

**The limitations of the positivist interpretation and the
contributions of Ronald Dworkin**

Guilherme Machado Casali²

Emanuela Cristina Andrade Lacerda³

Resumo: O Positivismo destaca, em sua essência, a pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico iluminada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação neste paradigma é limitada à descrição do Direito dentro de uma moldura, onde há diversas leituras possíveis. Neste norte a interpretação não pode ser contrária à norma. Mesmo que sejam dados meios de interpretação estes exaltam as formas deixando para segundo plano a realidade social e seus conflitos. A contribuição da obra de Ronald Dworkin reside nas críticas ao positivismo e sua nova forma de considerar o papel da interpretação. Em sua visão a interpretação deve contribuir para a evolução do Direito, completando a norma para dar-lhe uma aplicação o mais justa possível.

Palavras-chave: Interpretação; positivismo; justiça.

Abstract: The positivism stands out, in its essence, the hierarchy pyramid of the law enlighten by the Pure Theory of Law. The interpretation, in this paradigm, is limited to describing law into a given frame where there are different possible understandings. In this paradigm, interpretation cannot be against the norm. Even though there are means of interpretation, these only enhance the form not taking into consideration the social reality and its conflicts. The contribution of Ronald Dworkin's work is in his critics towards positivism and his new way of consider the role of interpretation. In his view, interpretation must contribute to the evolution of law giving it the most righteous application possible.

Key-words: interpretation; positivism; justice.

Introdução

O presente artigo foi desenvolvido com o objetivo de analisar, sob o paradigma do positivismo, qual a extensão ou limitação da atividade interpretativa da norma. Utilizou-se

¹ Artigo desenvolvido sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori. Endereço do currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5831740652814002>

² Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), linha de pesquisa: Hermenêutica e Princiologia Constitucional, Professora Orientadora: Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori. Gerente Jurídico do Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Joinville – IPREVILLE (SC), professor do Instituto de Ensino Superior de Joinville – IESVILLE (SC). Endereço postal: Rua Senador Felipe Schmidt, 362, ap. 503 – B, Centro – Joinville/SC, Cep.: 89.201-440. Telefone: (47) 3423-2523. Endereço eletrônico: casali@bigband.com.br. Endereço do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7200014151532713>

³ Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), linha de pesquisa: Hermenêutica e Princiologia Constitucional, Professor Orientador: Dr. Paulo Márcio Cruz. Advogada e Professora da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC). End. Rua Laura dos Santos Laurindo, nº 111, Praia Brava, Itajaí/SC, Fone: (47) 3346 1420. Endereço eletrônico: emanuelaadrade@univali.br. Endereço do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5588795638008808>

como base a publicação de Menelick de Carvalho Netto intitulada “A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin”, trazendo a tradução de texto de Hans Kelsen publicado no início da década de 1930 e de uma conferência proferida por Ronald Dworkin em 1990 em Tóquio.

Inicialmente destaca-se no pensamento de Hans Kelsen a sua teoria sobre o papel da interpretação sob a ótica do positivismo jurídico. Ressalta-se também que o limite da interpretação, a partir da análise de Norberto Bobbio, é o texto da lei.

Completa-se, a seguir, com as críticas de Ronald Dworkin – bem como daquelas dirigidas ao autor e por ele mesmo respondidas – que as limitações interpretativas impostas pelo positivismo devem ser superadas por um novo modelo que esteja de acordo com a finalidade do Direito, ou seja, a justiça.

Neste contexto conclui-se que o positivismo merece severas críticas principalmente quando impõe um limite à interpretação do direito reduzindo-o ao âmbito da lei.

1. O POSITIVISMO JURÍDICO E SEUS LIMITES INTERPRETATIVOS

Para Hans Kelsen o ordenamento jurídico “é uma estrutura hierárquica de normas legais supra ordenadas, cujas relações recíprocas são iluminadas pela análise estrutural empreendida pela Teoria Pura do Direito”⁴.

Levando em consideração esta pirâmide hierárquica, a complexidade do ato interpretativo está em considerar o movimento do nível mais alto para o nível mais baixo da estrutura, ou seja, individualizar a norma ao caso concreto através da decisão judicial ou de um ato administrativo⁵.

A norma superior determina não apenas o procedimento – apesar de ser a matéria predominante – mas “eventualmente também o conteúdo da norma a ser criada”⁶. Ainda que exista uma determinação deste conteúdo ela nunca é completa deixando alguma margem de

⁴ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin.** In: Cadernos da Escola do Legislativo. N. 05 jan/jun 1997, p. 31.

⁵ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin.** p. 32.

⁶ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin.** p. 32.

implementação possuindo “apenas o caráter de uma moldura a ser preenchida por meio desse ato”⁷.

Assim, Hans Kelsen afirma que:

[...] a norma a ser implementada é simplesmente uma moldura dentro da qual existem varias possibilidades de implementação, e todo ato que ficar dentro dessa moldura, preenchendo-a em algum sentido possível, esta de conformidade com a norma⁸.

Neste sentido a interpretação seria a descoberta da moldura e as possibilidades de sua implementação, não conduzindo a apenas uma solução correta, mas a “várias soluções, aferidas somente em confronto com a norma a ser aplicada, mesmo se considerando que apenas uma única delas se torna, no ato da decisão judicial, Direito positivo”⁹. Kelsen admite que a interpretação leva “invariavelmente, a um resultado possível, nunca a um único resultado correto”¹⁰.

O positivismo exige a interpretação na norma por deixar aberta várias possibilidades¹¹, possibilitando preencher lacunas¹² da lei. Entretanto este não concebe que, por meio da interpretação, possam-se criar novas normas.

A Teoria Pura destrói a visão de que as normas podem ser criadas por meio da cognição, uma visão que resulta, finalmente, da necessidade de se imaginar o Direito como um sistema fixo que regula todos os aspectos do comportamento humano, em particular, as atividades dos órgãos que aplicam a lei, acima de todos os tribunais. Sua função – e a da

⁷ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 33.

⁸ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 35.

⁹ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 35.

¹⁰ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 36.

¹¹ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 37.

¹² “Lacunas genuínas, no entanto, não existem. Uma lacuna verdadeira significaria que uma disputa legal não poderia ser decidida de acordo com as normas vigentes, por faltar a lei um provimento que trate do caso e, conseqüentemente, esta não poderia ser aplicada. [...] Teoricamente, portanto, não existem lacunas na lei. O legislados, no entanto, influenciado por uma teoria equivocada, pode, não obstante, pressupor a existência de lacunas, mesmo que talvez ele próprio não as considere como tais”. NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 39 e 42.

interpretação também – é serem vistos simplesmente como a descoberta das normas existentes, normas, então, que são simplesmente para serem reveladas de uma certa maneira. A ilusão da certeza legal é o que a teoria jurídica tradicional, deliberadamente ou não, se esforça para manter”¹³.

Para Kelsen a interpretação não pode extrair da norma um sentido que ela não possui¹⁴, se a interpretação tivesse o poder de criação do Direito se transferiria “do legislador para a autoridade que aplica a lei”¹⁵, transferindo do nível geral para o individual esta tarefa, e afirma que:

A formula das chamadas “lacunas da lei” é tipicamente ideológica, descrevendo a aplicação de uma lei num caso concreto como logicamente impossível sob o Direito, enquanto – julgado de acordo com o discernimento da autoridade aplicadora da lei – ele pode simplesmente ser impraticável em termos de política jurídica.¹⁶

Na análise histórica da produção legislativa realizada por Norberto Bobbio “o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de por ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para a intervenção na vida social”¹⁷. Assim, no paradigma do positivismo, concebido inclusive como ideologia^{18 19}, a concentração da produção jurídica se encontra na instância legislativa, reduzindo tudo o que pertence ao

¹³ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 38-39.

¹⁴ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 42.

¹⁵ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 43.

¹⁶ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 43.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de M. Pugliese, E. Bini e C. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 120.

¹⁸ Para Norberto Bobbio “a ambição do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. Pois bem, podemos dizer que ele não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito, pois, na realidade, ele parece não só um certo modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres constitutivos), como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia”. (*in O positivismo jurídico*. p. 223-224).

¹⁹ Luiz Alberto Warat afirma que “um dos legados do positivismo, ou do neopositivismo, aceito por Kelsen, corresponde à profunda repulsa a todas as formas de manifestação da ideologia. Assim o nosso autor via o fator ideológico como um tipo de obstáculo para a objetividade do conhecimento científico” conclui afirmando que “no caso da Teoria Pura do Direito, a tentativa de escudar a Ciência Jurídica com uma suposta neutralidade ideológica e política encobre o empenho, talvez inconsciente, de ideologizar esse saber, preservando, assim, seu poder” (*in. A pureza do poder*: uma análise crítica de teoria jurídica. Florianópolis, UFSC, 1983. p. 46 e 51).

mundo do direito à lei – isto é, os direitos e a justiça ao dispositivo legal – restando ao jurista a simples tarefa de buscar a vontade do legislador²⁰.

Luis Alberto Warat, analisando a obra de Hans Kelsen, afirma que o Direito Positivo desempenha um papel de legitimação do exercício do poder, da coação do Estado através de seus órgãos²¹.

Para Bobbio o combate ao positivismo pelo realismo jurídico deu-se pela identificação da tarefa e o método da ciência jurídica. Atribui-se ao legislativo a mente ativa ou criativa do direito, e à ciência jurídica ou jurisprudência, o momento teórico ou cognoscitivo do direito, visando sua aplicação.

A crítica ao positivismo se dá por sua “atividade puramente declarativa ou reprodutiva do direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado”²². Assim a tarefa da jurisprudência, segundo o positivismo jurídico, “não é a criação, mas a interpretação do direito”²³, sendo que a interpretação “consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos”²⁴. Este posicionamento é criticado por desconsiderar as exigências histórico-sociais mantendo uma “concepção estática da interpretação”²⁵.

O limite da interpretação, no paradigma positivista, é o texto da lei, podendo até integrar o seu texto (interpretação extratextual), mas nunca ser contra este (ou antitextual)²⁶.

²⁰ “La concepción Del derecho propia Del Estado de derecho, Del principio de legalidad y Del concepto de ley Del que hemos hablado era el «positivismo jurídico» como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho ductil**. Los Derechos y justicia. Traducción M. Gáscon. Madrid: Trotta, 1995, p. 33).

²¹ WARAT, Luiz Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica de teoria jurídica. Florianópolis, UFSC, 1983. p. 45.

²² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 211.

²³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 212.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 213.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 214.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 214.

Os meios de interpretação mais comum deverá ser o textual, que, “para reconstituir a vontade que o legislador expressou na lei”²⁷, se utilizam o meio léxico (ou interpretação gramatical), meio teleológico (ou interpretação lógica – buscando-se o motivo ou a finalidade da norma), meio sistemático (esclarece-se o conteúdo na norma em relação às demais) e o meio histórico (estudo dos trabalhos que antecederam a elaboração da lei, conhecendo que intenções prevaleceram na sua elaboração)²⁸.

Na interpretação extratextual, principalmente quando ocorrem lacunas – como mencionado anteriormente – tem-se como meio de interpretação a analogia²⁹, admitindo a integração do direito pela jurisprudência³⁰, sendo que esta integração ocorre “com meios predispostos pelo próprio ordenamento (*auto-integração*)”³¹. Os meios de interpretação seriam a *analogia legis* (que resulta da comunhão da *ratio legis* entre dois casos tornando legítimo o raciocínio), a interpretação extensiva (aplica-se a mesma norma a um caso por ela não previsto, mas similar) e a *analogia jùris* (consiste em um processo de abstração – de extrair os princípios gerais do ordenamento jurídico – e de subsunção – aplicação ao caso não disciplinado pelas normas singulares expressas)³².

Tem-se, portanto, que a maior crítica que o positivismo sofre decorre da prevalência das formas, dos conceitos jurídicos abstratos e das deduções lógicas decorrentes destes conceitos, relegando a segundo plano a realidade social e seus conflitos de interesse³³. Segundo Norberto Bobbio, o realismo jurídico concebe que o mister da jurisprudência é:

extrair do estudo de uma dada realidade (o direito, considerado como um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis, que permitam formular previsões sobre futuros comportamentos humanos (particularmente, prever as decisões que os juízes tomarão para os casos que deverão julgar)³⁴.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 214.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 214-215.

²⁹ “A integração do direito ocorre principalmente mediante a *interpretação analógica* (a assim dita *analogia legis*), fundada no raciocínio por analogia. [...]. Para que não seja admitido, é necessário que seja expressamente proibido pelo direito, o que ocorre principalmente para a lei penal.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 216.

³⁰ “Tal integração não é uma atividade *qualitativamente* diferente da interpretação (não é, portanto, uma atividade criativa), mas ao contrário, é uma species particular do genus interpretação.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 215.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 215.

³² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 218-220.

³³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 221.

Diante destes questionamentos várias críticas são formuladas ao positivismo, tendo o americano Ronald Dworkin como um de seus expoentes.

2. A INTERPRETAÇÃO PARA RONALD DWORKIN: CRÍTICA AO MODELO POSITIVISTA

Para o autor anglo-saxão, estudando as obras de John Austin e H.L.A. Hart, as proposições de Direito no positivismo somente podem ser verdadeiras em virtude dos eventos históricos – onde um soberano tenha editado tal comando³⁵ – ou sociológico – em que o público em geral ou as autoridades de uma comunidade aceitam um princípio geral³⁶. Assim, “descobre-se qual é o Direito simplesmente voltando à história a fim de encontrarmos o que o Direito efetivamente tem feito através dos atos históricos”³⁷. A discordância no positivismo está sobre o que o Direito deveria ser³⁸.

Dworkin afirma que:

Precisamos de uma teoria do Direito, uma resposta às nossas questões que não nos leve à surpreendente conclusão de que o desacordo que parece tão genuíno e tão absorvente seria, na verdade, ilusório. Eis o motivo pelo qual tentei defender um tipo de resposta distinta da positivista. Essa outra resposta encontra o cerne do Direito não apenas nas decisões oficiais do passado, mas também no processo de interpretação das decisões tomadas no passado³⁹.

O autor coloca o desenvolvimento do Direito com uma comparação a um “romance em cadeia”, onde cada capítulo seria escrito por um autor diferente que desenvolveria o

³⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 222.

³⁵ “John Austin disse [...] que ‘Direito é o comando do soberano’. [...] um soberano, uma pessoa dotada de poder político ilimitado, que edita uma ordem para aquele efeito. Essa é a única coisa, de acordo com Austin, que pode fazer verdadeira proposição de Direito”. NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. p. 48-49.

³⁶ “H.L.A. Hart [...] disse que as proposições de Direito são consideradas verdadeiras, mais fundamentalmente, em virtude de um fato sociológico: o de que o público em geral ou, pelo menos, as autoridades de uma comunidade tenham aceitado um princípio geral, que ele chama de uma Regra de Reconhecimento, estipulando procedimentos e condições que fazem válidas as leis”. NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. p. 49.

³⁷ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. p. 49.

³⁸ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. p. 50.

³⁹ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin**. p. 50.

romance da melhor maneira possível⁴⁰. A interpretação deveria tomar consideração o Direito desenvolvido até aquele momento, enquanto que a invenção seria “fazer um Direito ‘novo em folha’, sem responsabilidade para com o passado”⁴¹, tarefa esta do legislador.

Exemplifica afirmando:

mesmo quando algumas opiniões jurídicas de um juiz refletirem sua convicção política, haverá, apesar disso, uma diferença para cada juiz entre a interpretação da estória até aquele ponto e a decisão de como ele a regulamentaria se não houvesse qualquer estória até então⁴².

Esta posição de se fazer da interpretação “uma tentativa de se fazer de uma estória a melhor estória possível”⁴³ é criticada. Responde à crítica dizendo que em ponto de vista “a interpretação objetiva melhorar o objeto da interpretação”⁴⁴, e não apenas descrever o objeto da interpretação com precisão.

Outra crítica é de que ao melhorar a estória ter-se-ia “o efeito indesejável de fazer o Direito parecer mais atraente do que realmente é”⁴⁵, a resposta dada por Dworkin é que em alguns momentos a melhor interpretação é justamente mostrar algo tão mau quanto ele o é⁴⁶.

A terceira e mais polêmica crítica está no questionamento sobre a existência de uma única resposta correta, destacando a subjetividade da interpretação e que o Direito se tornaria mais subjetivo do que objetivo.⁴⁷

⁴⁰ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 51.

⁴¹ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 52.

⁴² NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 52.

⁴³ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 53.

⁴⁴ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 54.

⁴⁵ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 54.

⁴⁶ “Não podemos ser totalmente bem-sucedidos ao explicarmos o Holocausto como o comportamento de pessoas racionais. Mas, ainda assim, a interpretação ou a interpretação histórica exigem que façamos o melhor que pudermos. E isso significa que precisamos atribuir aos monstros que estavam no comando, por ocasião do fato histórico, motivos que dêem sentido ao que eles fizeram. Uma vez que fizermos isso, é claro, então, que estaremos fazendo o melhor que podemos, dando o propósito a esse tipo de interpretação. Fazer o melhor que pudermos, no entanto, significa mostrá-los como eles eram, e isso significa mostrá-los como bestas”. NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 67.

Dworkin destaca que dentre as várias interpretações (jurídica, literária, artística, estética, científica, psicanalítica) como se pode distinguir entre os diferentes tipos de interpretação. Pensa-se “tipicamente, na interpretação como algo que pode ser feito melhor ou pior, que uma interpretação pode ser verdadeira ou falsa”⁴⁸, entretanto a teoria geral da interpretação precisa deixar espaço para o ceticismo⁴⁹.

Propõe uma interpretação construtivista (romance em cadeia) onde se observa o propósito, a finalidade do Direito, e destaca duas versões

A primeira insiste que o Direito existe para prover certeza e regulação, a fim de que a vida coletiva possa ser mais eficiente, de modo que as pessoas possam planejar suas vidas sabendo quais regras a política ou o Estado vai obrigá-las a cumprir. Agora, se alguém assumisse essa visão da finalidade do Direito, alegando, grosso modo, que o Direito existe para permitir que a sociedade funcione eficientemente, a despeito do fato de as pessoas discordarem acerca da justiça e da moralidade – ele tenderia a ter uma abordagem positivista do Direito. Especificamente, ele tenderia a acolher a visão ontológica de que o Direito existe apenas na forma de decisões explícitas do passado tomadas por autoridades políticas, e que podem ser lidas e conhecidas⁵⁰.

A interpretação irá variar de acordo com a visão do propósito do Direito que se adota. Rompendo com o paradigma positivista afirma que o Direito deveria ser mais do que servir ao propósito de estabilidade, devendo servir à comunidade tornando o governo mais coerente em seus princípios. Desta forma, também em casos particulares o propósito de “integridade da regência” – que implica que a comunidade seja regida por princípios – é tão ou mais importante que a previsibilidade e a certeza⁵¹. Para tanto o Direito não deve se separar da moral⁵².

⁴⁷ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 54.

⁴⁸ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 56.

⁴⁹ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 57. “[...] o ceticismo sempre se apresenta quando lidamos com assuntos que as pessoas sentem, profundamente, como uma questão de convicção, mas sobre os quais discordam entre si, sem que nenhuma delas possa provar que está certa” NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 59.

⁵⁰ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 60.

Tendo em conta uma teoria geral da interpretação tem-se que

a interpretação vinculada à prática é regida pelo sentido de propósito ou finalidade que se atribui a essa prática, ou que a interpretação vinculada à prática é sensível ao sentido da finalidade a essa prática atribuído, ao *telos* dessa prática⁵³.

O Direito tem como base interpretativa “o fazer de toda uma sociedade ou civilização num longo período de tempo, por séculos até”, assim, acuidade em interpretação jurídica é “fazer o Direito tão justo quanto possamos”⁵⁴, “significa fazer o melhor dele, tendo em vista aquilo que acreditamos ser a visão correta da finalidade desse empreendimento em questão”⁵⁵. Desta forma, observando o âmbito da interpretação do Direito, para Dworkin, naturalmente existem respostas corretas.

Se estiver certo, em afirmar que a interpretação no Direito é sensível à visão que se tem sobre o objetivo do próprio Direito, e que o objetivo do Direito tem algo a ver com Justiça, a incerteza jurídica seria, portanto, uma simples derivação da incerteza moral ou política. Se somos céticos a respeito do Direito, se queremos dizer: “Oh, não existe uma resposta correta para um caso realmente difícil”, isso deve ser porque somos céticos em relação à moralidade política. Se pensamos existir uma resposta correta para as questões de justiça, pensamos, assim, que existem respostas corretas para as questões de direito, mesmo para as mais intrincadas e sobre as quais os professores de Direito e os juízes discordem⁵⁶.

Para o autor, o Direito é em grande parte filosofia, e se a natureza da interpretação for melhor detalhada e mais sofisticada, muitos aspectos importantes serão esclarecidos⁵⁷.

⁵¹ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 61.

⁵² “Se desejamos que o Direito seja coerente com os princípios, é necessário que não entendamos o Direito, até onde for possível, como algo absolutamente separado da moral, e não tomemos decisões que sejam moralmente arbitrárias” NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 62.

⁵³ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 66.

⁵⁴ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 67.

⁵⁵ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 68.

⁵⁶ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 69.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No paradigma do positivismo a limitação da interpretação se dá pela própria delimitação da ciência do Direito em descrever, dentro de uma moldura, o quadro de leituras possíveis, e, destas leituras possíveis, a autoridade competente faria a escolha discricionária no momento da aplicação – quer ao dar uma sentença ou em um ato administrativo. Desta forma várias decisões corretas e possíveis poderiam advir. O mérito é justamente de se reconhecer a ambigüidade, e até mesmo a vagueza, da norma, tendo o intérprete à incumbência de observar as diversas aplicações possíveis.

Neste modelo semântico-sintático resta pouco, ou quase nada, ao jurista, pois tudo o que pertence ao mundo do direito está limitado à lei, ou melhor, ao dispositivo legal, à hermenêutica caberia apenas tarefa de buscar a vontade do legislador.

A crítica de Ronald Dworkin deve ser levada a sério. Ainda que sua teoria não tenha angariado seguidores, indiscutível é o fato de que o autor se coloca contra o positivismo jurídico, propondo-se a encontrar outra finalidade do Direito, onde a comunidade deveria ser regida por princípios.

A interpretação, a seu ver, deve contribuir para melhorar o objeto da interpretação. Tendo em conta que toda interpretação deve levar em consideração o seu contexto, também a interpretação jurídica deve considerar o propósito do Direito. Destarte, Dworkin conclui afirmando que se deve fazer o Direito o mais justo possível.

Deste modo, não apenas se propõe apenas uma nova visão do Direito, como também uma nova hermenêutica, onde o Direito não se confunde com o texto da norma. A interpretação contribui para a evolução do Direito, completando a norma para dar-lhe uma aplicação o mais justa possível.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de M. Pugliese, E. Bini e C. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

⁵⁷ NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. p. 71.

NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis**: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *In*: Cadernos da Escola do Legislativo. n. 05 jan/jun 1997.

WARAT, Luiz Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica de teoria jurídica. Florianópolis, UFSC, 1983.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho ductil**. Los Derechos y justicia. Traducción M. Gáscon. Madrid: Trotta, 1995.