XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL II

MARCELO NEGRI SOARES

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597
Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Marcelo Negri Soares; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-574-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Apresentação

DIREITO CONSTITUCIONAL II

É com imensa satisfação que o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito torna público à comunidade científica o conjunto dos artigos aprovados e apresentados no Grupo de Trabalho intitulado DIREITO CONSTITUCIONAL II, produzidos no XI Encontro Internacional do CONPEDI, sob o enfoque dos DIREITOS SOCIAIS, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA, realizado presencialmente em Santiago do Chile entre os dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022. Foram diversas temáticas tratadas, neste que foi o primeiro encontro científico presencial após a pandemia do COVID-19, dentre esses temas, foram apresentados trabalhos sobre: os meios alternativos de solução de conflitos para desafogar o Judiciário na esfera dos conflitos envolvendo a Administração Pública; a natureza jurídica da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que não existe como ação, mas sim como reclamação ou arguição; Lei Geral de Proteção de Dados: a proteção e exclusão de dados; a dicotomia entre imunidade e isenção tributária na inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 187/2021 para regulamentação das contribuições sociais das instituições beneficentes de assistência social (terceiro setor); contextualizando a cidade de Araraquara, com reinserção do idoso no meio social, em vista do aumento da população idosa; o problema da segregação humana pelo avanço tecnológico e dificuldade de acesso; destaque para a questão da mídia jornalística e blogs na liberdade de expressão versus direito ao esquecimento e a proteção dos direitos da personalidade; o fenômeno do politicamente correto na incidência versus ponderação (debate entre Friedrich Muller e Alexy); a questão se o voto aberto pode interferir no resultado final da votação, com a possibilidade de avaliação do representante pelos seus representados, isto é, a outorga da transparência; sobreposição da culturalização, desconstrução das práticas sociais aceitas e dissociação entre direito e cultura na proteção dos bens jurídicos sob a ótica da dignidade da pessoa humana; binômio laicidade do estado e liberdade religiosa; crítica o quórum para iniciativa popular em Emendas Constitucionais no Brasil; estudo comparado no juiz de garantias; a interpretação jurídica em Ronald Dworkin para uma Constituição pluralista e democrática, a partir de uma ideia política; separação de poderes: o Poder Judiciário como poder nulo versos um certo ativismo e o constitucionalismo popular na construção da democracia; judicial review e ativismo judicial; por fim, sobre a cláusula democrática no MERCOSUL e a questão do Paraguay.

Trata-se de coletânea composta diversos trabalhos aprovados oralmente, sendo que também foram submetidos previamente ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de vinte e três proeminentes pesquisadores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, incluindo alguns mestrandos e doutorandos.

Nesta esteira, a coletânea que ora se apresenta é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e com o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação. Importante lembrar, ainda, da contribuição deste congresso com a formação de novos pesquisadores.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Santiago (Chile), 17 de outubro de 2022.

Prof. Pós-Dr. Marcelo Negri Soares - Coordenador de GT Conpedi – UNICESUMAR-PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - Coordenador de GT Conpedi – Livre-docente - USP

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM RONALD DWORKIN: CONTRIBUTOS PARA UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONSTRUTIVA, PLURALISTA E DEMOCRÁTICA

LEGAL INTERPRETATION IN RONALD DWORKIN: CONTRIBUTIONS TO A CONSTRUCTIVE, PLURALIST AND DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

Silvagner Andrade de Azevedo [1]
Alexandre de Castro Coura [2]

Resumo

O artigo analisa como as características da interpretação jurídica na obra de Ronald Dworkin podem contribuir para o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional construtiva, pluralista e democrática. Contextualiza a interpretação jurídica no quadro teórico da interpretação geral, alinhando-a, na perspectiva de Dworkin, ao gênero da interpretação criativa, à semelhança da interpretação artística e de práticas sociais. Apresenta a ideia do direito como prática social interpretativa, explorando o caráter construtivo da interpretação, manifestado pelo florescimento e desenvolvimento de uma atitude interpretativa no interior dessas práticas. Compara a interpretação jurídica com a interpretação literária, destacando as potencialidades de se empregar, no âmbito do direito, a ideia de uma hipótese política, à semelhando da hipótese estética na literatura. Identifica algumas características da hermenêutica constitucional à luz do Estado Democrático de Direito. Conclui que a aplicação da perspectiva teoria de Ronald Dworkin para a interpretação jurídica, em especial a concepção do direito como pratica social interpretativa e a ideia de hipótese política, contribuem para o desenvolvimento dos aspectos construtivo, pluralista e democrático da constituição em um paradigma de Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Interpretação jurídica, Hermenêutica constitucional, Constituição, Democracia, Dworkin

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes how the characteristics of legal interpretation in Ronald Dworkin's work can contribute to the development of a constructive, pluralistic and democratic constitutional hermeneutics. It contextualizes legal interpretation within the theoretical framework of general interpretation, aligning it, in Dworkin's perspective, to the genre of creative interpretation, similar to artistic interpretation and social practices interpretation. It presents the idea of law as an interpretive social practice, exploring the constructive character of this interpretation, manifested by the flowering and development of an interpretive attitude within

---

[1] Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

[2] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

these practices. It compares legal interpretation with literary interpretation, highlighting the potential of employing, in the scope of law, the idea of a political hypothesis, similar to the aesthetic hypothesis in literature. Identifies some characteristics of constitutional hermeneutics in the light of the Democratic Rule of Law. It concludes that the application of Ronald Dworkin's theoretical perspective to legal interpretation, especially the conception of law as an interpretive social practice and the idea of political hypothesis, contribute to the development of the constructive, pluralist and democratic aspects of the constitution in a paradigm of Democratic Rule of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal interpretation, Constitutional hermeneutics, Constitution, Democracy, Dworkin

1 INTRODUÇÃO

Interpretar a constituição, atribuindo-lhe sentidos e significados, apresenta-se como uma questão central da teoria contemporânea do direito. Contudo, os métodos tradicionais de intepretação jurídica, fundamentados nos aspectos gramatical, sistemático, histórico, teleológico-axiológico e sociológico, não dão conta da complexidade de tal tarefa, uma vez que desconsideram, consciente ou inconscientemente, a realidade plural, aberta e democrática na qual a hermenêutica constitucional deveria de fundar. Além disso, sob a égide da mesma constituição, horizontes históricos se sucedem, trazendo consigo novas demandas sociais para as quais o direito deve apresentar respostas no quadro de possibilidades interpretativas que se depreendem da constituição.

Incorporando todas essas complexidades, Ronald Dworkin traz para o centro das reflexões jurídicas um conceito interpretativo do direito. Diferentemente da proposta positivista por ele criticada, que de maneira geral busca atribuir sentido aos textos jurídicos enfatizando seu aspecto convencional e semântico, Dworkin propõe que a interpretação jurídica deveria se aproximar mais de uma interpretação artística ou de uma prática social, nas quais há uma exposição construtiva, ou seja, que impõe "um propósito a um objeto ou uma prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam" (DWORKIN, 2007, p. 63).

Na esteira dessas questões, o artigo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: a partir da perspectiva de Ronald Dworkin acerca da interpretação jurídica, como compreender e aplicar a hermenêutica constitucional a fim de se desenvolver as características construtiva, pluralista e democrática da constituição em um paradigma de Estado Democrático de Direito?

A relevância do tema e do problema de pesquisa repousa na mudança de postura do intérprete acerca dos sentidos que se podem atribuir ao texto constitucional. Nessa tarefa, a hermenêutica constitucional, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser vista sob uma perspectiva aberta e democrática, como aponta a tese fundamental de tese fundamental de Peter Häberle: no lugar de um modelo de interpretação de uma sociedade fechada de intérpretes, propõe um processo de interpretação constitucional em que "estão vinculados todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um

elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição" (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Portanto, em uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição", o grande desafio é "aferir" a interpretação constitucional em sociedade pluralistas e complexas que possuem o *locus* hermenêutico em uma Constituição composta de regras e princípios. Para tanto, a proposta de interpretação jurídica apresentada por Ronald Dworkin apresenta-se à altura do desafio, propondo o direito como uma prática social interpretativa, e não uma mera questão semântica ou empírica.

Para desenvolver as ideias até aqui introduzidas, o segundo tópico do artigo analisa a interpretação jurídica no quadro teórico da interpretação geral, alinhando-a, na perspectiva de Dworkin, ao gênero da interpretação criativa, à semelhança da interpretação artística e de práticas sociais.

No terceiro tópico, apresenta-se a ideia do direito como prática social interpretativa, explorando o caráter construtivo dessa interpretação, manifestado pelo florescimento e desenvolvimento de uma atitude interpretativa no interior dessas práticas.

O quarto tópico dedica-se a comparar a interpretação jurídica com a interpretação literária, destacando as potencialidades de se empregar, no âmbito do direito, a ideia de uma hipótese política, à semelhando da hipótese estética na literatura.

O quinto tópico identifica algumas características da hermenêutica constitucional à luz do Estado Democrático de Direito para, na sequência, traçar algumas considerações finais acerca das contribuições da perspectiva teórica da interpretação jurídica em Ronald Dworkin para a hermenêutica constitucional, em especial a aplicação da concepção do direito como prática social interpretativa e da ideia de hipótese política para o direito.

2 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO QUADRO TEÓRICO DA INTERPRETAÇÃO GERAL

A obra de Ronald Dworkin parte de uma contundente crítica à concepção positivista do Direito. Em consequência da tradição jurídica de onde desenvolve suas ideias, Dworkin utiliza como ponto de partida a tese positivista de Herbert L. A. Hart, segundo a qual o direito

seria uma decorrência da "combinação de normas primárias de obrigação com as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento" (HART, 2009, p. 127).

De maneira mais específica, Dworkin (2005, p. 218) caracteriza tal abordagem do fenômeno jurídico da seguinte forma: "os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira caso tenham ocorrido algum evento de natureza legislativa [...]; caso contrário não é."

Propõe então uma mudança de direção em relação a essa compreensão do direito, apresentando-o como um conceito interpretativo. E essa mudança de direção conduz à necessidade de se compreender como se dá em geral o fenômeno da interpretação: "mas se o direito é um conceito interpretativo, qualquer doutrina digna desse nome deve assentar sobre alguma concepção do que é interpretação (...) (DWORKIN, 2007, p. 60).

Na base dessas concepções sobre o que é a interpretação está a exigência estrutural de que há na interpretação uma intencionalidade (*point*), que atribui significado a algo. Dworkin (2007, p. 67) assenta essa ideia em Gadamer: "precisamos primeiro lembrar uma observação crucial de Gadamer, de que a interpretação deve pôr em prática uma intenção". A essa ideia acrescenta outra, de que "toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor ou de sucesso" (DWORKIN, 2007, p. 65).

Há, portanto, a depender do objeto a ser interpretado, diferentes tipos de interpretação. Em todos eles encontra-se a metáfora, muito empregada por Dworkin, de "colocar uma coisa sob a sua melhor luz". O fenômeno interpretativo assume que "'a coisa' tem um propósito e nós o examinamos tão compreensivamente o quanto podemos, para ver qual é a melhor maneira de enxergá-la" (GUEST, 2010, p. 32).

Para enquadrar o Direito em seu respectivo âmbito interpretativo, Dworkin apresenta quatro objetos de interpretação: a prática social, a arte, a ciência e a conversa. Cada objeto pressupõe formas diferentes de interpretação, cujos critérios para ver o interpretado "à sua melhor luz" variam conforme a natureza objeto.

Na interpretação conversacional, busca-se interpretar aquilo que as pessoas dizem. E nesse contexto, as intenções do autor (falante) – manifestadas em sons e sinais – são fundamentais para o sucesso dessa empreitada. Na interpretação científica, pelo menos em sua visão positivista, interessa interpretar os dados "aí no mundo", sob a clássica dicotomia sujeito-objeto. De forma semelhante à interpretação conversacional, haveria na interpretação científica "a metáfora de dados científicos que 'falam' com o cientista do mesmo modo que uma pessoa fala com a outra; ela mostra o cientista como alguém que se empenha em entender aquilo que os dados tentam dizer-lhe" (DWORKIN, 2007, p. 61).

Contudo, Dworkin atribuirá à interpretação artística e de práticas sociais outras características. A natureza de seus objetos as coloca no âmbito de um gênero que ele denomina "interpretação criativa", isto é, "ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica" (DWOKIN, 2007, p. 61).

Nesses dois tipos, a intenção envolvida na interpretação não se refere às intenções do falante (autor) ou dos dados científicos ("aí no mundo"), mas às intenções do intérprete: "os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete" (DWORKIN, 2007, p. 63). Por não ser uma conversação dirigida a um autor, a interpretação criativa não é conversacional, mas pressupõe uma "exposição construtiva da interpretação", na qual se busca "impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam" (DWORKIN, 2007, p. 63).

Pela natureza da interpretação criativa, Dworkin não considera aplicável, para os objetos por ela interpretados, a hipótese da intenção dos autores, segundo a qual "o que é valioso numa obra de arte, o que nos deveria levar a valorizar uma obra de arte mais do que outra, limita-se ao que o seu autor, em algum sentido estrito ou restrito, pretendeu colocar nela" (DWORKIN, 2006, p. 229). Segundo essa hipótese, para interpretar uma obra de arte ou uma prática social, dever-se-ia recuperar a intenção do autor da obra ou da comunidade na qual a prática se desenvolveu, numa espécie de diálogo ou conversa entre o intérprete e o(s) autor(es). Ele aponta, além do equívoco na forma de interpretação – ou seja, de utilizar a forma de interpretação conversacional à interpretação criativa –, as dificuldades inerentes a essa tarefa, como o acesso ao estado mental do autor da obra, de onde partiu uma intencionalidade e com o

qual não é possível um diálogo direto, ou como quando não existe um autor específico cuja mente possa ser analisada, como no caso das práticas sociais.

Um exemplo recente na cultura pop ilustra as questões controversas ligadas à hipótese das intenções do autor para a interpretação artística: o filme Matrix, de 1999, escrito e dirigido pelas irmãs Lilly e Lana Wachowski. Poder-se-ia interpretar o filme como sendo do gênero ficção científica, no qual há duas realidades pelas quais personagens transitam, após despertarem para a ilusão da realidade em que vivem. Sob essa premissa geral, o filme gerou uma grande discussão acerca do que se tratavam as duas realidades e do significado da pílula vermelha, como metáfora de escolha para a transição.

Interpretações de cunho existencialista, político e filosófico exploraram significados diversos para o filme. Contudo, poucas, ou quase nenhuma, haviam evidenciado aquilo que as diretoras – mulheres transexuais que à época de lançamento do filme eram ainda chamados irmãos Andy e Larry Wachowski – recentemente declaram ter sido a intenção de ambas ao criar o filme: uma metáfora para a transexualidade, processo pelo qual ambas estavam atravessando nos anos em que o filme foi realizado[1]. Trata-se de um exemplo em que a hipótese da intenção do autor não determina nem restringe os significados que a obra de arte pode alcançar.

Diante dessas questões, Dworkin reafirma que a interpretação criativa é, por natureza, o "relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra" (DWORKIN, 2007, p. 71).

Mas que tipo de interpretação se aplica ao Direito? Interpretar leis, constituições e precedentes deveria tomar a forma de uma interpretação conversacional? Muitas escolas de interpretação jurídica, como a Escola da Exegese, afirmavam que interpretação jurídica correta deveria levar em consideração a *mens legis*, uma espécie de essência, ou sentido verdadeiro e imanente à norma jurídica, que poderia, por meios de regras interpretativas tradicionais, ser desvelado pelo intérprete. Na impossibilidade de se compreender a essa essência do texto jurídico interpretado ou, o que é mais comum, diante de alguma lacuna, ponto obscuro e ambiguidade do texto – "casos difíceis", na linguagem de Dworkin –, dever-se-ia perscrutar a

[1] Disponível em: https://brasil.elpais.com/cultura/2021-06-11/matrix-o-classico-do-cinema-criado-como-uma-metafora-trans-agora-e-uma-arma-da-extrema-direita.html. Acesso em: 03/09/2022.

mens legislatoris, a intenção do legislador que criou a norma. Nesses casos, afirma o próprio Dworkin (2005, p. 219), "a maior parte da literatura presume que a interpretação de um documento consiste em descobrir o que seus autores (os legisladores ou os constituintes) queriam dizer ao usar as palavras que usaram".

Trata-se de uma perspectiva de interpretação muito própria do positivismo jurídico, no qual "interpretar cientificamente a lei é interpretar o que são os fatos claros do direito 'aí no mundo'" (GUEST, 2010, p. 37); ou seja, o direito posto, a normatividade pura, cujos sentidos nele imanentes estão aptos a serem captados pelo intérprete que com eles "dialoga". Na atividade jurisdicional, quando há falhas ou ruídos nessa "comunicação", o que é mais frequente nos casos difíceis, estaria aberta, segundo Dworkin, o flanco para a discricionariedade judicial em sentido forte, por onde se esvairia toda a segurança jurídica proposta pelo positivismo jurídico.

Mas esse não é caminho apontado por Dworkin, que entende a interpretação jurídica como sendo uma espécie do gênero da interpretação criativa, aproximando a análise da interpretação do Direito daquelas desenvolvidas na interpretação de práticas sociais e na arte, mais especificamente em sua expressão escrita, a literatura. Ao situar a interpretação jurídica nesse contexto, procura entender o direito como um conceito interpretativo a partir de aproximações, analogias e exemplos de interpretação nessas áreas, de onde extrai, por exemplo, sua célebre metáfora do "romance em cadeia", bem como a aplicação da hipótese estética ao Direito.

3 O DIREITO ENQUANTO PRÁTICA SOCIAL INTERPRETATIVA: O FLORESCIMENTO DA ATITUDE INTERPRETATIVA

Ao desenvolver a ideia de que o direito é um conceito interpretativo de uma prática social – e que essa interpretação deve ser construtiva – Dworkin (2007, p. 57) propõe, preliminarmente ao aprofundamento dessa tese, um exercício de retórica: a análise, em uma comunidade fictícia, de seu comportamento frente a regras de cortesia. Uma dessas regras diz, por exemplo, que "a cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres". Por algum tempo, essa regra tem um caráter de tabu e seu uso não é questionado nem modificado. Porém, com o passar dos anos, muitos passam a desenvolver uma "atitude interpretativa" em relação às regras de cortesia, afirmando que, independentemente do que elas determinam na

prática – como tirar o chapéu diante de nobres –, elas têm um valor, uma finalidade que serve a algum interesse ou propósito e que, portanto, devem ser preservadas.

Outra "atitude interpretativa" irá, pelo contrário afirmar que as exigências de cortesia podem não ser aquilo que sempre se imaginou que fossem. Essa atitude irá, então, afirmar que essas práticas são dependentes dessa finalidade "de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade" (DWORKIN, 2007, p. 57). A cortesia deixa de ser, assim, um ato mecânico e "cego", pois "as pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado" (DWORKIN, 2007, p. 58).

A "atitude interpretativa" de uma prática social, portanto, procura atribuir-lhe um significado que, na visão daqueles que o fazem, justificam a adoção de determinada regra de cortesia. Trata-se, dessa forma, de interpretar uma prática social. Dworkin utiliza desse exemplo para apresentar "uma abordagem teórica particularmente destinada a explicar a interpretação de práticas e estruturas sociais como a cortesia" (DWORKIN, 2007, p. 60).

Apesar das semelhanças entre a interpretação artística e a interpretação de uma prática social, como formas de interpretação construtiva, Dworkin apresenta uma forma refinada de aplicação desta interpretação ao estudo do direito enquanto prática social. E o faz por meio de uma distinção analítica entre três etapas da interpretação, "observando como são necessários, em uma comunidade, diferentes graus de consenso quando se tem em vista o florescimento da atitude interpretativa" (DWORKIN, 2007b, p. 81).

Primeiro, "deve haver uma etapa 'pré-interpretativa' na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática" (DWORKIN, 2007, p. 81). Ou seja, é preciso que sejam definidas, assim como se define o texto de um livro que se pretende interpretar, as hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido enquanto parte da prática social. No exemplo proposto por Dworkin, da comunidade fictícia em que se analisa a atitude interpretativa frente às regras de cortesia, essa fase diz respeito à identificação das práticas relacionadas à cortesia adotadas pela comunidade ("a cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres").

Em segundo lugar, "deve haver uma etapa interpretativa, em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa

pré-interpretativa" (DWORKIN, 2007, p. 81). Nessa fase, a instituição de cortesia do exemplo anterior (tirar o chapéu diante dos nobres) não pode ser encarada apenas como um ato mecânico ou uma deferência espontânea, mas requer uma justificativa, um significado que veja aquela prática em sua melhor luz (DWORKIN, 2007, p. 58).

Poder-se-ia afirmar que a prática de tirar o chapéu diante dos nobres é justificada por uma atitude de respeito em relação à hierarquia social, que determina todas as relações sociais de uma comunidade. Esse poderia ser o contexto inicial dessa prática de respeito. Porém, com o passar do tempo, a justificativa pode não mais se ajustar ao contexto inicial. A prática de respeito, expressa na retirada do chapéu diante dos nobres, como manifestação da cortesia, pode tornar-se anacrônica, pois a hierarquia social já não exerce a influência sócio-político-econômica que outrora exercia. Dworkin (2007, p. 59) oferece um possível indicativo para a ocorrência dessa mudança: "a concepção das pessoas sobre os fundamentos apropriados do respeito, por exemplo, pode variar de acordo com a posição social, idade ou sexo, ou algum outro atributo". Assim, poderia ser justificado que, em outros contextos, os beneficiários da prática sejam as mulheres, os idosos ou outro grupo social.

Por último, em relação ao intérprete da prática social, "deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa" (DWORKIN, 2007, p. 81). Assim, ele precisará "de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob sua melhor luz, e de juízos sobre se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo" (DWORKIN, 2007, p. 83). Nesse momento não há espaço para a neutralidade. O intérprete precisa engajar-se substantivamente acerca da prática social de modo a ajustá-la à justificativa aceita na fase anterior.

A atitude interpretativa desenvolvida ao longo dessas três fases permite que práticas sociais sejam compreendidas em diferentes contextos espaço-temporais, sem que atributos semânticos ou empíricos estejam necessariamente conectados àquela prática. O próprio Dworkin adverte: "por hipótese, não existe tal atributo: em uma etapa a cortesia é vista como uma questão de respeito; em outra como algo muito diferente" (DWORKIN, 2007, p. 85). Mas o que (não) permite que uma determinada prática social, como a cortesia, permaneça, apesar das consequências da etapa pós-interpretativa, a mesma instituição ao longo de todas as mudanças e adaptações sociais?

A questão da continuidade é relacionada à seguinte metáfora: “a instituição tem a continuidade [...] de uma corda constituída de inúmeros fios dos quais nenhum corre ao longo de todo o seu comprimento nem abarca em toda a sua largura” (DWORKIN, 2007, p. 85). Isto é, apesar das mudanças das práticas sociais (“os fios”), a instituição (“a corda”) permanece contínua, pois a retirada ou reformulação de uma prática social não a desconstitui, mas apenas a torna sensível às tensões e fricções da vida social.

Por isso que, analisando a evolução do direito, “podemos obter uma visão mais ampla de nossa cultura jurídica observando de que modo ela se desenvolve e como seu caráter geral muda através dos tempos” (DWORKIN, 2007, p. 111). Isso também nos permite afirmar que a instituição “direito” permanece contínua, porém seu propósito é constantemente reinterpretado de maneira construtiva em função da atitude interpretativa desenvolvida em contextos históricos diferenciados.

4 LITERATURA E DIREITO: DA HIPÓTESE ESTÉTICA À HIPÓTESE POLÍTICA

Em seu clássico ensaio, *De como o direito se assemelha à literatura*, publicado em 1985 na obra *Uma questão de princípio*, Dworkin compara a interpretação jurídica com a interpretação literária. O que permite tal comparação, como visto anteriormente, é que ambos os tipos de intepretação comungam da característica construtiva, ou seja, o que deveria guiar a interpretação de um texto, jurídico ou literário, não deveria ser exclusivamente as intenções do autor do texto, mas as do intérprete, por meio das quais se justificariam o texto como o melhor exemplo possível do gênero ao qual pertencem.

Ao analisar a interpretação literária, Dworkin defende que, pela natureza da interpretação envolvida, a hipótese da intenção do autor não se revela a mais adequada a esse empreendimento. Em seu lugar, propõe outra, chamada por ele de *hipótese estética*, segundo a qual “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte” (DWORKIN, 2005, p. 222). A hipótese estética dedica-se a apresentar não o significado de uma palavra ou expressão isolada num texto, mas um sentido amplo, no qual o que está em jogo é um “tipo de interpretação do significado de uma obra como um todo” (DWORKIN, 2005, p. 221).

Sob essa hipótese, interessa saber questões como, por exemplo: sobre o que se trata *A metamorfose*, de Franz Kafka? Qual a forma de ler essa obra revela-a como melhor obra de arte? O escritor e jornalista Modesto Carone, tradutor de Kafka para a edição em Língua Portuguesa da Editora Penguin-Companhia da Letras, aponta que:

> [...] uma bibliografia não muito recente sobre Kafka registra nada menos que 128 títulos dedicados exclusivamente à exegese dessa novela. As análises vão desde as de natureza teológica e sociológica até as históricas e estilísticas, passando pelas filosóficas (principalmente existencialistas) e por outras que se podem considerar psicanalíticas de destinação biográfica. (CARONE, 2011, p. 211)

Uma dessas tantas interpretações poderia enfatizar que a metamorfose de que se trata o livro é a do próprio protagonista, levando às últimas consequências a premissa lançada logo no primeiro parágrafo da obra: "Quando Gregor Samsa acordou de sonhos intranquilos, encontrou-se em sua cama metamorfoseado num inseto monstruoso" (KAFKA, 2011, p. 227). Nessa perspectiva interpretativa, a descrição naturalista de sua transformação num inseto abstém-se de explicar as causas verossímeis da metamorfose e desenvolve-se no sentido de acompanhar a sua progressiva desumanização e consequente alheamento social.

Interpretação diversa poderia propor que outras metamorfoses operam a partir da transformação de Gregor Samsa, utilizada neste caso apenas para, num recurso ao absurdo, apresentar e descrever a metamorfose de outros personagens:

> É como se o inseto, apesar de encarcerado no seu quarto, fosse sentido o tempo todo em casa canto da casa. No final, aliás, a irmã diz isso com todas as letras, quando exclama: 'Esse bicho nos persegue, expulsa os inquilinos, quer ocupar a casa inteira e fazer-nos dormir na rua'. Não é preciso dizer que nessa fala se consuma, de maneira cristalina, uma outra metamorfose – a metamorfose da família. (CARONE, 2011, p. 218)

De fato, a metamorfose de Gregor Samsa em um inseto – descrita, como de fato acontece na novela, por meio de uma narração realista, que não apela ao sonho ou à fábula para justificar esse evento inusitado – desencadeia a transformação de toda a família, cujos comportamentos e emoções diante do inseto – verossímeis diante de alguém que se transformou em um estorvo – revelam outro sentido para o título da obra.

As duas interpretações apontam para diferentes maneiras de se ler a novela da Kafka. Pela hipótese estética, ambas poderiam argumentar, como base no texto – e não nas possíveis intenções de Kafta ao escrevê-lo –, os sentidos que o revelariam como um texto literário melhor.

Nesse caso, a verossimilhança da metamorfose em inseto poderia ter sido um dos critérios empregados para as discordâncias interpretativas.

A vantagem do emprego da hipótese estética na interpretação artística é o ônus de se apresentar as razões pelas quais o intérprete afirma que uma leitura é melhor que a outra. E sobre isso é possível discordar racionalmente, sem apelar para as insondáveis intenções do autor da obra que, ao publicá-la, dela se desvincularam. Dworkin (2005, p. 227) afirma que a consequência dessa hipótese é que "as teorias acadêmicas da interpretação deixam de ser vistas como análises da própria ideia de interpretação e passam a ser candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação". Nesse sentido, "uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional" (MACEDO JÚNIOR, 2010, n.p.).

A interpretação jurídica é semelhante em muitos aspectos. Contudo, em vez de uma hipótese estética, utiliza como critério e referência uma *hipótese política*, pois "o *point*, a intencionalidade, do direito não é estético, mas antes político. A política é a finalidade ou o valor do direito" (MACEDO JÚNIOR, 2010, n.p.). Ao relacionar a interpretação literária com a interpretação jurídica, Dworkin (2005, p. 239) esclarece as semelhanças e as diferenças entre elas, reforçando a natureza da hipótese política aplicada ao Direito:

> [...] uma interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como considerações mais substantivas de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas a finalidade ou valor aqui não pode significar valor artístico. O direito é um prendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas.

Pensar a interpretação jurídica nesse sentido tem a vantagem de aproximá-la às exigências da interpretação em um Estado Democrático de Direito, que possui na constituição o *locus* interpretativo no qual se aplica a hipótese política para a interpretação do Direito em diferentes contextos e épocas. Dessa forma, afirma Dworkin (2007, p. 111), "podemos obter uma visão mais ampla de nossa cultura jurídica observando de que modo ela se desenvolve e como seu caráter geral muda através dos tempos". Nesse sentido, a Constituição, que apesar de permanecer enquanto texto – produto de um determinado contexto histórico – tem seu propósito

constantemente reinterpretado de maneira construtiva em função da atitude interpretativa desenvolvida em contextos históricos diferenciados.

5 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL À LUZ DO PARADIGMA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No contexto do paradigma de um Estado Democrático de Direito, a Constituição deve ser compreendida "[...] da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p.321). Isso requer, portanto, uma teoria da interpretação constitucional que leve em conta essa perspectiva filosófica.

Autores como Friedrich Müller e Peter Häberle qualificam a hermenêutica constitucional, conforme expõe Rodolfo Viana Pereira (2006, p.6), "[...] como concretização de um Direito arejado pelas considerações principialistas e que buscará, no primor argumentativo, a racionalidade necessária para justificar o controle do mero subjetivismo e, portanto, o respeito ao padrão de segurança jurídica e adequabilidade ínsitos ao Estado de Direito".

No desenvolvimento do Estado Constitucional, a constituição afigura-se, na proposta Niklas Luhmann, como o "acoplamento estrutural" entre o direito e a política:

> A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico, por isto mesmo o acoplamento proporciona nova comunicação, cuja consequência é a irritação do sistema parcial acoplado. (LIMA, 2010, p. 35)

Pensar a constituição nessa perspectiva qualifica a hipótese política como uma via adequada à hermenêutica constitucional, uma vez que, à luz de um Estado Democrático de Direito, toda interpretação do direito necessita se ajustar (material e formalmente) e se adequar (com seus propósitos e valores) à constituição, mostrando-a como a melhor justificativa jurídica, política e racional para a interpretação. As vias de interpretação baseadas unicamente em aspectos semânticos ou em intenções do autor mostram-se, em razão das exigências do atual

paradigma político-estatal, insuficientes ou, numa analogia às ideias de Dworkin, mostram o direito sob sua "pior luz".

No direito brasileiro há um caso recente de hermenêutica constitucional em de tal perspectiva mostrou-se decisiva para uma solução constitucionalmente adequada. Trata-se do reconhecimento judicial das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Na análise e interpretação dos dispositivos legais que regulamentavam a união estável – artigo 226, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[2]; e artigo 1.723 do Código Civil de 2002[3]) –, juristas divergiam acerca de sua aplicação aos casos em que casais homossexuais pleiteavam igual reconhecimento estatal para suas relações. Para muitos, o óbice semântico da expressão "entre o homem e a mulher", presente tanto na Constituição como no Código Civil, era intransponível e limitava qualquer possibilidade de divergência. Nessa perspectiva, muitos intérpretes argumentavam que "a regra era clara" e que o reconhecimento como entidade familiar de uma união entre pessoas do mesmo sexo dependeria de emenda constitucional que alterasse textualmente aquela expressão.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132. A ação foi julgada em 2011 e, por unanimidade dos votos dos ministros, saiu vencedora a tese de se estender aos casais homossexuais em união estável os mesmos direitos e deveres que possuem os casais heterossexuais em idêntica condição familiar. Em seu voto, o ministro relator justificou-o não em razão de aspectos semânticos do texto, mas se baseando na ideia de uma interpretação conforme a Constituição:

> Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.[4]

---

[2] "Para efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

[3] "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família".

[4] Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 11/06/2022.

Ao se orientar por essa concepção interpretativa da constituição, o ministro, na sequência de seu voto, apresenta as suas justificativas que o fizeram entender o reconhecimento judicial da união entre pessoal do mesmo sexo como uma entidade familiar como a expressão da melhor interpretação das regras e princípios constitucionais para o caso em análise.

Essa postura foi seguida pelos demais ministros, que igualmente apresentaram seus argumentos sobre a melhor interpretação para o caso. Argumentos que, em conjunto, expressaram o posicionamento da Corte sobre a interpretação que melhor se adequava à constituição, o que equivaleria a eleger uma hipótese política que justificava a decisão judicial. Ou seja, além de caracterizar a melhor resposta à questão substantiva em análise, considerou os aspectos construtivo, pluralista e democrático da hermenêutica constitucional em um paradigma de Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de um Estado Democrático de Direito, paradigma estatal inerente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a muitas outras advindas do movimento neoconstitucionalista surgido após a Segunda Guerra Mundial, pressupõe que a hermenêutica jurídica se oriente no sentido de concretizá-la em todos os âmbitos da vida pública e privada. A constituição torna-se, assim, o centro de gravidade em torno do qual orbitam todas as possibilidades de interpretações jurídicas que, para se afirmarem legítimas, necessitam com ela alinhar-se formal e materialmente.

Uma teoria da interpretação jurídica necessita, assim, não apenas dedicar-se à explicitação de sentidos semânticos de um texto, muito menos recorrer a uma hipótese interpretativa que busca sondar as intenções do autor (da lei ou da constituição), mas alinhar-se a uma justificativa racional e constante, sob o ponto de vista da moralidade política, dos sentidos atribuídos ao Direito e à Constituição. Uma teoria dessa natureza pressupõe também um processo que garanta os aspectos democrático e pluralista da hermenêutica constitucional, uma vez que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, direta ou indiretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Como foi exposto, a “atitude interpretativa” que Dworkin propõe que floresça na interpretação do Direito estende-se a todos aqueles que, numa sociedade aberta, interpretam a

constituição. Nessa perspectiva, a exigência de racionalidade argumentativa é o ônus que o intérprete tem ao desenvolver a hipótese política no direito, que passa a ser um empreendimento coletivo e interpretativo das práticas sociais à luz das regras e dos princípios constitucionais. Em resposta ao problema de pesquisa deste artigo, tais contributos da proposta interpretativa de Ronald Dworkin são significativos para o desenvolvimento de aspectos da hermenêutica constitucional alinhados ao paradigma de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CARONE, Modesto. Tradução e comentários. In: *Essencial Franz Kafka*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.* vol.1, n. 4, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007**.**

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009**.**

KAFKA, Franz. A metamorfose. In: *Essencial Franz Kafka*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos. In: Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, vol. 11, nº 1, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação. In: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da teoria do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.