

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM

MEANING, PROCESS AND LANGUAGE

Ivan Pinheiro de Figueiredo ¹

Resumo

Os ataques de Wittgenstein deferidos contra a construção de métodos de extração do significado proposicional através de linguagens artificiais e formalizadas alterou a lógica dirigente do processo de significação. A partir desse ponto, o processo de definição do significado perdeu seu apoio puramente lógico e teve exposta a sua infiltração pela prática social. Não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações buscase analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea.

Palavras-chave: Linguagem, Direito, Decisão, Filosofia

Abstract/Resumen/Résumé

The attacks made by Wittgenstein against the construction of artificial languages and formalized methods of discovering the meaning changed the logic governing the process of signification. From that point, the definition process lost its purely logical support and was permeated by social practices. Proposition cannot be understood out of context, and the context means within the extension that a community determines and acts when fronted with it. From these considerations, this work tries to analyze how the philosophy of law reacted to these changes, which were the outputs proposed in contemporary philosophy of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Language, Law, Decision, Philosophy

¹ Mestrando em direito na UNESP/Franca. Especialista em direito processual civil pela FDRP/USP

1. Introdução

A superação de uma visão que sustentou a possibilidade de utilização da lógica como instrumento para a purificação do significado de enunciados linguísticos, principalmente a partir de mudanças promovidas por filósofos da linguagem após o primeiro quartel do século passado, importa em grandes mudanças na filosofia do direito.

O ato de seguir regras, e, conseqüentemente, a decisão judicial que relaciona uma regra a um comportamento, teve o seu ínterim analisado. Com isso não é mais possível encerrar o processo de realização do significado de proposições linguísticas, inclusive, por óbvio, as legais, no ato de adequação entre fórmulas linguísticas. A significação toma forma distinta, contida pelos dados contextuais e referenciada ao comportamento de uma dada sociedade. Esses dois pontos são os que conferem estabilidade à linguagem do direito, e são eles que serão analisados neste trabalho.

2. Duas visões da linguagem

Desenvolvido principalmente a partir do Século XIX, o chamado positivismo legalista pretendia emancipar o direito de necessidades cotidianas, neutralizando o seu caráter político a partir da dogmática jurídica, atividade limitada ao trabalho com formas abstratas (FERRAZ JUNIOR, 2013. p. 54 e ss). A realização do direito seria concebida como processo de adequação meramente formal do texto legal à situação fática, igualando-se texto e norma jurídica em um sistema no qual “questões de conteúdo não podem desempenhar nenhum papel” e “normas naturais ou éticas não têm nenhum interesse” (MÜLLER, 2013. p. 96 e ss).

A tentativa de limitação do campo específico de atuação da ciência jurídica ao texto legal, encampada pelo positivismo legalista, partilha algumas bases filosóficas com movimentos identificáveis em outras áreas do conhecimento. Na filosofia da linguagem, separar a linguagem de qualquer contaminação que pudesse comprometer a produção de conhecimento científico foi anseio tanto de Charles Sanders Peirce, lógico que teria sido responsável pela formulação do termo “semiótica”, e de Ludwig Wittgenstein em sua primeira fase, como dos filósofos do Círculo de Viena, a exemplo de Rudolf Carnap.

A despeito de todos os aspectos não compartilhados, a pretensão de fixar significados linguísticos a partir de uma linguagem artificial da qual seria possível deduzir o significado de qualquer proposição, pode ser indicada como projeto comum das concepções formalistas do direito e da filosofia em geral. Se a comunicação é ultimada através da linguagem, construir

uma linguagem artificial e formalizada que abstraia impurezas não científicas passa a ser, naturalmente, o anseio de todos aqueles que pretendem fazer ciência.

A preocupação de Peirce com a fixação do significado de termos linguísticos resultou na criação de uma “ética da terminologia”, pois “(...) a trama de todo o pensamento e de toda pesquisa são símbolos; assim, é errado dizer que uma boa linguagem é simplesmente *importante* para um bom pensamento, pois ela é a própria essência deste” (PEIRCE, 2012, p. 39). Para cumprir a tarefa procurou delinear, a partir de tricotomias,¹ uma teoria dos signos capaz de depurar a linguagem em significações precisas fundadas na existência de uma ligação física direta entre signo e coisa significada, levada a termo pela categoria dos Índices (PEIRCE, 2012, p. 10-11).

Outras teorias buscaram atacar o problema da plurissignificação de dados linguísticos com a finalidade de propiciar tratamento de problemas científicos importantes de maneira precisa. A questão recebeu tratamento sofisticado no livro “Tractatus Logico-Philosophicus”, de Wittgenstein. Publicado em 1921, o livro tinha como base a conhecida assunção de que existiria um limite entre o dizível e o inefável, e que “[o] limite será, pois, traçado unicamente no interior da língua; tudo o que fica além dele será simplesmente absurdo”. (WITTGENSTEIN, 1968, p. 53). Pressupondo a existência de um isomorfismo entre a linguagem e os fatos,² Wittgenstein defendeu a possibilidade de identificação de uma ordem categorial comum ao mundo e a linguagem. Essa ordem categorial seria exposta depois da análise da linguagem e revelaria as possibilidades combinatórias compartilhadas pelo mundo e pela representação.

A análise da linguagem, nos termos propostos por Wittgenstein, demonstraria o limite entre dizível e inefável. Fariam sentido, e portanto seriam dizíveis, apenas proposições que seguissem a sintaxe lógica responsável por orientar as possibilidades combinatórias que uniriam linguagem e mundo, visto que “as relações assim estabelecidas entre os sinais poderiam ser descritas, na medida em que permaneceriam sendo relações externas. Essa descrição nos diria quais são as únicas conexões em que uma palavra faz sentido, que é o que Wittgenstein chama

¹ A mais importante das divisões seria a compreendida por Ícones, Índices e Símbolos (PEIRCE, Charles Sanders. Ícone, índice e símbolo. In: PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. p. 63-76.).

² O mundo seria a totalidade dos fatos (TLP 1), os fatos seriam decomponíveis em fatos atômicos (TLP 2.034) formados, por sua vez, por objetos simples indivisíveis (TLP 2, 2.01). De outro lado, as representações dos fatos seriam feitas através de figuras (TLP 2.1), compreendidas como modelos da realidade (TLP 2.12). A figura estaria ligada à realidade através da forma lógica, a forma de representação (TLP 2.18). (WITTGENSTEIN, 1968, §§ 1 e 2).

(...) de sintaxe” (CUTER, 1994, p. 176). Tudo o que não respeitasse a sintaxe lógica comum ao mundo e à representação estaria além da fronteira do significado linguístico e não poderia ser analisado. Esse seria o caso das proposições da lógica, chamadas “andaimes do mundo”, pois elas mesmas não poderiam ser analisadas e deveriam ser apenas conhecidas, de forma que “[a]o conhecermos a sintaxe lógica de uma linguagem simbólica qualquer, já estão dadas todas as proposições da lógica” (WITTGENSTEIN, 1968, § 6.124).³

Na esteira da formulação proposta por Wittgenstein, filósofos integrantes do Círculo de Viena pretendiam extirpar qualquer elemento metafísico da linguagem científica. Partindo expressamente das teses expostas no “Tractatus Logico-Philosophicus”, fundiram o empirismo com a lógica. Os dados empíricos, extraídos do cotejo entre linguagem e experiência sensível, seriam responsáveis por fornecer valores de verdade às proposições. A lógica, de outro lado, condicionaria a possibilidade de sentido de uma proposição. Desse modo, “(...) uma frase somente pode ser usada para asseverar uma proposição empírica, se de fato for utilizada para asseverar algo. Se algo estivesse disposto, em princípio, além da experiência possível, sobre isso não se poderia falar, pensar ou perguntar” (CARNAP, 1959, p. 76).

O positivismo lógico teve como um de seus pilares centrais a estanque divisão entre proposições analíticas e sintéticas. Analítica seria o nome dado à classe de verdades tautológicas, verdadeiras em razão do significado de seus próprios termos (PUTNAM, 2003, p. 7-46). Ou seja, “uma proposição é analítica quando é verdade pela virtude do significado, independentemente de um fato” (QUINE, 1951, p. 21). Ato contínuo, foi desenvolvida uma classificação tricotômica das proposições, que poderiam ser: (i) verdadeiras ou falsas em razão de regras de linguagens construídas artificialmente com base na lógica (analíticas), (ii) testáveis em confronto com dados empíricos (sintéticas), ou (iii) desprovidas de sentido (PUTNAM, 2003, p. 10). As definições da lógica e da matemática confeririam os andaimes para a construção da linguagem capaz de, cotejada com fatos, definir a veracidade de uma proposição. Isso em razão de preceitos fundados na lógica, ou tautologias, independerem de fundamentação, ou, em outros termos, de neles haver uma fundamentação circular. Tome-se, como exemplo, a famosa proposição “todos os solteiros são não casados”, verdadeira em razão unicamente do significado de seus termos.

³ É preciso destacar que a construção do Tractatus deferia posição importante para os problemas postos além do campo científico; tanto é que afirma-se: “Existe com certeza o indizível. Isto se *mostra*, é o que é místico” (WITTGENSTEIN, 1968, § 6.522).

A existência da cisão analítico/sintético, e portanto a própria existência de proposições analíticas, vazias de conteúdo fático, somente poderia ser concebida em função do significado de “fato”. Ou seja:

(...) “pertencer à linguagem da ciência” é (do ponto de vista positivista) um critério de significação científica, mas nem todo enunciado cientificamente significativo é um enunciado sobre um fato; dentro do cientificamente dotado de significado há, de acordo com os positivistas, proposições analíticas como também sintéticas (ou seja, factuais). Então, a procura por uma demarcação satisfatória do “factual” passou a ser uma busca por um meio satisfatório de definir a distinção entre analítico e sintético (PUTNAM, 2003, p. 29).

O problema da definição de fato para fins de conceituação de analiticidade foi resolvido pelos positivistas lógicos através da possibilidade de acesso através da experiência. Fato seria aquilo capaz de ser certificado através da mera observação ou relato de uma experiência sensível (PUTNAM, 2003, p. 22). A partir dessa classificação era possível separar claramente valor/fato, proposições analíticas/sintéticas e, portanto, as linguagens científicas das ordinárias. Essa estrutura, todavia, apoiada nas divisões estritas entre proposições analíticas e sintéticas e, por conseguinte, entre questões de fato e de valor, não suportou a análise profunda de suas bases e começou a ruir. Wittgenstein percebeu de categorização lógica ao tratar das cores. O *Tractatus* dependia da existência de signos simples primitivos, o que é dito por Wittgenstein quando afirma que

A proposição que trata de um complexo acha-se numa relação interna com a proposição que trata das partes constituintes d'ele. O complexo só pode ser dado por sua descrição, e esta concordará ou não concordará com ele. A proposição que se ocupa de um complexo inexistente não será absurda, mas simplesmente falsa. Que um elemento proposicional designa um complexo, isto pode ser visto graças a uma indeterminabilidade na proposição na qual ele aparece. Sabemos por esta proposição que nem tudo está determinado. (A designação da universalidade já contém, com efeito, uma protofiguração.) A reunião dos símbolos de um complexo em um símbolo simples pode ser expressa por uma definição. Existe apenas uma e uma única análise completa da proposição. (WITTGENSTEIN, 1968, § 3.24-3.25).

Nota-se daí que a única análise completa da proposição seria aquela que, orientada pela sintaxe lógica, chegasse até os signos simples (nomes) referidos a objetos também simples. Na análise de proposições que tratam de cores, contudo, há um complicador, pois cores, a exemplo de “vermelho” e “azul”, ou têm que ser signos simples (nomes), ou então, não sendo nomes, seriam decomponíveis em signos simples. De outro lado, sendo nomes e pertencendo, evidentemente, à mesma categoria lógica, “isto é vermelho” e “isto é azul” seriam proposições elementares, mas contraditórias. Dado que o produto lógico de duas proposições elementares não pode ser contraditório, os conceitos de cor, aparentemente simples, seriam complexos e formalmente incompatíveis. As expressões de cor teriam de ser, então, definíveis em signos simples. (BARBOSA FILHO, 2008, p. 149 e ss). Wittgenstein tenta resolver esse problema em

seu artigo “Some remarks on logical form”, e para tanto abre mão de quase toda a essência do *Tractatus*, chegando a propor que “regras da sintaxe lógica deverão ser completadas *a posteriori*, não podendo ‘ser formuladas até que tenhamos efetivamente atingido a análise última dos fenômenos’” (WITTGENSTEIN, 1929, p.162-171). Com isso assume premissa que “desintegra o caráter *a priori* da sintaxe” ao mesmo tempo em que abandona a universalidade das regras sintáticas e a univocidade dos signos lógicos, rompendo com a estrutura própria do *Tractatus*. (BARBOSA FILHO, 2008, p. 151-2).

Não obstante as tentativas constantes de “Some remarks...” (WITTGENSTEIN, 1929), o problema percebido por Wittgenstein mostrou-se insolúvel caso mantidas as premissas tractarianas. Com efeito, as anotações quanto a possibilidade de formalização da linguagem e, por consequência, da possibilidade de análise total da proposição a partir da sintaxe lógica, bem como a subsequente descaracterização dessa tese, são rejeitadas de maneira enfática em período posterior, quando é iniciada a chamada “segunda fase” de sua obra.

Um outro ataque às fundações do edifício positivista merece destaque, embora parta de uma perspectiva diferente da qual partiu Wittgenstein em “Some remarks...”. Willard Quine, no conhecido texto “Two dogmas of empirism”, formula crítica em relação ao que chamou de “dois dogmas do empirismo” (ou positivismo lógico): a existência de proposições analíticas e o reducionismo. (QUINE, 1951).

A investigação de Quine é inicialmente dirigida para a concepção de proposição analítica, definida como verdadeira em função do significado de seus próprios termos independentemente de um fato. Se a frase “todo solteiro é não casado” tem status de proposição analítica, isso se deve a “solteiro” integrar a definição de “não casado”, o que torna possível a substituição de um termo por outro sem alteração do valor de verdade da proposição. Daí segue a pergunta de Quine: “Mas como sabemos que ‘solteiro’ é definido como ‘não casado’?”. (QUINE, 1951, p, 24). Uma alternativa seria recorrer à definição de “solteiro” oferecida pelo dicionário. Ocorre que tal procedimento percorre em sentido contrário o caminho que resulta na fixação do significado de um termo. O dicionário é um “cientista empírico cujo negócio é recordar fatos antecedentes”, e se nele “solteiro” e “não casado” são registrados como sinônimos, isso ocorre por serem essas palavras usadas como sinônimos em uma determinada comunidade, e não por existir alguma essência compartilhada por elas (QUINE, 1951, p. 24). Segundo Quine, trata-se, na verdade, de notar que algumas palavras, a depender do contexto, podem ser tratadas como sinônimos, ao mesmo tempo em que, em um contexto diverso, perdem

essa característica (QUINE, 1951, p. 25). A relação existente entre termos linguísticos, portanto, depende do contexto fático no qual a comunicação está inserida.

A partir daí, Quine conclui que o significado de uma expressão depende tanto da linguagem como de dados extralinguísticos, contextuais e contingentes. Ou seja, “(...) a fronteira entre proposições analíticas e sintéticas simplesmente não foi traçada. Que de fato exista essa fronteira a ser traçada é um dogma não empírico dos empiristas, um artigo metafísico de fé” (QUINE, 1951, p. 34).⁴ Então, sugere que a totalidade do conhecimento, das questões mais casuais até as mais complexas, como a matemática e a lógica, seja compreendida como construção humana contingente, organizada como um campo de força. As extremidades desse campo, e apenas elas, deveriam ser mantidas acordes com a experiência sensível, enquanto a parte central, com todos os mitos ou ficções, como a lógica e a matemática, teria como objetivo conservar leis que mantivessem a simplicidade do sistema (QUINE, 1951, p. 42). Ou seja, o ser humano nasceria com uma herança científica acrescida de uma barreira de conhecimento sensível em contínua expansão; as considerações que o guiam para adequar essa expansão sensorial ao restante do sistema seriam, quando racionais, de ordem pragmática. (QUINE, 1951, p. 43).

De “Two dogmas ...” importam mais as objeções levantadas do que as conclusões oferecidas. Perceber o fracasso da concepção que pretende orientar a linguagem a partir de termos cuja definição prescindia de orientações contextuais torna necessária a construção de um novo ponto de apoio para a compreensão do significado.

A empresa do chamado “segundo Wittgenstein” é precisamente essa. Para tanto, abandona o cálculo lógico, passando a compreender a linguagem como um complexo de jogos. Nessa fase, Wittgenstein percebe que atrás da figuração estão costumes ligados a formas de vida. Se “[a] proposição funciona no contexto de outras proposições ligadas a práticas que jogam com a linguagem”, o modo como são definidas categorias de palavras é também maleável (GIANONTTI, 2013. p. 228-9). Em outras palavras: “(...) o modo como agrupamos palavras em categorias dependerá do objetivo da classificação – e também de nossa própria inclinação” (WITTGENSTEIN, 1986, p. 8).⁵ O significado, então, passa a estar atracado à dinâmica social, ao modo de vida da sociedade. Nos termos de Wittgenstein:

⁴ T. do autor. No original: “(...) a boundary between analytic and synthetic statements simply has not been drawn. That there is such a distinction to be drawn at all is an unempirical dogma of empiricists, a metaphysical article of faith”.

⁵ T. do autor. No original: “But how we group words into kinds will depend on the aim of the classification,—and on our own inclination.

Mas quantos tipos de locução existem? Digamos, asserção, questão e comando? – Existem *incontáveis* tipos: incontáveis tipos diferentes de uso de algo que chamamos “símbolos”, “palavras”, “frases”. E essa multiplicidade não é algo fixado, dado de uma vez por todas, mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, como podemos chamá-los, vêm à existência, e outros tornam-se obsoletos e são esquecidos. (...) Aqui, o termo “*jogo de linguagem*” traz à proeminência o fato de que *falar* uma linguagem é parte de uma atividade, ou de uma forma de vida. (PI, 23).⁶

O significado não pode estar contido na palavra e derivado através de uma sintaxe lógica, como defenderam Wittgenstein em sua primeira fase e parte dos filósofos do Círculo de Viena. Logo, não há mais possibilidade para a existência de um intermediário puro entre linguagem e mundo (WITTGENSTEIN, 1986, § 94). Com isso, Wittgenstein desqualifica a proposta de que o “[p]ensamento é circundado por um halo. – A sua essência, lógica, apresenta uma ordem, de fato a ordem a priori do mundo: isso é, a ordem de possibilidades, que deve ser comum tanto para o mundo como para o pensamento”, vez que essa concepção encerra a ilusão de que:

“(...) o que é peculiar, profundo, essencial, em nossa investigação, reside na sua tentativa de agarrar a incomparável essência da linguagem. Isso é, a ordem existente entre os conceitos de proposição, palavra, prova, verdade, experiência, e assim por diante. Essa ordem seria a *super-ordem* entre – para assim dizer – *super-conceitos*. Enquanto, evidentemente, se as palavras “linguagem”, “experiência”, “mundo”, têm um uso, ele deve ser tão modesto quanto o das palavras “tábua”, “lâmpada”, “porta”. (WITTGENSTEIN, 1986, § 97).⁷

O ato de compreensão do significado deriva da convivência em uma comunidade e da captação do contexto extralinguístico que acompanha a enunciação. A comunicação é concebida como um cruzamento prático e teórico, onde cada conceito é dotado de sentido no espaço de sua aplicação técnica (GIANONTTI, 2008, p. 100). Com efeito, seguir regras importa na repetição de comportamentos encadeados com a ocasião em que a regra deve ser seguida. Portanto, a adequação ato-regra é conferida apenas no interior do jogo de linguagem em que ocorre, sob o controle da comunidade na qual esta prática enunciativa toma lugar. Nas palavras de Wittgenstein:

O que chamamos “obedecer à uma regra” é algo que poderia ser possível para *um* só homem fazer, e fazer apenas *uma* vez em sua vida? – Essa é claro uma nota sobre a

⁶ T. do autor. No original: “But how many kinds of sentence are there? Say assertion, question, and command?—There are *countless* kinds: countless different kinds of use of what we call ‘symbols’, ‘words’, ‘sentences’. And this multiplicity is not something fixed, given once for all; but new types of language, new language-games, as we may say, come into existence, and others become obsolete and get forgotten. (...) Here the term ‘*language-game*’ is meant to bring into prominence the fact that the *speaking* of language is part of an activity, or of a form of life.”

⁷ T. do autor. No original: “Thought is surrounded by a halo.—Its essence, logic, presents an order, in fact the a priori order of the world: that is, the order of *possibilities*, which must be common to both world and thought. (...) We are under the illusion that what is peculiar, profound, essential, in our investigation, resides in its trying to grasp the incomparable essence of language. That is, the order existing between the concepts of proposition, word, proof, truth, experience, and so on. This order is a *super-order* between—so to speak—*super-concepts*. Whereas, of course, if the words ‘language’, ‘experience’, ‘world’, have a use, it must be as humble a one as that of the words ‘table’, ‘lamp’, ‘door’.”

gramática da expressão “obedecer uma regra”. (...) Obedecer à uma regra, fazer relato, dar uma ordem, jogar um jogo de xadrez, são *costumes* (usos, instituições). Entender uma locução significa entender uma linguagem. Entender uma linguagem significa ser mestre de uma técnica. (WITTGENSTEIN, 1986, § 199).⁸

A linguagem assim concebida importa na consideração do significado como conjunto aberto de usos, e também na relação entre significação e convenção para a aplicação determinada de um conceito; “[a] prática do uso da regra também mostra o que é um erro na sua aplicação” (WITTGENSTEIN, 2000, § 29), do que resulta que “é no interior da *práxis*, portanto, que devemos investigar a natureza da significação”. (BARBOSA FILHO, 2008, p. 179).

O comportamento socialmente aceito em determinado contexto é o quadro referencial para se asseverar o cumprimento ou não de uma regra. Todavia, a ideia mesma de organização da linguagem em múltiplos jogos, em que a significação de conceitos é mutante de acordo com o jogo praticado, importando na necessidade de atracar comunicação e prática, impede qualquer tipo de fixação do significado de maneira ante contextual. Se o significado está atado à prática comunitária, esta torna-se instância de controle da adequação do ato praticado à regra que se pretende cumprir, de modo que dados linguísticos e extralinguísticos estão postos em relação de mútua determinação. Ou, em outras palavras, “um significado de uma palavra é um gênero de utilização desta” (WITTGENSTEIN, 2000, § 61).

A partir do pensamento de Wittgenstein compreende-se o ato de seguir regras, – ou tal como ocorre na sentença judicial, de imputar a determinado comportamento as consequências de uma regra – de uma perspectiva diferente. A própria regra, ou melhor, sua estrutura linguística, não pode conter as condições suficientes para ser traduzida e colada a um comportamento, razão pela qual cada ato de encaixar regra e comportamento “[é] um paradigma em nosso jogo de linguagem; algo com o qual uma comparação é feita” (WITTGENSTEIN, 1986, § 50).

3. Prática, significado e a fundamentação

Os óbices levantados à possibilidade de formalização da linguagem, debatidos por Quine e principalmente por Wittgenstein, atingiram pontos centrais da filosofia do direito. A própria estrutura clássica de tripartição estanque dos poderes, que pressupunha a limitação das

⁸ T. do autor. No original: “Is what we call ‘obeying a rule’ something that it would be possible for only *one* man to do, and to do only *once* in his life?— This is of course a note on the grammar of the expression ‘to obey a rule’. It is not possible that there should have been only one occasion on which someone obeyed a rule. (...) To obey a rule, to make a report, to give an order, to play a game of chess, are *customs* (uses, institutions). To understand a sentence means to understand a language. To understand a language means to be master of a technique.”

decisões do Poder Judiciário à aplicação de textos aprovados pelo Legislativo, não pode mais ser concebida no modelo em que o juiz não legisla, mas apenas cumpre a lei, e por conseguinte a mutabilidade do direito ocorreria apenas por força do processo legislativo autônomo e independente (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 15).

O enlace entre significado e contexto, que resultou no desenvolvimento da teoria dos jogos de linguagem, bem como na transformação da prática social em instância de controle do processo de significação, torna claro que a decisão jurídica, ao prever consequências legais para algum comportamento, nunca está despojada de elementos políticos contextuais que orientam e permitem a compreensão do significado da própria decisão. O próprio ato de categorização da prática nas consequências de uma regra está esteado em considerações que ultrapassam a linguagem do direito e estão fincadas em uma multiplicidade de práticas sociais.

As conclusões de Wittgenstein também tocam as decantadas isonomia e universalidade do direito. A decisão é sempre uma recriação, animada pela prática e pelo contexto, de um costume estabelecido. Essa recriação, portanto, depende de condições estampadas no jogo de linguagem do qual resulta a decisão. Como apontou Wittgenstein: “A linguagem é um labirinto de caminhos. Você aproxima-se de *um* lado e sabe o seu caminho; você se aproxima do mesmo lugar de um outro lado e não mais sabe o seu caminho”. (WITTGENSTEIN, 1986, § 203).⁹

Reconciliar as considerações levantadas principalmente nas “Philosophical Investigations” acerca do ato de seguir regras com a filosofia do direito torna-se, então, um problema premente, necessário que é encontrar meio de solucionar o que Friedrich Müller chamou de “aporia fundamental do direito”, consistente na “(...) exigência de objetividade e validade universal máximas, apesar da e justamente na contingência histórica e social” (MÜLLER, 2013, p. 57). Em outros termos, não se pode diluir a normatividade do direito e os ganhos oriundos da separação entre a decisão desenvolta e ilimitada e a contingência imposta pelo texto legal; da mesma maneira, as considerações acerca da relação entre linguagem e prática não podem ser desconsideradas.

O próprio Müller, ao levantar a sua teoria estruturante do direito, procura “terminar um giro pragmático paralelo àquele posto em marcha na ciência da linguagem” (MÜLLER, 2013, p. 228), considerando que “todo trabalho jurídico ocorre dentro da linguagem”, o próprio

⁹ T. do autor. No original: “Language is a labyrinth of paths. You approach from one side and know your way about; you approach the same place from another side and no longer know your way about”.

trabalho jurídico “é uma forma especial de linguagem, um conjunto específico de jogos de linguagem”. Para tanto, redefine a estrutura da norma jurídica, agora composta do âmbito normativo e programa normativo, e considera a concretização como a construção da norma jurídica no caso concreto (MÜLLER, 2013, p. 135).

Debate semelhante, mas com soluções bastante diversas, pode ser observado entre Ronald Dworkin e Stanley Fish.¹⁰ Dworkin reconhece que as proposições jurídicas combinam elementos descritivos e normativos, ou avaliativos (DWORKIN, 1982, p. 186). Desse modo, resolver um caso difícil seria um exercício de interpretação literária, no qual cada juiz que decide um caso atua na forma de um novo novelista que continua uma novela, limitado por princípios compartilhados pelas decisões precedentes. A nova decisão deveria, por conseguinte, ser tomada em um contexto em que:

Cada juiz deve considerar-se, quando decide um novo caso, como um sócio de um complexo empreendimento em cadeia do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções, e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história para o futuro através do que ele faz quando decide. Ele deve interpretar o que aconteceu anteriormente porque ele tem a responsabilidade de avançar no empreendimento ao invés de reiniciá-lo em uma nova direção definida por ele. (DWORKIN, 1982, p. 193-4).¹¹

Stanley Fish, de outro lado, nega a tese de que o aumento da cadeia de decisões pretéritas engrossa a barreira imposta ao órgão decisório presente, pois embora seja “tentador pensar que quanto mais informação alguém possui (mais história) mais direcionada será a sua interpretação”, a “informação somente aparece em uma forma já interpretada (ela não anuncia a si mesma). Não importa quanto se tenha, essa quantidade não pode ser um contrapeso à interpretação porque mesmo quando se ‘vê’ a informação pela primeira vez, a interpretação já fez o seu trabalho” (FISH, 1982, p. 554).¹² Isso significa que quando toma uma decisão, o juiz é limitado apenas pelas limitações que recaem sobre todos que “escrevem uma novela”, e essa restrição é exatamente igual àquela que operou sobre o primeiro novelista (FISH, 1982, p. 555).

Em comum, as três posições compartilham a superação da tese que via como possível a transposição do texto da lei para a decisão através de uma linguagem artificial pura. Em todos

¹⁰ Encerrado nos seguintes artigos: DWORKIN, 1982; FISH, 1982; DWORKIN, 1983; e FISH, 1983.

¹¹ T. do autor. No original: Each judge must regard himself, in deciding the new case before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions, and practices are the history; it is his job to continue that history into the future through what he does on the day. He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own.

¹² T. do autor. No original: “It is of course tempting to think that the more information one has (the more history) the more directed will be one’s interpretation; but information only comes in an interpreted form (it does not announce itself). No matter how much or how little you have, it cannot be a check against interpretation because even when you first ‘see’ it, interpretation has already done its work”.

os casos procura-se evidenciar como impulsos “extralinguísticos” adentram o processo de aplicação do direito. A linguagem, moldada pelo contexto e limitada pelo reconhecimento comunitário, não possibilita criar divisões estanques entre o que é “interno” e o que é “externo” ao direito e o processo de constante mudança de significado dado às regras, animado pela prática da vida, torna exigente que a aplicação do direito, antes de escamotear, exponha as finalidades políticas inseridas no contexto que enseja a relação entre regra e comportamento.

Na seara penal, Roxin leva a cabo esforço para superar o dilema entre a dogmaticidade e função do Direito Penal. A importância da parte geral do Código Penal, cuja desconsideração importaria retroceder muitos séculos, a um tempo em que a situação de acaso e arbitrariedade na aplicação da lei penal, não pode suprimir considerações de política criminal (ROXIN, 2002, p. 40). Nas palavras de Roxin: “A vinculação ao Direito e a utilidade político-criminal não podem estar em contradição, mas têm que ser conciliados em uma síntese (...)” ROXIN, 2002, p. 49).¹³ Com efeito, pretende estruturar essa relação atribuindo ao tipo a responsabilidade por limitar o poder de intervenção penal, realizando o princípio do “nullum crimen”; à antijuridicidade, a regulação socialmente justa de interesses contraditórios; e à culpabilidade a valoração quanto a conveniência de aplicação de sanção penal a uma conduta que a princípio é ameaçada por uma pena, sendo que a teoria do tipo e da culpabilidade devem ser orientadas apenas por princípios jurídicos-penais, enquanto a antijuridicidade permanece aberta a outros setores do ordenamento jurídico (ROXIN, 2002, p. 58-60).

A proposta de Roxin, assim como as de Müller, Dworkin e Fish, reconhecendo evidentemente as diferenças que as separam, procuram denunciar e propor solução para os limites da linguagem normativa. Em todos os casos há uma nova compreensão da dogmática jurídica. A inserção do plano contextual como eixo principal configurador do significado, a partir da filosofia da linguagem, serviu para afastar o mito da neutralidade da aplicação do direito, fundada até então na possibilidade de formalização da aplicação. Desse modo, os problemas trazidos para a aplicação do Direito foram solvidos, mas apenas em parte. Quebrou-se a crença na neutralidade da aplicação da lei. Resta solucionar a questão atinente ao controle de certeza que recai sobre a ligação entre comportamento e regra jurídica.

Conforme já visto, Wittgenstein procurou dar fricção ao significado encadeando o ato de seguir regras com a resposta prática-comunitária dada ao comportamento que segue a enunciação de uma regra. Atou a regra ao ato de segui-la, asseverando que são os costumes,

¹³ T. do autor. No original: “La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis (...)”.

reiteradamente praticados, que asseguram quando uma regra foi ou não obedecida. Parece ser esse precisamente o ponto mais complexo a ser encarado pela filosofia do direito. Administrar os problemas criados pela abertura prática e contextual da linguagem levada a termo por Wittgenstein, todavia, talvez exija a inserção do controle social sobre a decisão jurídica. A raiz da teoria dos jogos de linguagem está na renovação do produto da aplicação das regras a cada nova aplicação, contando como correta apenas a sujeição do comportamento à regra que possua apoio comunitário.

O processo judicial, então, deve ser submetido a novo estatuto. O processo passa a ser o “locus” delimitador do contexto no qual se dará a decisão, que deve ser recursivamente estruturada a dados constantes do próprio processo. Dentro do processo é individualizada a situação comunicativa que limita e determina os significados extraíveis daquele contexto. Somente assim é que “(...) no lugar do procedimento dedutivo surge uma técnica, a técnica da recepção consciente de ações e contestações ocorridas, que servem, então de premissa para a análise comparativa de questões e soluções de questões” (FERRAZ JUNIOR, 1997, p. 20). A ausência de conteúdo próprio das regras, animadas apenas pela prática (WITTGENSTEIN, 1986, § 432), obsta que a norma seja vista como entidade a ser separada da situação comunicativa (FERRAZ JUNIOR, 1997, p. 105).

A importância do processo, contudo, não está limitada ao resgate pelas partes das razões que, debatidas, resultaram na decisão judicial. Para muito além disso, o processo exerce a função de explicitar justificativas aceitas no direito, dentro de uma comunidade, e que vêm a tona no modo como foi encerrado o processo de categorização regra-comportamento atinente ao caso. A partir das razões e alegações constantes do processo, tornadas públicas, é que a sociedade, instância de verificação de aplicação de regras, atua como síndica.

Em alguma medida, é essa a proposta de Peter Häberle ao tratar da hermenêutica constitucional. A responsabilidade da jurisdição nunca desaparece, permanecendo a normatividade do direito, visto que a palavra final é do órgão investido de jurisdição. Todavia, a semelhança de família que as palavras “acordo” e “regra” possuem (WITTGENSTEIN, 1986, § 224) resulta que somente testada, no cotejo com a opinião dos participantes daquela comunidade torna-se presente quais os julgamentos, as formas de vida, compartilhadas que são capazes de definir o resultado correto daquele caso no momento histórico em que é resolvido (WITTGENSTEIN, 1986, § 324). Häberle propõe a abertura do processo interpretativo presente, na forma de “democratização da interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 14). Isso porque “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com

esse contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 2002, p. 15). Não há dúvida que o pensamento de Häberle acerca da interpretação aberta da Constituição fundamenta-se na correlação entre a Constituição e a orientação da própria esfera pública, o que tornaria a interpretação constitucional um processo público (HÄBERLE, 2002, p. 32-4).

Não obstante, os problemas levantados por Häberle coincidem com os que atingem a interpretação em geral do direito enquanto ato de seguir regras, pois o juiz, no caso de Häberle, o constitucional, não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada, e os instrumentos de informação dos juízes, não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei, devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas de participação no processo constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 47).

Estendida de maneira a cobrir todos os ramos do direito, não somente o constitucional, formular o processo de interpretação do direito, que fundamentalmente resulta do conectar o seguimento de regras, em si prática, à prática social, torna-se controlável. O contexto, ou jogo de linguagem, definido no interior do processo, mostra-se capaz de ser cotejado e questionado em relação à prática social.

4. À guisa de conclusão

A ruptura com a visão essencialista da linguagem, na qual creditava-se à palavra o fardo de carregar o seu significado, impeliu mudanças bruscas para a filosofia do direito. Se antes era possível tratar a lógica como orientadora do sentido e os dados sensíveis como sede verificacional para a definição do significado de proposições, inclusive das jurídicas, os ataques promovidos pela filosofia da linguagem a essa concepção obstaram continuar crendo em uma dogmática jurídica neutra que de alguma maneira se estruturasse independentemente de forças sociais.

A concepção defendida por Wittgenstein em suas “Philosophical Investigations” procura superar a sintaxe lógica apoiando o significado no contexto (jogos de linguagem) e na prática social. Dessa perspectiva, a compreensão literal da lei não mais é possível; a política integra o processo de construção do significado das proposições legais e a instância de verificação da adequação quanto ao cumprimento de uma regra é deslocada para a prática social. A recepção pelo direito dessas mudanças, todavia, ainda foi feita apenas de maneira parcial; a impossibilidade de tradução neutra do texto legal em decisão jurídica é vastamente conhecida e diversas teorias procuraram enfrentar essa impossibilidade no direito. Nesse

quadro, o processo judicial revela-se como instrumento capaz de, a partir da individualização do contexto em que se desenvolve o debate, fornecer bases para o controle social da atividade jurisdicional em um modelo que percebe a insuficiência da linguagem formalizada como barreira final para definição da adequação ou não de determinados comportamentos às regras legais.

Bibliografia

BARBOSA FILHO, Balthazar. Notas sobre o conceito de jogo-de-linguagem nas Investigações. In: DALL'AGNOL, Darlei. **Wittgenstein no Brasil**. São Paulo: Escuta, 2008. p. 163-190

_____. Sobre o positivismo em Wittgenstein. In: DALL'AGNOL, Darlei. **Wittgenstein no Brasil**. São Paulo: Escuta, 2008. p. 139-161

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Critical Inquiry**, Chicago, v. 9, n. 1, p.179-200, 1982

_____. My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): please don't talk about objectivity any more. In: MITCHELL, William John Thomas. **Politics of interpretation**. Chicago: Chicago University Press, 1983

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p.12-21, 1994

_____. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013

FISH, Stanley. Working on the chain gang: interpretation in law and literature. **Texas Law Review**, Texas, v. 527, p.551-567, 1982

_____. Wrong again. **Texas Law Review**, Texas, v. 299, p. 299-316, 1983

GIANONTTI, José Arthur. Breves considerações sobre o método de Wittgenstein. In: DALL'AGNOL, Darlei. **Wittgenstein no Brasil**. São Paulo: Escuta, 2008. p. 89-107

_____. Wittgenstein e a lógica da apresentação do mundo. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. **O pensamento alemão no século XX - volume II**: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p. 220-241

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes – reimpressão

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PEIRCE, Charles Sanders. A ética da terminologia. In: PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 39-43. Tradução de José Teixeira Coelho Neto

_____. Tríades. In: PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 9-18. Tradução de José Teixeira Coelho Neto

PUTNAM, Hillary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other usays**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2003

QUINE, Willard van Orman. Two Dogmas of Empiricism. **The Philosophical Review**, Durham, v. 60, n. 1, p.20-43, jan. 1951

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. Tradução de Francisco Muñoz Conde - 1ª reimpressão

WITTGENSTEIN, Ludwig. Some remarks on the logical form. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Jersey, v. 9, p.162-171, 1929

_____. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Edusp, 1968. 152 p. Tradução de José Arthur Giannotti

_____. **Philosophical Investigations**. 3. ed. Oxford: Basil Blackwell, 1986. 250 p. Tradução de G. E. M. Anscombe

_____. **Da certeza**. Lisboa: Edições 70, 2000