a outros signos linguísticos, no caso do discurso há um “mundo” descrito pelo discurso ou a qual ele se refere. Este mundo é determinado no momento em que o discurso é proferido já que ele é o contexto de quem emite e a quem a mensagem é emitida.

Contudo, apesar dos discursos sempre serem proferidos em dado momento e em dado local, sendo, por definição, fugazes, eles são compreendidos a partir de sua significação em dado contexto, algo que extrapola o momento (Ricoeur 1986: 117). A compreensão de um discurso articula o momento e o conjunto de regras abstratas que tornam o discurso algo sensato, não só para quem o ouve no instante em que é proferido, mas por qualquer pessoa capaz de compreender o *sentido* da ação discursiva.

Assim, há um distanciamento entre o dito e o que se diz. Ricoeur rejeita que o sentido do que é dito pode ser explicado a partir da observação da intencionalidade subjetiva ou do estado psicológico de quem profere o discurso, contrapondo-se à tradição hermenêutica de Dilthey (RICOEUR 1986: 159 e ss.). A linguagem, como todas práticas sociais, possibilita a existência de ações dotadas de sentido. Em certo contexto C, fazer X vale ou deve ser compreendido como Y, conforme também Searle.

Ainda, Ricoeur afirma que a natureza social da ação faz com que ela tenha efeitos ou consequências que não são necessariamente previstos pelo autor (RICOEUR 1986: 216). Os efeitos da ação transcendem o momento em que ela é feita, da mesma forma que o sentido do discurso transcende a mensagem emitida para alguém em um dado instante. A metáfora utilizada para explicar esta característica da ação é que ela deixa sua “marca” no tempo ou história de certa sociedade (RICOEUR 1986: 218).

Ricoeur (1986: 153 e ss.) também ressalta este distanciamento necessário no capítulo em que define o que é um texto. Diferente de um discurso que possui um contexto determinado e emissor e emissário bem definidos, todo texto transcende as intenções do autor e deve ser analisado de acordo com seu contexto. Isso não significa que a existência de um autor deva ser desconsiderada, mas, deve-se considerar qualquer obra como sendo de um autor póstumo.

Do ponto de vista da hermenêutica jurídica, é necessário entender como algumas ações são capazes criar um legado para o futuro, servindo como referência para a tomada de futuras decisões.

Um exemplo disso seria a criação de um precedente jurisprudencial que reafirma ou que contraria o posicionamento vigente em dada sociedade.

De acordo com Ted Klein, que escreve sobre Ricoeur, a necessidade de interpretação de textos surge justamente em função deste distanciamento entre o evento e o sentido que se apreende do evento e que pode, do ponto de vista cronológico, superá-lo. Em suas palavras (KLEIN in HAHN org. 1995: 198 e ss.): *“Tal como a linguagem, por ser atualizada na utilização como discurso, “se ultrapassa” a si própria como sistema e é entendida como acontecimento, também o discurso ao entrar no processo de compreensão “ultrapassa-se” a si mesmo como acontecimento, tornando-se sentido”*.

A apropriação no ato de interpretação seria o processo de atualização ou quase que aplicação do sentido do texto. Neste sentido, seguir uma regra jurídica é análogo ao ato de fazer um discurso de acordo com as regras de uma língua. O texto se torna um referencial para julgamento do ato jurídico não porque este foi previamente determinado pela regra, mas porque há uma lógica interna ao direito que, para que o ato seja sensato, deve ser respeitada.

A realidade institucional do direito deve ser compreendida nesse contexto. Instituições existem e dão suporte para a execução de normas que são de alguma forma perenizadas através dos textos. Os atos institucionais, como a execução das regras em caso de conflitos, devem ser compreendidos tendo em vista este distanciamento.

As instituições devem ser constituídas de forma a garantir uma separação estrita entre a vontade pessoal dos agentes e as funções que eles devem desempenhar, havendo transparência e controle externo a suas ações para que o sentido delas não seja apropriado por interesses individuais, da mesma forma como o sentido do texto não pode ser apropriado, nem mesmo pelo seu próprio autor.

Quanto à segunda parte do argumento, para melhor compreender um texto Ricoeur propõe aplicar a ele primeiramente um traço que distingue toda obra: ela é distinta que uma coleção de frases e deve, portanto, ser interpretada segundo sua unidade (RICOEUR 1986: 120).

Um texto deve ser analisado como um todo específico. Um texto não pode ser lido como uma sucessão de frases. Quanto aos textos literários, seria necessário recompô-los tendo em vista o gênero literário ao qual pertencem, à classe de textos com que se relacionam e as várias estruturas presentes no texto. Para recompor um texto é necessário fazer um juízo reflexionante, no sentido da tradição kantiana (RICOEUR 1986: 224).

A recomposição do sentido de um texto invoca uma ideia desenvolvida por Ricoeur que pode ser utilizada na atividade de interpretação do direito: a ideia de enredo.

A ideia de enredo se liga à ideia de todo. Segundo citação que Ricoeur (1983: 80) extrai de Aristóteles: *“Um todo, diz-se, é aquilo que tem um começo, um meio e um fim”*. O mais importante

desta definição potencialmente trivial é que a criação de um enredo (*mise en intrigue*) é constitutiva destas partes lógicas (RICOEUR 1983: 80 e 81): “*É somente em virtude da composição poética que algo vale como começo, como meio ou como fim*”¹³. Uma história é sempre mais que uma simples narrativa de fatos que se sucedem. Eles, a partir do momento em que são organizados em uma única narrativa, adquirem um sentido por estarem relacionados uns aos outros.

É interessante notar que o enredo também possuía a função de garantir a universalidade de cada trama. Uma história na tradição grega seria sempre representativa de conflitos e de atividades propriamente humanas. As histórias seriam, de certa forma, típicas. Aristóteles teria condenado as histórias que simplesmente apresentam uma sucessão de episódios, sendo que deveria ser estabelecido entre os episódios ou as partes da história uma lógica, do verossímil ou do necessário. Esta lógica, contudo, por ser exatamente uma lógica, poderia ser aplicada a outras situações ou casos sendo assim universalizável.

Para a hermenêutica jurídica, o enredo é uma ferramenta que permite teorizar sobre o sentido de práticas sociais reguladas pelo direito e o “mundo” que é criado por elas.

A universalidade, própria das histórias comentadas por Aristóteles, deve ser uma propriedade das decisões tomadas de acordo com o direito. Um precedente não pode ser tão específico a ponto de não poder ser aplicado novamente, caso circunstâncias semelhantes se apresentem, sob pena de não haver nenhuma regra que tenha embasado a decisão.

Além disso, as ações de acordo com o direito devem obedecer a uma lógica que identifica o sistema político da sociedade na qual determinado ordenamento está inserido. Esta lógica é o enredo que dá sentido à história de uma sociedade. Atualmente, o enredo a que se aspira na sociedade brasileira se pode chamar de respeito ao Estado de direito. Isso é percebido e testado na medida em que é possível explicar o conjunto de ações por esta lógica, da mesma forma como as ações de personagens em um romance são explicadas pelo enredo da história maior a qual todos estão ligados.

A finalidade das práticas deve ser incorporada na interpretação de textos, mas isto se deve à narrativa necessária à reconstrução das práticas sociais. Quando se passa da ação ao texto nota-se que as regras constitutivas de uma prática social somente podem ser compreendidas na medida em que as ações de acordo com as práticas sociais são narradas. E, para que isso possa acontecer, são necessários enredos e, a partir deles, nota-se não somente as intenções dos praticantes e seus objetivos, mas também como estas práticas influenciam ou buscam influenciar outras práticas.

Na terceira parte do argumento destaca-se novamente como o ato de fixar o discurso pelo texto torna-o autônomo em relação às intenções do autor. O ato de ler o texto seria o que o

¹³ “*C’est en vertu seulement de la composition poétique que quelque chose vaut comme commencement, comme milieu ou comme fin (...)*”

contextualizaria, ou seja, o que o atualizaria do ponto de vista significativo, tendo em vista o sentido da linguagem compartilhado, e do ponto de vista psicológico, tendo em vista um leitor específico.

Da mesma forma, no direito um discurso ou uma decisão sobre como agir não depende necessariamente das intenções do legislador ou de quem postula a norma, até porque as normas são criadas para durarem mais do que seus criadores. A criação do direito possibilita a existência de ações por ele regradadas, mas nenhum conjunto de regras de práticas sociais são capazes de determinar como as práticas serão executadas, da mesma forma que não é possível derivar um romance de uma gramática. Esta relativização da vontade do legislador é critério essencial para a interpretação do direito, mas, também para sua compreensão enquanto conjunto abstrato de regras que possibilitam comportamentos, sem que estes sejam previamente determinados.

Enfim, esse distanciamento, segundo Ricoeur (1986: 125) não pode ser considerado somente como um produto metodológico, mas faz parte da ontologia ou da natureza do ato de fixar o discurso pela escrita e do ato interpretativo de compreendê-lo independentemente de uma relação direta ou imediata estabelecida entre quem discursa e quem ouve o discurso.

3. Conclusão

A hermenêutica jurídica deve ser entendida como um processo composto pela compreensão de práticas sociais regradadas pelo direito e os textos que de alguma forma visam regular estas práticas. Para dar suporte a esta teoria, apresentou-se uma definição de hermenêutica filosófica e um panorama das discussões a respeito de hermenêutica jurídica. Argumentou-se como boa parte destas discussões diz respeito a temas que podem ser melhor compreendidos quando estudamos a noção de práticas sociais e os pressupostos relacionados a interpretação de textos jurídicos, que regulam estas práticas.

A teoria de Neil MacCormick permite refletir sobre o significado de normas jurídicas como elementos de práticas sociais por elas reguladas através de instituições. Práticas só existem na medida em que as ações dos agentes são regradadas. Mas, diferente de outras práticas sociais há conflitos que precisam ser resolvidos. Para tanto, há sempre uma autoridade encarregada da aplicação das regras, que deve interpretar o direito para aplicá-lo de maneira justa e independente da vontade da autoridade de quem interpreta.

A partir da teoria de Paul Ricoeur é possível refletir sobre a posição do sujeito que age de acordo com o direito, seu distanciamento em relação ao texto ao mesmo tempo em que o concretiza com sua ação. E cada ação cria ou se remete a um legado capaz de moldar a história de uma

sociedade e seu presente, na medida em que a ação se torna um referencial para futuras decisões e um legado em si mesma.

From action to text: understanding social practices to better apply the law

Abstract: This paper defines legal hermeneutics as a part of the general theory of philosophical hermeneutics. Its focus are the theoretical assumptions that allow for a better understanding of what it means to act according to the law and to apply it. Legal hermeneutics is defined as the sum of two complementary activities: the understanding of social practices and the interpretation of texts. The main authors identified with each of these theories are Neil MacCormick and Paul Ricoeur.

Keywords: hermeneutic philosophy, Paul Ricoeur, Neil MacCormick, interpretation, social practice.

Referências

- DICKSON, J. (2001) *Evaluation and legal theory*, Oxford: Hart Publishing.
- GADAMER, HG. (1976) *The universality of the hermeneutical problem*. Trad. David E. Linge. in *The hermeneutic tradition: from ast to Ricoeur*. Albany: State University of New York Press.
- _____. (2006) *Truth and method*, London, New York: Continuum.
- GRONDIN, J. (2012) (org.) *O pensamento de Gadamer*. São Paulo : Ed. Paulus.
- GUIGNON, CB. (1993) (ed.) *The Cambridge companion to Heidegger*. Cambridge: Cambridge University press.
- HAHN, LE. (1995) (org.) *A filosofia de Paul Ricoeur : 16 ensaios críticos e respostas de Paul Ricoeur aos seus críticos*. Trad. António Moreira Teixeira. Lisboa : Instituto Piaget.
- HART, H L A. (1994) *The concept of law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- LOPES, JRL. (2009) *Entre a teoria da norma e a teoria da ação* in STORK, AC, LISBOA, WB, (org.) *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus.
- MACCORMICK, N. (2008) *H L A Hart*. Stanford: Stanford University press.
- _____. (2007) *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- _____. (1978) *Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Clarendon Press.
- _____. (1998) Norms, Institutions and Institutional Facts. *Law and Philosophy*, Vol. 17, Nº 3, pp. 301-345.
- _____. (2005) *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press.
- MACYNTIRE, A. (2007) *After virtue*. 3ª ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

-
- MARMOR, A. (2005) *Interpretation and legal theory*. 2ª ed. London: Hart Publishing.
- NUNES, B. A (1991) *filosofia contemporânea*, São Paulo : Editora Ática.
- PATTERSON, D. (1983) Interpretation in law – toward a reconstruction of the current debate. *Villanova law review*. V. 29. nº 671.
- RICOEUR, P. (1986) *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique*, Paris: Seuil.
- _____ (2010) *Écrits et conférences 2 : herméneutique*, Paris : Éditions du Seuil.
- _____ (1977) *La sémantique de l'action. I^{ère} partie: Le discours de l'action*, Paris : Editions du Centre National de la Recherche Scientifique.
- _____ (1995) *Le juste*, Paris: Esprit.
- _____ (1983) *Temps et récit I. L'intrigue et le récit historique*, Paris: Seuil.
- _____ (1990) *Soi-même comme un autre*, Paris: Seuil.
- SAUSSURE, F. (2006) *Curso de linguística geral*. São Paulo : Cultrix.
- SEARLE, J. (1995) *The construction of social reality*, New York : Simon & Schuster.
- TAMANAHA, BZ, (1996) The internal/external distinction and the notion of a “practice” in legal theory and sociolegal studies. *Law & Society Review*, vol. 30, nº 1, pp. 163 – 204.

Trabalho recebido em 12 de novembro de 2018

Aceito em 12 de fevereiro de 2019