

Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito

Skepticism about value and the value of skepticism in legal interpretation

Macell Cunha Leitão¹

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

macellbr@hotmail.com

Resumo

O processo vivenciado na modernidade de complexificação social e o surgimento do direito como sistema social autônomo mudam os termos da longa controvérsia entre direito e moral, na medida em que a pluralidade de visões torna excêntrica a defesa de um conteúdo de justiça válido em si mesmo, configurando a generalização social de um ceticismo em relação aos valores. Na contramão desse fenômeno, teorias jurídicas contemporâneas aglutinadas sob a insígnia do “pós-positivismo” têm apostado na moralidade dos princípios no sentido de alcançar uma resposta adequada ao ordenamento jurídico. Diante desse cenário, o presente artigo procura identificar o papel que o ceticismo em torno dos valores adquire nas formulações teóricas sobre a interpretação do direito, tendo como objeto, por um lado, a descrição feita pelas teorias positivistas clássicas de Hans Kelsen e Herbert Hart sobre a interpretação do direito e, por outro, a crítica de Ronald Dworkin ao ceticismo e sua defesa da objetividade moral. Procurando responder sobre a possibilidade da verdade moral ser objetiva em sociedades complexas de maneira a limitar a interpretação jurídica, o trabalho procura desfazer algumas confusões que tornam questões de ponto de vista grandes desacordos teóricos. Por fim, aponta que o próprio ceticismo deve ser considerado um valor da prática interpretativa do direito no Brasil.

Palavras-chave: teoria do direito, hermenêutica, interpretação do direito, ceticismo, valor.

Abstract

The modern process of social complexity and the emergence of law as an autonomous social system change the terms of the long controversy about the relation

¹ Universidade Federal de Santa Catarina. Rua Eng. Agrônomo Andrei Cristian Ferreira, s/n, Trindade, 88040-900, Florianópolis, SC, Brasil.

between law and morality because the plurality of views removes the notion of an ideal justice valid in itself. This marked the generalization of skepticism about values. In contrast, the current legal theory called “post-positivism” defends the morality of principles as an adequate response to the legal system. Vis-à-vis this scenario, this article seeks to identify the role of skepticism about values in theories about legal interpretation, considering, on the one hand, the description of the positivist theories of Hans Kelsen and Herbert Hart about legal interpretation and, on the other hand, Ronald Dworkin’s critique of skepticism and his defense of moral objectivity. This paper aims to answer the question whether the truth about morality can be objective in complex societies so as to limit legal interpretation. After clarifying some conceptual confusion, the work defends that skepticism must be considered a value of the interpretive practice of law in Brazil.

Keywords: legal theory, hermeneutics, legal interpretation, skepticism, value.

Introdução

A história da filosofia e da teoria do direito pode ser contada como a busca pela natureza ou conceito do direito e, por conseguinte, sua distinção em relação à moral e à justiça. Mesmo em contextos sociais pré-modernos em que uma moral material globalizante dava consistência a ideais compartilhados sobre o bom, o belo e o justo, já se apresentavam as condições pelas quais a literatura representava o dilema de *Antígona* entre enterrar seu irmão segundo os rituais sagrados, como era de “justiça”, ou obedecer às ordens do rei *Creonte*, que ameaçava apedrejar quem concedesse a *Polinice* as honras da sepultura (Sófocles, 2003). Ao longo de séculos, positivistas e jusnaturalistas debateram se e em que medida devemos obediência às leis consideradas injustas.

O processo vivenciado na modernidade de complexificação social e o surgimento do direito como sistema social que se reproduz de maneira autônoma com base em seus próprios códigos mudam os termos dessa controvérsia, na medida em que a pluralidade de visões torna excêntrica a defesa de um conteúdo de justiça válido em si mesmo, configurando a generalização social de um ceticismo em relação aos valores. A questão sobre a justiça ou injustiça das leis, mesmo admitindo influências, passa a ocupar uma esfera distinta em relação à definição do teor do direito. Mudanças culturais fazem, assim, uma identificação inédita segundo a qual direito é direito positivo, válido em virtude de uma decisão e somente pode ser revogado por nova decisão (Luhmann, 1980, p. 119; Neves, 1995, p. 13; Ferraz Junior, 1977, p. 40).

Por algum tempo, sob a égide dos preceitos teóricos da escola da exegese (cf. Bobbio, 2006, p. 78 ss.), considerou-se que esta formulação também resolvia os problemas da interpretação do direito. Pois, se o soberano determina o direito válido mediante textos normativos gerais e abstratos, aos intérpretes desse direito caberia agir mecanicamente, aplicando ao caso concreto uma decisão de acordo com os termos previamente estabelecidos. A ingenuidade desta crença na possibilidade de uma comunicação transparente negligenciava a ambiguidade, a vagueza e a porosidade inerentes à linguagem e sua incapacidade de antecipar com segurança uma resposta perante a singularidade e a contingência dos conflitos humanos.²

A apreciação de tais equívocos exige da teoria e da filosofia do direito repensar o papel que a subjetividade do intérprete exerce na produção institucional do direito no contexto de formações sociais democráticas. Na fantasia exegética em torno da interpretação jurídica, a positivação do direito de acordo com procedimentos que garantissem a participação dos próprios indivíduos submetidos ao ordenamento jurídico seria suficiente para garantir uma aplicação judicial do direito conforme ao conteúdo ético convencionado pelo debate público. Entretanto, a diversidade de possibilidades interpretativas do texto jurídico põe em xeque a existência de limites ao poder de decisão dos intérpretes autorizados (e.g., juízes), sobretudo diante das promessas do direito moderno na garantia de segurança jurídica mediante aplicação previsível e igualitária das normas.

Em vista deste problema de indeterminação do direito, diferentes teorias formularam explicações con-

² Sobre a vagueza, ambiguidade e porosidade da linguagem, ver Adeodato (2011, p. 193-194).

ceituais sobre os mecanismos implicados na prática de interpretação do direito, buscando, ainda, controlar a margem de opção valorativa dos juízes de maneira a obstar que – aceitando o direito como força³ – o judiciário se torne um campo em que toda decisão é possível. Concentradas em grande parte sob a insígnia imprecisa de “pós-positivismo”⁴, essas reflexões teóricas recorreram curiosamente à moralidade dos princípios no esforço de alcançar uma resposta adequada ao ordenamento jurídico, desafiando o ceticismo que sociedades complexas nutrem acerca dos valores.

No presente trabalho procuro identificar o papel que o ceticismo em torno dos valores adquire nas formulações teóricas sobre a interpretação do direito, tendo como objeto, por um lado, a descrição feita pelas teorias positivistas clássicas de Hans Kelsen e Herbert Hart sobre a interpretação do direito e, por outro, a crítica de Ronald Dworkin ao ceticismo e sua defesa da objetividade moral. Tento deixar de lado na medida do possível a elucidação do arcabouço teórico desses autores para me concentrar na questão substancial de fundo: A verdade moral pode ser objetiva mesmo em sociedades complexas, contribuindo para controlar a interpretação jurídica? Ao fim, espero desfazer algumas confusões que tornam questões de ponto de vista grandes desacordos teóricos, apontando para o valor que o ceticismo deve ter na interpretação do direito.

Neutralidade descritiva e relatividade dos valores na teoria positivista

Quando abordamos os problemas relacionados à interpretação do direito, existe uma ambiguidade que precisa ser inicialmente esclarecida. Por um lado, podemos pensar (como é mais usual) na atividade prática em que juízes, advogados, promotores e outros profissionais do direito buscam interpretar quais direitos e obrigações jurídicas as partes possuem em determinado caso ou processo judicial. Muitas vezes o busílis da questão consiste em saber, por exemplo, qual lei se aplica aos fatos narrados, se o dispositivo legal pertinente ao caso viola a Constituição ou que decisão deriva de

determinado sentido da lei. Esses problemas estão vinculados, mas não se confundem, com outro problema da interpretação jurídica, mais afeito aos teóricos e cientistas dogmáticos do direito, o qual consiste na controvérsia sobre como se identifica o direito válido em determinado lugar. Ou seja, neste a dificuldade não se apresenta em interpretar o sentido da lei válida, mas em saber como podemos identificar as leis do ordenamento jurídico.

Mesmo ciente de que ambos os enfoques são problemas de interpretação do direito, vou chamar este último de problema da validade. Esta distinção é importante porque, se queremos identificar o papel que o ceticismo aos valores adquire nas teorias sobre a interpretação do direito, precisamos observar a separação que teorias positivistas clássicas como as de Kelsen e Hart observam entre o esforço de identificar o direito em determinada comunidade (problema da validade) e o esclarecimento conceitual sobre a atividade de aplicação do direito pelos órgãos jurídicos (problema da interpretação).

Ao enfrentar o problema da validade, Hans Kelsen busca aproximar a ciência jurídica do ideal de objetividade e exatidão que, na visão da época, eram atributos indispensáveis de uma verdadeira ciência. Para tanto, restringe o objeto de estudo dessa disciplina ao direito positivo com o intuito de afastar todos os elementos considerados estranhos, buscando conhecer o direito que é, sem se importar com a questão de saber como deve ser o direito. A seu ver esta era uma questão que permitiria aos juristas fazer ciência jurídica e não política do direito. Dessa forma, e diante da impossibilidade da norma vincular plenamente o ato pelo qual será aplicada, caberia ao cientista do direito se ater ao estabelecimento da moldura hermenêutica na qual se situam as possíveis significações das normas jurídicas válidas (Kelsen, 2006, p. 1, 4, 390-391). O jurista austríaco afasta o problema científico de identificar o direito válido em determinado lugar de qualquer alusão a valores morais, consubstanciando a neutralidade descritiva de sua *Teoria Pura do Direito*.

Mesmo partindo de pressupostos metodológicos bastante diferentes, Herbert Hart também aborda o problema da validade afastando a identificação do direito dos valores morais. Na sua obra fundamental *O conceito de direito*, busca, mediante os recursos teóricos

³ Aceitar o direito como força consiste no consentimento com o decisionismo que tem em Carl Schmitt (2007, p. 67) sua melhor expressão: “[E]m toda decisão, mesmo na de um tribunal que decide um processo subsumido de maneira correspondente ao tipo, reside um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma”. Posteriormente complementa: “O sentido não é uma argumentação dominante, mas justamente uma decisão por meio de eliminação autoritária da dúvida. Mas ainda muito mais forte e mais essencial é o caráter decisionista de toda sentença de uma instância, cuja função específica seja dirimir dúvidas, inseguranças e divergências de opiniões. Aqui, o elemento decisionista não é apenas uma parte da decisão que se junta ao elemento normativo visando possibilitar, no geral, uma res judicata, a decisão como tal é, antes, o sentido e a finalidade da sentença e seu valor não reside em uma argumentação dominante, mas na eliminação autoritária da dúvida surgida exatamente das muitas possíveis argumentações contradizendo-se mutuamente” (Schmitt, 2007, p. 68).

⁴ Sobre o conceito de pós-positivismo ver Duarte e Pozzolo (2006) e Carbonell (2009).

da filosofia analítica, descrever o modo como juristas e pessoas comuns usam a linguagem jurídica. Defende que, conforme demonstra a distinção entre “*ser obrigado a*” e “*ter a obrigação de*”, para conhecer o direito válido em determinado lugar é preciso identificar sob o ponto de vista interno as normas implícitas que os membros do grupo aceitam no reconhecimento das normas utilizadas como parâmetros de suas condutas. Dessa maneira, funda uma teoria do direito moralmente neutra que, ao seu ver, constituía uma “sociologia descritiva”, permitindo que a determinação do conteúdo do direito não dependa dos valores do intérprete (Hart, 2009, p. IX, X, 108, 115, 131-3, 309-310).

Fica claro que ambos os autores tinham em vista com esta postura metodológica se posicionar no longo debate entre jusnaturalistas e juspositivistas e, portanto, afirmar a *tese dos fatos sociais* (Dimoulis, 2006, p. 80), segundo a qual a validade das normas jurídicas decorre de condutas humanas, combatendo a influência de ideias metafísicas que negassem ou afirmassem o caráter jurídico de alguma norma com base em critérios relativos de justiça. Isto é, o caráter pretensamente científico de suas propostas teóricas se assegurava através da descrição neutra do direito. Característica que, infelizmente, não pode ser verificada na aplicação judicial das normas jurídicas, conforme verificamos nos seus ensinamentos sobre a interpretação do direito.

Para Kelsen (2006, p. 390-391), o resultado de uma interpretação jurídica fixa apenas a moldura com as várias possibilidades de interpretação da norma, todas com idêntico valor, malgrado apenas uma se torne direito positivo na decisão do órgão aplicador. Assim, o advogado ou escritor que, no interesse de seu constituinte ou num comentário, propuser uma interpretação determinada como a única certa, realizariam função jurídico-política, mas nunca jurídico-científica. Portanto, a interpretação correta é uma ficção que serve à jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica (Kelsen, 2006, p. 396).

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei (Kelsen, 2006, p. 391).

[Na interpretação do juiz] não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (Kelsen, 2006, p. 394).

No mesmo sentido, ao abordar a problemática da interpretação judicial do direito, Hart funda o que pode ser conhecido como a *teoria das horas de vigia*, pois, na maior parte dos casos, a interpretação não apresenta problemas excessivos, estando fundamentada nas “obviedades” das normas, convenções e práticas da linguagem comum da sociedade em que a linguagem jurídica encontra assento (Stolz, 2007, p. 111). Neste modelo teórico, as normas jurídicas são caracterizadas por sua *textura aberta*, isto é, malgrado possuam um núcleo de sentido estabelecido, não deixará de existir relativo grau de incerteza nas zonas limítrofes, sendo este um preço a pagar pelo uso de termos gerais na comunicação humana (Hart, 2009, p. 166).

[A] autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes (Hart, 2009, p. 171).

Considerando o rigor com que estes autores evitam confusões conceituais na identificação do direito vigente em determinada comunidade, o caráter essencialmente indeterminado da interpretação judicial do direito é um dado que precisam consentir em vista ao objetivo maior de descrever o *direito que é* de maneira moralmente neutra. No mais, a definição de suas obras a respeito da moral deixa claro que não considerariam o recurso dworkiniano aos princípios um mecanismo eficaz no combate à discricionariedade. Para Kelsen, do ponto de vista do conhecimento científico, não existem valores absolutos, os quais só podem ser admitidos com base em uma crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade. Assim, os sistemas morais são diferentes e contraditórios em diversas épocas e, até no mesmo povo, variam conforme as diferentes categorias, classes e profissões, não tendo nada necessariamente bom ou mau em todas as possíveis circunstâncias. Em suma, o jurista austríaco define os valores morais como relativos.

Contudo, esta questão sobre a possibilidade dos princípios morais limitarem a discricionariedade do intérprete aparece de maneira ainda mais interessante em Hart, pois ele busca responder a crítica de Dworkin no pós-escrito de *O conceito de direito*. A moral é descrita ao longo da obra como portadora de uma considerável área de *textura aberta* (Hart, 2009, p. 217). Essa característica se reproduz na seara judicial a respeito da justificação moral das decisões mediante interpretação construtiva dos princípios da comunidade.

[E]m qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe preserva. A oportunidade para a criação judicial do direito seria não apenas adiada, mas também eliminada, somente se fosse sempre possível encontrar no direito existente, em todos esses casos, um conjunto único de princípios de ordem hierárquica superior que atribuisse pesos ou prioridades relativos a esses princípios conflitantes hierarquicamente subordinados (Hart, 2009, p. 355).

Como se pode perceber, as teorias positivistas dos autores analisados coincidem de maneira verossímil com a representação comum que sociedades complexas fazem a respeito da moral. A compreensão disseminada de que o céu está vazio retira as condições de outrora para a afirmação de uma Moral absoluta. Sendo assim, com qual sentido Dworkin defende a ideia de objetividade da moral?

Crítica ao ceticismo e independência metafísica dos valores

A postura cética consiste basicamente na convicção de que existem diferentes pontos de vista em todas as questões e que a verdade, no seu sentido ontológico, não está ao alcance da comunicação humana (Adeodato, 2009, p. 78). Ronald Dworkin (2012, p. 41) vai um pouco além na sua definição, entendendo o cético como aquela pessoa que nega que os juízos morais possam ser objetivamente verdadeiros independentemente de qualquer atitude ou crença que alguém tenha. A questão que o autor precisa enfrentar pode então ser resumida da seguinte forma: quando duas pessoas divergem sobre a interpretação correta de alguma coisa – de um princípio moral do direito, por exemplo – podemos entender que uma delas está certa e a outra errada? Ou, pode uma interpretação ser objetivamente melhor do que outra? (Dworkin, 2007, p. 94).

Para responder a esses questionamentos, Dworkin (2012, p. 43) parte de uma caracterização, e posterior refutação, de dois tipos de ceticismo. A compreensão desta distinção envolve menos a conclusão da argumentação do que a natureza e o alcance do argumento de que o cético se utiliza para justificar sua posição. Enquanto um tipo de cético faz uma afirmação de “primeira ordem” ou

“substantiva” no interior de um sistema de ideias, outro é mais radical e baseia sua negação da verdade ou da moral em asserções de “segunda ordem” ou “meta” questões sobre esse sistema de ideias.

O primeiro pode ser denominado de *cético interior* e se caracteriza por seu interesse na substância das afirmações que contesta. Caso esteja debatendo sobre o sentido correto do direito constitucional à vida em determinado processo, o cético interno não vai aduzir que nenhum argumento pode ser objetivamente correto, mas que naquele caso a sua concepção cética é exatamente a melhor resposta. Vai defender, por exemplo, que uma boa interpretação do direito à vida exige um nível mínimo de consenso social sobre o que ela é e que, levando em conta as atuais condições da comunidade política brasileira, nenhuma interpretação pode oferecer uma interpretação sobre essa questão. Quer dizer, ele se baseia em uma atitude igualmente interpretativa para se contrapor às outras interpretações de determinado objeto (Dworkin, 2007, p. 97).

Por outro lado, o *cético exterior* se nega a firmar uma posição interpretativa em meio a outras interpretações, constituindo uma teoria filosófica metafísica de segundo grau sobre a posição de uma afirmação moral ou interpretativa específicas. Ele não está preocupado com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal irá fazer sobre o direito à vida no julgamento sobre fetos anencefálicos, talvez até tenha sua própria posição, entretanto considerará que essas afirmações não podem ser comprovadas ou testadas e, portanto, que essas opiniões são meras projeções da “realidade” e não descobertas dela (Dworkin, 2007, p. 98).⁵

[T]al como a metáfora sugere, o ceticismo interno coloca-se dentro da moralidade substantiva de primeira ordem, enquanto o ceticismo externo é supostamente arquimediano: coloca-se acima da moralidade e julga-a a partir de fora. Os céticos internos não podem ser céticos sobre toda a moralidade, pois têm de reconhecer a verdade de alguma asserção muito geral, de maneira a estabelecerem o seu ceticismo sobre outras asserções morais. Baseiam-se na moralidade para atacarem a moralidade. Os céticos externos afirmam-se céticos sobre toda a moralidade. Dizem que podem atacar a verdade moral sem nela se basearem (Dworkin, 2012, p. 43).

Diante dessas definições, a questão consiste em saber se esses tipos de ceticismo refutam a ideia de objetividade da moral. Começemos pelo ceticismo exter-

⁵ Em seu último livro, *Justiça para ouriços*, Dworkin diferencia e aponta suas críticas em relação a dois tipos de ceticismo externo: o cético do erro e o cético do estatuto. Ver Dworkin (2012, p. 57 ss.).

no. Para Dworkin, este cético se equivoca ao exigir da argumentação moral algo que ela não se propõe. De fato, não é possível provar a correção de um argumento jurídico ou moral da mesma forma com que comprovamos um enunciado da física. Pois, diferentemente da questão sobre vibrações atmosféricas, na qual podemos apresentar fatos irrefutáveis que convencerão qualquer pessoa racional, nenhum jurista ou filósofo moral que defenda a moralidade das pesquisas com células-tronco embrionárias acredita que seu argumento demonstrou o caráter justo da medida. O cético externo não se equivoca por seu argumento em si, mas por não compreender adequadamente a situação conversacional daqueles que defendem a verdade de uma proposição moral. Ninguém discorda que não existe um estado distinto no mundo que possa ser chamado de “morões” capaz de definir a moralidade de uma medida, entretanto a única justificativa que uma argumentação moral pode apresentar é um tipo de argumentação moral que as afirmações objetivas da física tampouco têm a pretensão de oferecer (Dworkin, 2007, p. 99-100; 2012, p. 54).

Dworkin (2007, p. 107) defende com este argumento a inutilidade e ingenuidade das verdades enunciadas pelos céticos externos da defesa de sua posição. Rebater, após a enunciação de um juízo moral, que o argumento nada mais é do que “a sua opinião” está correto, mas não desconstitui o caráter de verdade da proposição, na medida em que não existe outra maneira para produzir enunciados morais. Da mesma forma, questionar “De onde provém essa pretensão?” no sentido de exigir demonstrações metafísicas irrefutáveis não diz nada além do que apontar a natureza argumentativa de uma argumentação moral.

Contudo, podemos entender que o cético externo esteja sendo mal interpretado em sua pretensão. Vamos supor que sua postura tenha por base os argumentos de Kelsen e Hart acima elencados, demonstrando como os sistemas morais são diferentes e contraditórios de forma a variar inclusive dentro do mesmo povo. Frequentemente os casos difíceis sobre a interpretação de direitos fundamentais levados à apreciação das cortes superiores do judiciário confirmam este argumento, exibindo o profundo nível de divergência moral que uma mesma comunidade política nutre sobre determinado tema. Além do mais, não se pode considerar a assertiva antropológica que aponta para o fato sobre como nossos juízos morais são formados através dos relatos que vivenciamos como verdade ao longo de nossas vidas. Sendo assim, como falar em objetividade da moral em contextos sociais marcados pela pluralidade de experiências e narrativas?

A resposta a esse questionamento passa em primeira instância por um reforço da crítica anteriormente dirigida ao ceticismo externo, pois, mais uma vez, este se baseia em verdades que ninguém, nem mesmo um objetivista moral como Dworkin, está disposto a negar. É um fato que existe um amplo desacordo sobre determinados temas morais. Bem como é um fato que causas externas influenciam nossas opiniões morais. Entretanto, esses fatos (ser) não têm o condão de refutar a objetividade da moral ou tampouco afirmar o ceticismo moral, os quais são, em si mesmos, posições *morais* (dever ser) (Dworkin, 2012, p. 51-55). Lembremos que, de acordo com o princípio de Hume (tão caro aos teóricos positivistas em vista à distinção entre fatos e valores), proposições sobre aquilo que é (juízo de fato) não fornecem, sem algum juízo de valor escondido nos interstícios, argumentos sobre aquilo que deve ser (juízo de valor) (Dworkin, 2012, p. 55). A independência do valor não pode ser corrompida por juízos factuais.

Com isto, Dworkin (2012, p. 58) não nega que o fato de existir opiniões tão diversas sobre algo que aos nossos olhos parece evidente dê o que pensar. Mas o fato do desacordo não é um argumento de que nossas convicções morais estão erradas. Tampouco a popularidade de certa posição consiste em uma prova de sua verdade moral. O fato antropológico da diversidade de posições morais está correto, mas esse juízo factual não refuta *per se* nenhum juízo moral positivo sobre determinada questão. Essa *explicação* pode interessar na compreensão das causas da convergência ou da divergência em certos temas, mas o momento de decidir sobre a veracidade de juízos morais exige um esforço inevitável de *justificação*.

A mesma conclusão pode ser aplicada ao argumento factual do cético exterior sobre a influência das causas externas em nossas opiniões morais. Visando combater essa posição, Dworkin (2012, p. 87) propõe o exemplo esdrúxulo de alguém que deixou de considerar a discriminação positiva justa ao assistir uma conferência de um opositor carismático dessa ideia. Para decidir se iria para essa palestra ou ver um jogo de futebol na televisão, a pessoa teria atirado uma moeda ao ar, ido à conferência e se convertido. Esses fatos são indispensáveis na explicação das causas pelas quais ele pensa o que pensa, contudo ainda terá razões para apresentar na defesa de sua opinião.

[O] simples fato de que minhas convicções morais seriam diferentes se eu me tivesse educado de maneira diferente, ou em uma época muito diferente, não mostra *em si* nenhum defeito na cultura, na formação e nos processos de reflexão e observação que finalmente

produziram as convicções que tenho agora. Isso poderia – deveria – tornar-me cuidadoso quanto a essas convicções, forçando-me a pensar se tenho boas razões para pensar como penso. Poderia levar-me a perceber relações entre os pressupostos morais de minha comunidade e suas estruturas de poder econômico e outras modalidades de poder; e o fato de perceber essas relações poderia enfraquecer o domínio que, anteriormente, minhas convicções exerciam sobre mim (Dworkin, 2007, p. 105).

Dessa forma, a independência metafísica do valor exige um tipo de circularidade pelo qual um juízo moral substantivo só pode ser enfrentado por outro argumento moral. Do ponto de vista da veracidade dos valores, não existe nenhum problema que determinadas posições morais sejam explicadas a partir da história pessoal, desde que possam ser justificadas através de argumentos razoáveis e profundos (Dworkin, 2007, p. 105; 2012, p. 89). Por outro lado, mesmo diante desta afirmação da independência dos valores, ainda permanece a questão em torno da amplitude de possibilidades argumentativas em sociedades complexas. Olhando sob o ângulo do direito, mesmo que um juiz esteja ciente da condição argumentativa da prática interpretativa do direito – e, portanto, se proponha a defender um juízo moral substantivo que limite sua discricionariedade⁶ ao decidir determinado processo – dificilmente se encontrará suficientemente convicto de que detém a única resposta correta sobre a questão. Precisamos, portanto, analisar se o ceticismo do tipo interno impõe desafios à objetividade da moral.

Ocorre que, devidamente compreendido, o ceticismo interno não nega que os juízos morais são verdadeiros (Dworkin, 2012, p. 46). Na busca pela melhor interpretação de algum objeto, o cético interno produz argumentos morais em que defende a inexistência de uma verdade como a resposta correta para determinada questão, rivalizando com outras posições morais substantivas. Quer dizer, o cético interno não é um crítico, mas verdadeiro adepto da tese da objetividade da moral, malgrado algumas distorções de seus posicionamentos possam comprometer o empreendimento de limitação moral do direito. Seguindo a imagem proposta por Dworkin, podemos imaginá-lo como o intérprete que, diante do desafio de decidir sobre quem foi melhor artista, Beethoven ou Picasso, defina que a resposta a essa pergunta necessite se situar dentro de uma tra-

dição artística e, portanto, as diferenças de gêneros e períodos históricos, somadas à elevada genialidade de ambos os artistas em seus campos, não possibilitam uma classificação rigorosa (Dworkin, 2012, p. 101-102).

Com base em dificuldades semelhantes na interpretação jurídica de casos difíceis, muitos juristas formulam uma espécie de ceticismo interno generalizado, apontando – sem maiores esforços de identificação da resposta correta – que as contradições internas do ordenamento jurídico inviabilizam o propósito de interpretação construtiva dos princípios que fornecem a melhor justificação moral das regras promulgadas. Contudo, esta desconsideração preliminar e *in totum* da interpretação moral é descabida, não porque alguém acredite que o direito possua uma coerência perfeita. Para ser pertinente, a postura cético-interpretativa precisa ter procurado antes uma interpretação menos cética e fracassado. Somente ao demonstrar como a descrição falha e contraditória do direito é a única possível o cético interno terá sido fiel à sua convicção na possibilidade de produção de uma teoria moral substantiva (Dworkin, 2007, p. 319, 325-326).

Isto não indica que, diante das inúmeras questões morais colocadas no momento de decidir, um juiz estará sempre convicto de ter alcançado a melhor resposta. Um dos principais focos de resistência à objetividade da moral se deve à desconfiança que muitos teóricos nutrem sobre seu significado. Para Dworkin, a crítica ao ceticismo é uma tese fraca e trivial feita no âmbito interno da prática e não em um suposto nível filosófico infável, externo. Admiti-la não implica nada além do que a opinião comum considera ao enunciar algo (Dworkin, 2010, p. 61-62).⁷ Portanto, é óbvio que mesmo o mais ferrenho adepto da tese da objetividade pode (e deve) se questionar sobre a correção de sua resposta, bem como pode concordar com a existência de bons argumentos que divergem de sua posição. Dessa forma, a *incerteza* sobre o juízo correto precisa ser distinguida da *indeterminação*. O intérprete incerto vê razões em todos os lados da questão e não encontra, mesmo após reflexão, um conjunto mais forte de argumentos do que outro que lhe permita definir uma resposta. Falta-lhe certeza, opinião sobre a matéria. Por outro lado, o juízo indeterminado de um cético interno é um argumento positivo tão forte quanto quaisquer afirmações mais positivas: o cético interno faz afirmações morais substanciais que demonstram não existir uma resposta correta

⁶ Sobre o conceito de discricionariedade no autor, ver Dworkin (2002, p. 52).

⁷ Nas palavras do autor: “Você já encontrou algum argumento jurídico comum que, depois de tudo considerado, seja o mais sensato em qualquer tipo de caso difícil? Então você também rejeitou a tese da inexistência da resposta correta, que considero como o alvo de minha própria argumentação” (Dworkin, 2010, p. 61).

sobre a questão se certa ação (o aborto, por exemplo) é proibida ou permitida, subscrevendo a perspectiva vulgar da moralidade de que outros juízos morais são claramente verdadeiros ou falsos (Dworkin, 2012, p. 96, 98, 100-101).

Esta exposição permite ampliar a compreensão sobre a natureza do argumento moral e os equívocos do ceticismo à objetividade dos valores. À primeira vista, a afirmação de objetividade da moral transmite a falsa impressão de que alguém estaria defendendo a existência transcendente de um ideal de justiça válido em si mesmo e passível de apreensão unívoca por todas as pessoas racionais. Após apresentar as ideias de Dworkin (2012, p. 37-38) sobre o assunto, deve ter ficado claro que a verdade moral não pode ser alcançada para além da interpretação e que, de maneira circular, a única forma de provar determinada proposição moral é apresentar bons argumentos morais. Precisamos agora finalmente esclarecer se a objetividade moral pode limitar a interpretação jurídica, controlando a arbitrariedade do intérprete.

Limites da moralidade e o ceticismo como valor na interpretação do direito

Diante do que foi exposto, é possível notar que as reais divergências entre as posições cética e objetivista pouco dizem respeito aos juízos factuais em torno da interpretação do direito e da moral. Defensores dos pensamentos de Kelsen, Hart e Dworkin poderiam concordar, em termos gerais, que:

- (a) Não existe um conteúdo de justiça transcendente válido em si mesmo independentemente do tempo e do lugar;
- (b) Sociedades modernas convencionam o conteúdo ético imposto coercitivamente através de regras jurídicas oficiais;
- (c) Não é possível interpretar mecanicamente o direito positivado, agindo como mera “boca da lei”;
- (d) O direito moderno revela um compromisso com o ideal de segurança jurídica mediante aplicação igualitária e previsível das normas jurídicas;
- (e) A história pessoal de cada intérprete influencia suas convicções morais; e
- (f) Existe um amplo desacordo, inclusive dentro de uma mesma cultura, sobre quais valores morais devem nortear a conduta humana.

Dessa forma, a crítica ao ceticismo dos valores não se deve aos termos descritivos com que caracteriza a interpretação do *ponto de vista externo*. Mesmo correto em seus enunciados gerais, o cético se equivoca ao não compreender a situação conversacional do intérprete que, *do ponto de vista interno*⁸, enuncia uma verdade moral. Baseado na independência do valor consubstanciado no princípio de Hume, Dworkin retoma o problema da objetividade do ponto de vista do intérprete, isto é, como uma questão moral. Portanto, a única forma de desafiar a objetividade é questionar sua verdade moral.

Mas quais razões morais justificam a objetividade moral? Para Dworkin (2012, p. 121, 129), mesmo que não encontrem, pessoas moralmente responsáveis procuram a verdade. Isto não implica que duas pessoas sensatas raciocinando de maneira responsável e convictas de suas respostas não possam chegar a conclusões diferentes. Contudo, ainda assim, partilharão a crença de que há uma compreensão certa e uma errada. A pretensão de objetividade parece então funcionar como uma excelente ideia reguladora para a enunciação responsável de opiniões morais:

Declarar explicitamente uma falta de interesse pela verdade seria visto como ceticismo e encorajaria toda a confusão que deslindámos [...]. A insistência na verdade tem também virtudes mais positivas. Mantém de frente de nós o desafio filosófico mais profundo deste domínio: dar sentido à ideia de que há um sucesso ímpar a ser alcançado pela pesquisa, mesmo que esta pesquisa seja interpretativa e não empírica ou lógica, mesmo que esta pesquisa não admita demonstrações nem prometa convergência. O ceticismo externo não é uma ameaça a essa ideia. O ceticismo interno explora-a [...]. Devemos não só dar sentido ao sucesso ímpar na pesquisa interpretativa, como também lutar para o alcançar (Dworkin, 2012, p. 129).

Sendo assim, podemos entender que a objetividade consiste em um pedido moral de responsabilidade aos intérpretes na formação de suas convicções, o que confirma o enunciado cético sob o ponto de vista externo de que não há garantias absolutas de que dois intérpretes do direito ou da moral cheguem a uma mesma resposta. Contudo, esta conclusão não implica que a moralidade não exerça relevante constrangimento para as convicções de um intérprete responsável, na medida em que nossas crenças e convicções funcionam como elementos de comprovação na decisão de aceitar outras

⁸ Sobre a maneira com que o pensamento de Hart implicou em uma virada hermenêutica na interpretação do direito ao descrever a prática jurídica levando em consideração a forma com que ela é percebida e intencionalmente guiada pelos agentes, influenciando a teoria do direito de Dworkin, ver Macedo Júnior (2012).

opiniões. De fato, trata-se de uma coerção “interior” e “subjéctiva”, mas, ainda assim, verdadeira do ponto de vista fenomenológico (Dworkin, 2007, p. 282). Além do mais, a segurança jurídica teria por base a possibilidade de controle público das inevitáveis fundamentações morais explicitadas nas decisões.⁹

Colocadas tais questões desta maneira, ficamos tentados a aderir à formulação teórica de Dworkin tanto em sua elucidação metodológica, quanto na sua defesa de uma leitura moral do direito pelo judiciário.¹⁰ Entretanto, antes de embarcarmos neste estágio doutrinário de sua teoria, é importante observarmos que o autor produz um pensamento explicitamente voltado aos problemas da interpretação do direito nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Portanto, precisamos examinar os juízos de fato e de valor que nos induzem a determinadas proposições para que possamos, assim como ele, produzir uma teoria do direito conectada à nossa realidade jurídica.

Dworkin escreve uma teoria liberal do direito preocupada com o reconhecimento de direitos morais contra o governo. Por essa razão, e dado o desenvolvimento da jurisprudência nos referidos países da *common law*, elege a arbitrariedade judicial do realismo jurídico e o consentimento do positivismo com a discricionariedade seus adversários teóricos primordiais. As pesquisas em teorias do direito desenvolvidas no Brasil não podem desconsiderar este ponto, na medida em que a reaproximação entre direito e moral de caráter supostamente pós-positivista, em vez de limitar o poder da autoridade na interpretação do direito, tem estimulado a um só tempo a flexibilização das normas positivadas no debate público e o fortalecimento legítimo do poder decisório do judiciário.

Um processo judicial pode contribuir na elucidação deste argumento.¹¹ Em 2008, o Supremo Tribunal Federal levou a julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-0/DF em que analisava a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida. Ocorre que esta conduta havia sido recentemente permitida mediante o questionado art. 5º da Lei de Biossegurança, legislada pelo Congresso Nacional após amplos debates públicos e aprovada por larga maioria dos votos dos representantes eleitos. É importante lembrar que o juízo de constitucionalidade não é monopólio do judiciário, pois em um Estado constitucional todas as autoridades

devem se submeter à Constituição (cf. Dimoulis, 2011, p. 186). Nesse sentido, o que justificaria uma maior legitimidade para a interpretação do direito à vida feita por onze ministros da corte superior em relação ao conteúdo ético convencionado democraticamente no espaço público? Se os juízos morais se tornam circularmente verdadeiros graças a argumentos morais, o que fundamenta a primazia das convicções éticas dos juízes? A Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia se manifestou da seguinte forma sobre a questão:

Segundo o que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apoia?

No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma “firula legal”? (Brasil, 2008, p. 3-4).

Conforme se pode notar, para a magistrada – uma das poucas neste processo que considerou o enfrentamento do argumento relevante – adotar a postura de deferência pela decisão do legislativo nesta matéria nitidamente controversa equivaleria ao papel de “juiz-Pilatos” e, portanto, submeter o direito às emoções populares. Diante dessas situações em que os juízes não se abstêm de impor coercitivamente seus valores a despeito do procedimento democrático, não basta fazermos a crítica ao ceticismo aos valores visando controlar a interpretação jurídica se não compreendermos o valor que o ceticismo possui no direito moderno.

A perspectiva cética possibilita ao intérprete adotar uma postura de *tolerância* perante a pluralidade de convicções morais existentes em sociedades com-

⁹ Sobre o papel da argumentação para a segurança jurídica, ver Rodríguez (2012).

¹⁰ Dworkin (2010, p. 82) desenvolve uma teoria que comporta a existência de divergências, chegando a afirmar que, se uma pessoa teme um poder judicial demasiado grande, deve insistir que os juízes não devem ser encarregados da interpretação definitiva da Constituição.

¹¹ Esta análise teve por base a crítica de Vieira (2008, p. 452) ao papel que o judiciário e o Supremo Tribunal Federal vêm exercendo na ordem constitucional brasileira.

plexas, não no sentido de “suportar”, mas como reconhecimento e aceitação a pessoas, opiniões e atitudes oriundas de visões de mundo diferentes e possivelmente conflituosas (Adeodato, 2009, p. 75). Isso permite esvaziar a existência de um conteúdo ético prévio ao direito, assegurando a formação de um procedimento e de um espaço em que as decisões públicas possam ser tomadas e, conseqüentemente, aliviando o judiciário de pressões advindas de outros sistemas sociais como economia, política, religião e relações sociais.

Não se trata com isso de afirmar que a opção neste caso por uma postura de ceticismo interno seja moralmente neutra ou tampouco que derive obrigatoriamente da ordem institucional. A lição metodológica de Ronald Dworkin (2012, p. 77) foi suficiente para mostrar que, sem uma teoria moral de base, não teríamos sequer como escolher a melhor idealização dos dados brutos da história e da prática. Se a defesa da objetividade é um pedido moral de responsabilidade aos intérpretes na formação de suas convicções, defendo que uma interpretação da prática jurídica no Brasil também necessita considerar o próprio ceticismo como valor. Não no sentido de negar o compromisso com a verdade ao decidir determinado caso, pois, conforme dito, incerteza não se confunde com indeterminação (esta uma afirmação moral substancial como qualquer outra). Mas no sentido de que em casos controversos – sobretudo quando não esteja em julgamento proteção ao direito de minorias – os juízes sejam céticos quanto aos seus próprios valores, manifestando deferência pelo conteúdo ético selecionado pela maioria no debate público.

Quer dizer, como não há garantias sobre qual o sentido correto do direito à vida e uma decisão estatal precisa decidir a questão, tanto melhor que essa resposta seja construída mediante a participação das pessoas sujeitas ao direito constituído. Existe um sentido ético essencial que emerge nesta postura ao permitir que o sujeito seja convocado à sua responsabilidade na reprodução da ordem jurídica à qual está submetido (Philippi, 2001, p. 12-13). Trata-se de levar a sério o direito a tal ponto que, conforme a experiência socrática, a verdade encarne para o sujeito a pergunta: “Qual é tua parte nisso?” (Cabas, 2002, p. 52). Nesse sentido, pensar o ceticismo ao valor e o valor do ceticismo implica refletir sobre os limites ao poder de qualquer Autoridade dizer o direito.

Considerações finais

O debate sobre o conceito de direito e sua relação com a moral e a justiça tem passado por uma redefinição teórica que consiste em saber não apenas, como

outrora, se temos o dever de obediência às leis injustas, mas também em identificar o próprio papel que os valores morais possuem na interpretação sobre os direitos e obrigações das pessoas submetidas à jurisdição estatal. Esta perspectiva teórica surge em um quadrante da história em que o aumento da complexificação social e o desaparecimento de uma moral material globalizante generalizam no Ocidente um relativo ceticismo em relação aos valores.

Preocupado com o avanço da perspectiva teórica conhecida por pós-positivista que, no contexto nacional, tem implicado, em termos gerais, a flexibilização do direito positivo e o fortalecimento do judiciário perante os demais poderes da República, procurei analisar no presente trabalho a maneira com que algumas teorias do direito compreendem o ceticismo sobre os valores na interpretação do direito. Como primeira conclusão, foi possível perceber que as discordâncias pouco se referem à descrição dos fatos relacionados à interpretação e à moralidade. Seguindo o princípio de Hume de distinção entre fatos e valores, a afirmação de objetividade da moral feita por Ronald Dworkin aduz a uma compreensão da situação conversacional em que o intérprete do direito está situado ao enunciar juízos morais do ponto de vista interno.

Afastadas as discordâncias baseadas na má compreensão dos pontos de vista em que os enunciados estão fundamentados, pude partir para a questão central sobre a possibilidade da objetividade moral limitar a indeterminação inerente à interpretação do direito, apontando a relevância que a busca pela verdade exerce na enunciação responsável de opiniões morais. Sem negar a possibilidade de existência factual de múltiplas respostas, foi possível mostrar como tal ideia exerce uma verdadeira coerção interna nos intérpretes que – associada ao dever de justificação argumentativa das decisões – contribui no controle da arbitrariedade mesmo no contexto de sociedades complexas.

Por fim, procurando pensar a teoria e a filosofia do direito a partir da realidade jurídica do Brasil, defendi o posicionamento de que aceitar o papel dos valores na interpretação jurídica não implica a defesa *in totum* da tese de uma leitura moral do direito, na medida em que o ceticismo é, ele mesmo, um valor essencial ao direito moderno. Ceticismo aqui entendido como a atitude de reconhecimento de valores oriundos de outras visões de mundo. Em outras palavras, o pedido moral de responsabilidade aos juízes deve incluir a busca pela melhor resposta de tal forma que suas convicções morais pessoais sobre as exigências de uma decisão correta nutram especial deferência pelo conteúdo ético seleciona-

do no debate público. Dessa forma, os limites ao poder de decisão dos juízes podem ser pensados pela via dupla da crítica ao ceticismo aos valores e do reconhecimento do valor do ceticismo, dando sentido à responsabilidade que todos temos, juristas e cidadãos, enquanto sujeitos de nosso direito.

Referências

- ADEODATO, J.M. 2009. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo, Saraiva, 271 p.
- ADEODATO, J.M. 2011. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo, Noeses, 456 p.
- BOBBIO, N. 2006. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo, Ícone, 266 p.
- BRASIL. 2008. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF*. Supremo Tribunal Federal. Voto: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>. Acesso em: 17/05/2016.
- CABAS, A.G. 2002. *Um retorno a Sócrates*. Curitiba, Criar, 202 p.
- CARBONELL, M. 2009. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 286 p.
- DIMOULIS, D. 2011. Crítica do neoconstitucionalismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, 22:179-203.
- DIMOULIS, D. 2006. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo, Método, 301 p.
- DUARTE, É.O.R.; POZZOLO, S. (org.). 2006. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo, Landy Editora, 197 p.
- DWORKIN, R. 2010. *A justiça de toga*. São Paulo, Editora Martins Fontes, 421 p.
- DWORKIN, R. 2012. *Justiça para ouriços*. Almedina, Coimbra, 516 p.
- DWORKIN, R. 2002. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 568 p.
- DWORKIN, R. 2007. *O império do direito*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. 1977. *A ciência do direito*. São Paulo, Atlas, 111 p.
- HART, H.L.A. 2009. *O conceito de direito*. São Paulo, WMF Martins Fontes, 399 p.
- KELSEN, H. 2006. *Teoria pura do direito*. 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 427 p.
- LUHMANN, N. 1980. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 202 p.
- MACEDO JÚNIOR, R.P. 2012. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo, SP. Tese de livre-docência. Universidade de São Paulo, 330 p.
- NEVES, M. 1995. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Direito em Debate*, 4(5):7-36.
- PHILIPPI, J.N. 2001. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte, Del Rey, 435 p.
- RODRIGUEZ, J.R. 2012. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. *Análise e Direito*, 2012:129-152.
- SCHMITT, C. 2007. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte, Del Rey, 234 p.
- SÓFOCLES. 2003. *Antígona*. 7ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 56 p.
- STOLZ, S. 2007. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, 3(1):101-120.
- VIEIRA, O.V. 2008. Supremocracia. *Revista Direito GV*, 4(2):441-464. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>

Submetido: 25/05/2015

Aceito: 28/03/2016