

Existe a única resposta jurídica correta?

Is There the Only Correct Jurídical Answer?

JAYME WEINGARTNER NETO

Promotor de Justiça no RS, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Coimbra, Portugal), Doutorando em Instituições de Direito do Estado (PUC/RS), Coordenador do Curso de Direito da ULBRA/Cachoeira do Sul.

RESUMO

Depois de percorrer as discussões sobre o estado das ciências e o paradigma de Kelsen e Hart para a hermenêutica jurídica, discute-se a tese dworkiana da «única resposta correta» e as reformulações de autores posteriores, defendendo-se, ao fim, a busca da «melhor resposta possível».

Palavras-chave: *Filosofia do direito, Hermenêutica, Dworkin.*

ABSTRACT

After going through the discussions on the state of sciences and Kelsen's and Hart's paradigm to the legal hermeneutics, the author discusses Dworkin's thesis of 'the only correct answer' and the reformulations by subsequent authors, defending, as a conclusion, the search for the 'best possible answer'.

Key words: *Legal philosophy, hermeneutics, Dworkin.*

¹ O presente texto foi apresentado como relatório à disciplina "Interpretação Constitucional e os Fundamentos do Direito Público e do Direito Privado I (Temas Avançados de Interpretação Constitucional)", no âmbito do Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Direito da PUC/RS, Coordenador Professor Doutor Juarez Freitas.

(...) ver assim diferente, **querer** ver assim diferente, é uma grande disciplina e preparação do intelecto para a sua futura “objetividade” – a qual não é entendida como “observação desinteressada” (um absurdo sem sentido), mas como a faculdade de ter seu pró e seu contra **sob controle** e deles poder dispor: de modo a saber utilizar em prol do conhecimento a **diversidade** de perspectivas e interpretações afetivas. De agora em diante, senhores filósofos, guardemo-nos bem contra a antiga, perigosa fábula conceitual que estabelece um “puro sujeito do conhecimento, isento de vontade, alheio à dor e ao tempo”, guardemo-nos dos tentáculos dos conceitos contraditórios como “razão pura”, “espiritualidade absoluta”, “conhecimento em si”; – tudo isso pede que se imagine um olho que não pode absolutamente ser imaginado, um olho voltado para nenhuma direção, no qual as forças ativas e interpretativas, as que fazem com que ver seja ver-algo, devem estar imobilizadas, ausentes. Existe **apenas** uma visão perspectiva, apenas um “conhecer” perspectiva; e **quanto mais** afetos permitirmos falar sobre uma coisa, **quanto mais** olhos, diferentes olhos, soubermos utilizar para essa coisa, tanto mais completo será nosso “conceito” dela, nossa “objetividade”. Mas eliminar a vontade inteiramente, suspender os afetos todos sem exceção, supondo que o conseguíssemos: como? – não seria **castrar** o intelecto?... (NIETZSCHE, *Genealogia da Moral*, Terceira dissertação: o que significam ideais ascéticos?, aforismo 12);

(...) E aqui toco outra vez em meu problema, em nosso problema, meus caros, desconhecidos amigos (– pois ainda não sei de nenhum amigo!): que sentido teria nosso ser, senão o de que em nós essa vontade de verdade toma consciência de si mesma **como problema?** (idem, *ibidem*, aforismo 27).²

1. INTRODUÇÃO

Em sua célebre “Oração de Sapiência” proferida na abertura solene das aulas na Universidade de Coimbra, no ano letivo de 1985/86, Boaventura de Sousa Santos, depois de apresentar as fissuras no paradigma dominante, procurou caracterizar a mundivisão emergente (o paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente), tendo destacado quatro teses, postulando a terceira que *todo o conhecimento é auto-conhe-*

²NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, 3ª reimpressão, 2001, pp. 108-9 e 148, respectivamente.

cimento.³ O sujeito concreto destas reflexões inicia, então, de modo retrospectivo, pois já respondeu, noutra exercício dogmático, à indagação vestibular. Precisamente na nota 614 do trabalho, ao criticar a solução judicial de um caso difícil e uma vez apresentados os parâmetros da investigação para decidi-lo, consignou: “É de se reconhecer, com lisura, que *não existe uma solução correta*. Partindo de outros tópicos argumentativos, também razoáveis, viável defender-se que (...) Não é a posição do texto (...)”.⁴

Percebe-se que o problema foi apresentado em nível de crença, talvez no contexto de *descoberta*. Trata-se, agora, de avançar ao contexto de *justificação*, percorrer um procedimento ao cabo do qual a premissa possa considerar-se embasada, justificada. Sinala-se, com Atienza, que a teoria padrão da argumentação jurídica situa-se no contexto de justificação dos argumentos (em geral com pretensões descritivas e prescritivas), opondo-se tanto ao determinismo metodológico quanto ao decisionismo metodológico.⁵ Rejeita-se, desde já, pelas razões que seguem, *a idealizada resposta correta*, o que não significa renunciar *tout court* à busca da *melhor resposta possível*.

Confluem, para tanto, razões paradigmáticas (negativas e positivas) e argumentos jurídicos, de cerne hermenêutico. Ao cabo, pretende-se densificar o discurso da melhor resposta, um mapa útil para que se não caia no “pântano cinzento” do ceticismo ou do irracionalismo, uma orientação “em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o optimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada.”⁶

Em nível paradigmático, tópicos negativos apontam para o esgotamento de uma vertente, hegemônica, da modernidade, de um cientificismo tecnológico exasperado e tendencialmente estático e determinista. De sinal contrário, a mundivisão que se vai instalando, seja o pós-modernis-

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 11ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, pp. 50-5. “A ciência moderna consagrou o homem enquanto sujeito epistémico mas expulsou-o, tal como a Deus, enquanto sujeito empírico.” (...) Assim ressubjectivado, o conhecimento científico ensina a viver e traduz-se num saber prático.”

⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Item 5.5.2 – o caso Lula-Pelotas, pp. 313-8.

⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora 2000, pp. 21-6.

⁶ SANTOS, Boaventura, *Um discurso sobre as ciências*, p. 35.

mo de oposição (Boaventura) ou o *topos* da complexidade (Morin), valoriza a pluralidade, a dinâmica não-linear. Na teoria da argumentação jurídica, a interpretação é tópico-sistemática (Juarez Freitas), superado o positivismo reducionista. À tessitura argumentativa.

2. RAZÕES PARADIGMÁTICAS

Nosso lugar, hoje, é ambíguo, em “sociedades que são simultaneamente autoritárias e libertárias”, é “multicultural, um lugar que exerce uma constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades”.⁷

2.1. Negativas

No início do século XIX, a ciência moderna já se convertera numa espécie de religião (Copérnico, Kepler, Galileu, Newton, Bacon, Descartes estabeleceram seus fundamentos). Sua profissão de fé foi a racionalidade que emergiu a partir da revolução científica do século XVI e desenvolveu-se nos séculos seguintes basicamente segundo o modelo das ciências naturais, que servem, portanto, de padrão para as incipientes ciências sociais. Um modelo totalitário, “na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”. Só existe uma forma de conhecimento verdadeiro e é com indisfarçada arrogância que os cientistas se medem com seus contemporâneos. Kepler, numa única ilustração, *Harmonia do Mundo* (1619, sobre as órbitas dos corpos celestes): “Perdoai-me, mas estou feliz; se vos zangardes eu perseverarei; (...) O meu livro pode esperar muitos séculos pelo seu leitor. Mas mesmo Deus teve de esperar seis mil anos por aqueles que pudessem contemplar o seu trabalho.”⁸

Os grandes avanços técnicos baseiam-se na observação e na experi-

⁷ SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* (Para um novo senso comum. A ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática, v. I). Porto: Afrontamento, 2000, p. 26.

⁸ SANTOS, Boaventura, *A Crítica da razão indolente*, p. 58, donde extraiu-se a citação de Kepler.

mentação, presididas pelas idéias matemáticas. O que não é quantificável passa ao estatuto de “cientificamente irrelevante”. Claramente, “o método científico assenta na redução da complexidade”. O pressuposto metateórico de um conhecimento baseado na formulação de leis é a idéia de *ordem* e de *estabilidade* do mundo, o mundo da mecânica de Newton, estático e eterno, a matéria a flutuar num espaço vazio, decomposto analiticamente pelo racionalismo cartesiano. “Esta idéia do mundo-máquina é de tal modo poderosa que vai transformar-se na grande hipótese universal da época moderna”.⁹

Como conseqüência, “Por volta de 1900, a filosofia está gravemente afligida. As ciências naturais, ligadas ao positivismo, empirismo e sensualismo, roubam-lhe o ar que ela respira. A sensação de triunfo das ciências apóia-se no conhecimento exato da natureza e no domínio técnico da natureza.”. A época, desde meados do século XIX, impressionada com os resultados práticos das ciências empíricas, “desenvolve uma verdadeira paixão por reduzir, por expulsar o espírito do campo do saber”. Depois dos altos vãos idealistas do espírito absoluto, começa a surgir “por toda parte a vontade de ‘diminuir’ o ser humano. Naquela ocasião começava a vida da seguinte figura de pensamento: O homem não é senão...”.¹⁰

A crítica ao paradigma da modernidade, com seu misto de ingenuidade epistemológica e arrogância metodológica, já está feita. Em parte, pelo próprio aprofundamento do conhecimento, que desvelou a fragilidade de seus fundamentos. As rachaduras parecem irrecuperáveis: a relatividade da simultaneidade (Einstein), alteração do objeto pelo observador (física quântica, Heisenberg), o teorema da incompletude de Gödel, a teoria das estruturas dissipativas, a ordem através de flutuações (Prigogine).¹¹ Recupera-se a irreversibilidade da flecha do tempo (turbilhões, oscilações químicas, radiação laser) e fere-se de morte a física tradicional, que “unia conhecimento e certeza: desde que fossem dadas condições iniciais apropriadas, elas garantiam a previsibilidade do futuro e a possibilidade de retrodizer o passado. Desde que a instabilidade é incorporada, a signi-

⁹ Idem, *ibidem*, p. 61.

¹⁰ SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger, um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000, pp. 53 e 56-7. “O projeto da modernidade começa com a disposição de rejeitar tudo que é excessivo e fantasioso. Mas mesmo a fantasia mais excessiva não teria podido imaginar, naquele tempo, as coisas incríveis que o espírito da sobriedade positivista ainda produziria.” (p. 57).

¹¹ A literatura neste sentido é farta. Veja-se, para ilustrar, SANTOS, Boaventura, *Um discurso sobre as ciências*, pp. 23-35; *A crítica da razão indolente*, pp. 65-70.

ficação das leis da natureza ganha um novo sentido. Doravante, elas exprimem possibilidades.”.¹²

Não uma única verdade, uma certeza que estaria no âmago da matéria esperando ser descoberta por um sujeito independente e por meio de um método asséptico que, percorrido, garantiria a correção da conclusão/solução. É preciso, ao revés, aproximar-se de uma realidade que se apresenta como um território livre, prenhe de vida instável e difícil, que parece melhor retratada nos traços dinâmicos de Miró do que no ponto fixo de perspectiva cristalizada.¹³

2.2. Positivas

Explicar tal realidade, intui-se, significa simplificar, o que é inexorável, desde que se atente para o fato de que a análise da complexidade não elimina a tessitura complexa, embora possa elaborar modelos aproximativos de padrões simplificados da dinâmica. Podem-se elencar algumas características do emergente paradigma da *complexidade*:¹⁴

- a) ela é *dinâmica* (campo de forças contrárias, em que eventual estabilidade é sempre rearranjo provisório);
- b) *não-linear* (um modo de ser em que pulsa a relação própria entre o todo e as partes, “feitas ao mesmo tempo de relativa autonomia e profunda dependência” – para continuar existindo é mister mudar não linearmente, de modo previsível e controlável, “mas criativo, surpreendente, arriscado”);
- c) *reconstrutiva* (é devir intrinsecamente marcado pela flecha do tempo, irreversível, não se passa do depois para o antes, nem o

¹² PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Editora da UNESP, 1996, p. 12.

¹³ Desenvolveu-se a metáfora em *Honra, privacidade e liberdade de imprensa*, pp. 93 a 101, propondo que a pintura renascentista (e sua conquista da perspectiva tridimensional) está para os movimentos artísticos contemporâneos (o horizonte estético foi a obra de Miró) na mesma relação que se estabeleceu entre a centralidade legal cristalizada na codificação burguesa e o atual estágio de reflexão jurídica. Confirmam-se, ainda, a dinâmica da elipse barroca no centro da Praça de São Pedro em Roma, e os plúrimos pontos de vista da pintura de Cézanne e dos cubistas (pp. 97 e 100, respectivamente).

¹⁴ Segue-se DEMO, Pedro. *Complexidade e aprendizagem: a dinâmica não linear do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 13 a 31.

- depois é igual ao antes – a “natureza, a não ser em seus códigos formais, jamais se repete”, pelo que é “tipicamente produtiva”);
- d) é um *processo dialético evolutivo* (ao contrário do computador, que é máquina reversível);
- e) *irreversível* (também é impossível ir para o futuro permanecendo o mesmo, “acarreta inovação intrínseca, em maior ou menor grau, de tal forma que os produtos sempre são, também e essencialmente, processos. Fazer-se incessantemente é sua condição. Nada está propriamente feito, porque a incompletude não é defeito, mas modo de ser, sobretudo vir a ser. Todo o fenômeno complexo possui sua individualidade”, como condição própria distintiva);
- f) *intensidade* (a causalidade linear como tendencialmente residual na natureza – questão, ainda, da pesquisa qualitativa, que “busca ir além de indicadores empíricos mensuráveis diretamente” e correlata à problemática da participação);
- g) *ambigüidade/ambivalência* (a ambigüidade é estrutural, típica da dialética unidade de contrários “de algo que é, ao mesmo tempo, relativamente unitário (forma um todo) e naturalmente aberto (ultrapassa seus limites)”; a ambivalência refere-se à “processualidade dos fenômenos complexos” – a complexidade é “campo de força”, com dupla marca: “por ser ‘campo’, apresenta limites de espaço, relativamente discerníveis; mas, por ser ‘força’, aparece sua marca indomável, fazendo e desfazendo limites, por conta da criatividade intrínseca de fenômenos não lineares”).

À pergunta ontológica (que é o real?), responde-se, com humildade, que é indefinível e indevassável. Os dados que a ciência manuseia são constructos teóricos, nunca elementos originais. Não se lida com a realidade diretamente, mas com a realidade interpretada, reconstruída. Não se sabe bem nem o que é a realidade,¹⁵ nem como tal

¹⁵“Na realidade, não há fundo último, porque se dilui ou expande em novas dimensões cada vez mais complexas, para cima (astronomia) e para baixo (microfísica), não parecendo haver algum ponto final. Na explicação, não há fundo último, pois toda explicação não começa do começo, é cultural e hermeneuticamente contextualizada, bem como não acaba, porque já não existiria último questionamento já inquestionável.” (DEMO, op. cit., pp. 33-4).

realidade é captada – e aqui se chega à questão epistemológica. Morreu a coincidência entre realidade e realidade pensada. Não se tem, na cabeça, a realidade externa tal qual ela é, mas interpretação biológica e historicamente contextualizada. O xeque à epistemologia moderna, nas humanidades, derivou de discussões de estilo hermenêutico, exemplar Gadamer. Destronou-se a lógica, “porque é impossível erigir edifício completo que não seja também circular, eivado de pressupostos cujos fundamentos permanecem estranhos ou obscuros. O caráter lógico da explicação científica continua certamente de pé, mas desbancou-se a expectativa de que, sendo lógica, também seria verdadeira ou real.”¹⁶

O olhar crítico, essencial, “não elide o caráter intrinsecamente *interpretativo* da captação do real, dentro da tradição hermenêutica. (...) O real não desapareceu, o que desapareceu é a confiança ingênua em linearidades tranqüilamente visíveis e manipuláveis. (...) a hermenêutica bem conduzida não se afasta da modéstia da convivência com outros saberes, por conta de sua própria inserção cultural e do reconhecimento da trama implícita na linguagem.”. Disso não segue o relativismo e a fragmentação desconstrutiva do discurso (o “vale tudo” em ciência pós-moderna),¹⁷ pois, ao “ter sido desbancada a verdade única e impositiva, permanece a *pretensão de validade*, historicamente contextualizada, obtida por esforços formalizantes, ao lado de políticos, para que exista algum consenso.”¹⁸

Há, portanto, que se livrar da armadilha pessimista da incredulidade pós-moderna, “resgatando a crença em verdades objetivamente verificá-

¹⁶ “Por isso, prefere-se hoje como critério de cientificidade a *discutibilidade*, formal e política (...) ele reconhece [o critério] que a ciência não vive só de formalização, mas igualmente de consensos políticos, como a problemática dos paradigmas fartamente documenta.” (DEMO, op. cit., p. 40).

¹⁷ Confira-se PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. “Nessa moldura lábil, uma vez que todo o significado faz sentido, qualquer leitura assume, automaticamente, um *topos* privilegiado e exclusivo, tornando inútil o trabalho hermenêutico. Quando o relativismo serve de disfarce à astúcia da vontade, a conveniência do intérprete ganha o *status* de sentido inquestionável. Numa frase, concede-se ao impulso a licença para legitimar a força do arbítrio.” (pp. 28-9) “(...) os desconstrutivistas cometem a inominável soberba de serrar o galho onde se acham acomodados. Usam a razão para destruir (desconstituir) o próprio horizonte de racionalidade em que, desde o início, se movimentam.” (p. 30 e ss.).

¹⁸ DEMO, op. cit., pp. 45-6. “Como não podemos ver a realidade de fora ou de cima o que vemos de dentro nunca será suficiente para exararmos qualquer palavra final.” (p. 47).

veis”, visto que não há “ordem social sem confiança, e não há confiança sem verdade ou, no mínimo, sem procedimentos aceitos para apuração da verdade”.¹⁹

Socorre, ainda, Miguel Reale, numa visão filosófica que é vedado aprofundar neste trabalho, mas cuja natureza crítica é infensa a privilegiar tanto o pólo do *sujeito* como o do *objeto* do conhecimento (a procurar compreender sua essencial correlação) e que indaga, através de lente metafísica, acerca do *pensamento conjectural* – já que a conjectura tem desempenhado “função das mais relevantes na história das idéias, às vezes reduzido ao ‘pensamento problemático’, outras ao ‘metafórico’, quando me parece constituir um gênero abrangente de distintas formas de pensar segundo presunções, ou razões de plausibilidade”.²⁰ Dá, assim, suporte filosófico para que se não confunda “mais verdade com certeza, conforme se dá quando se considera científico tão somente o que é verificável ou possa ser objeto de teste experiencial”.²¹

Esta vertente pode arrastar, por sua vez, para o que se tem chamado de

¹⁹ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Verdade*. Rio de Janeiro: Record, 2000, pp. 23 e 17, respectivamente.

²⁰ REALE, Miguel. *Verdade e Conjectura*. 2ª ed. rev. e actual. Lisboa, Fundação Lusfada, 1996, pp. 13-4.

²¹ REALE, *Verdade e Conjectura*, no prefácio à edição portuguesa, onde cita (da 3ª ed. alemã da obra de Karl Popper “A lógica da pesquisa científica”) velho escrito de mais de 2.500 anos, de Xenófanes: “No início, os deuses não revelaram tudo aos mortais; / com o correr do tempo, todavia, procurando, encontramos o melhor. / Verdades indubitáveis, o homem não alcança e nenhuma virá a alcançá-las, acerca dos deuses e das coisas a que me refiro. / E se alguém viesse a proclamar a Verdade, em toda a sua perfeição ele próprio não saberia disso: tudo é uma teia de suposições.” (pp. 11-2). Preciosa síntese da original abordagem de Reale forneceu o próprio autor, em conferência intitulada “A semiótica e o pensamento conjectural” e proferida na abertura do XIII Colóquio Internacional de Semiótica Jurídica (São Paulo, agosto de 1997). Os estudos semióticos redundaram no abandono da rígida separação entre asserções dotadas de sentido ou sem sentido (*meaningless*) – sequer na matemática há linguagem plenamente segura (há proposições plausíveis mas indemonstráveis), a par da lógica paraconsistente que abstrai do *princípio da não-contradição* (a respeito das limitações da lógica aristotélica, vide também FERNÁNDEZ-ARMESTO, *Verdade*, pp. 123-30) – donde “a atenção dispensada à ‘vaguidade’ ou à ‘indeterminação’, como algo de insuperável na cognição científica”. Assim, ao invés de ignorar essa realidade, a semiótica “se esmera em dar-lhes estatuto próprio na teoria da linguagem, apurando-lhes cuidadosamente o sentido, para que, não obstante sua indeterminação, sejam objeto de rigorosas cautelas lógico-lingüísticas em sua aplicação”. Neste contexto, “não há como confundir *conjeturar* com mero devaneio ou uma *suposição gratuita*”, pois na conjectura “a razão, aliada à imaginação criadora, visa a ir além da experiência, formulando suposições plausíveis porque fundadas na experiência, e jamais em contradição com ela, a fim de responder a perguntas que emergem necessariamente da experiência mesma, o que faz parecer, em relação a esta, um pensamento paralelo e metafórico”. Enfim, trata-se “de uma forma de pensar que, sem abandono do rigor plausível, nos liberta das retortas do que é certo ou certificável, reconhecendo-se o valor também do verossímil” (REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 173-9).

“viragem lingüística” (*linguistic turn*), nas tensas relações entre a filosofia e a linguagem ao longo da história do pensamento ocidental.²²

3. O ESPAÇO JURÍDICO

Quid juris, neste embate de paradigmas?

²² Em linha de rápida resenha, segue-se STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999. Parte, o autor, do “Crátilo” Platônico (388 a.C.), que defendia o naturalismo (cada coisa tem seu nome por natureza, o *logos* está na *physis*) contra a posição sofística do convencionalismo (tal ligação é arbitrária, pp. 97-102). Em Aristóteles, a questão está na *adequatio* (conformidade entre a linguagem e o ser), a pressupor uma ontologia – acreditava “que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência” (p. 103). Assim, tanto no idealismo platônico quanto no essencialismo realista aristotélico, a verdade está preservada da corrupção e da mudança: o absoluto preside o esforço filosófico da metafísica, do século IV a.C. ao século XIX de nossa era (p. 105). O embate prossegue, com a continuidade da tradição metafísica e com reações à busca da essência e da coisa em si – cabível referir, ao menos, a originalidade da concepção de Santo Agostinho das palavras como signos (p. 107), do nominalismo de Ockham (para quem só há individuais particulares, não passando os universais de palavras (p. 108). Locke, no seu *Ensaio* sobre o entendimento humano, oferece uma classificação tripartida para as ciências: física, prática e semiótica (signos, palavras e idéias, como instrumentos de outras ciências) - pp. 110-11. Também o nominalismo de Berkeley insere-se nas relevantes contribuições para a discussão da linguagem. Hume iria desferir outro golpe na metafísica, ao negar a realidade objetiva da causalidade, do mundo e do sujeito (p. 113). Kant continua a conferir um caráter auxiliar/subsidiário à linguagem (p. 115). Com Nietzsche haveria uma ruptura do paradigma metafísico-essencialista (numa de suas célebres frases, “fatos é o que não há: há apenas interpretações” (p. 117), uma ruptura entre o conhecimento e as coisas. O “primeiro” giro lingüístico ocorreria com os trabalhos de Hamann-Herder- Humboldt, precursores do “rompimento com o paradigma instituído pela filosofia da consciência” (p. 119), ao reconhecer que a linguagem tem um papel constitutivo em nossa relação com o mundo – a linguagem como abertura e acesso ao mundo (fontes gadamerianas). Seguir-se-iam a semiologia de Saussure (a inaugurar a lingüística moderna, pp. 125-9) e a semiótica de Peirce com sua “ideoscopia”: primeiridade, secundidade e terceiridade (o signo como mediação de suas redes de classificações triádicas, pp. 130-6). A “viragem lingüística” passa pelo rompimento com as concepções metafísico-ontológicas, de modo que a linguagem não é mais vista como uma “terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, formando uma barreira que dificulta o conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas” (pp. 137-8). Na segunda metade do século XX, a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem traz vantagem objetiva, segundo Habermas: romper o círculo aporético em que o pensamento metafísico choca-se com o antimetafísico (p. 140). Dentre as principais correntes, o autor destaca o neopositivismo lógico do Círculo de Viena; Wittgenstein, para quem não existe um mundo em si, independente da linguagem, “somente temos o mundo na linguagem” (p. 144); e a filosofia da linguagem ordinária (comum). O giro lingüístico generaliza-se, sendo a linguagem tema comum de reflexão das diversas abordagens filosóficas contemporâneas: a hermenêutica de Heidegger; a pré-compreensão de Gadamer; a teoria da ação comunicativa de Habermas. Liberta da ontologia (já que não se acredita possa o mundo ser identificado com independência da linguagem), a hermenêutica é concebida como “uma incômoda verdade”, que nem é uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta, mas “uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem” (p. 153). Inexorável, pois, a mediação lingüística, “onde a hermenêutica e a pragmática passam a ocupar o centro do palco” (a feliz expressão é de Manuel Maria Carrilho).

3.1. A matriz Kelsen-Hart dissolve a questão

Sem a pretensão de uma abordagem histórica, Kelsen, que já em 1911 esboçava sua “teoria pura do direito”, alertava que sua concepção de interpretação contrapunha-se à “teoria usual da interpretação”, que “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.”. Adiante, volta a pugnar contra tal “ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”.²³ E por que Kelsen vai se opor à tradição? Por vislumbrar a *aplicação do direito como um exercício a um tempo limitado, dentro de um quadro ou moldura, e indeterminado, pois, nestes lindes, há uma pluralidade de opções*. Com notável proibidade científica, o corifeu do modelo hierárquico-piramidal reconhecia que a determinação do escalão superior ao inferior nunca é completa, nem pode vincular em todas as direções, inafastável uma margem de livre apreciação.²⁴

Passando ao largo da indeterminação intencional, programada pelo legislador ao utilizar cláusulas gerais, para Kelsen a aplicação do direito é indeterminada também num espaço involuntário, seja pela pluralidade de significações da linguagem (o sentido verbal da norma não é unívoco), seja em face da discrepância constatada entre a expressão verbal da norma (o texto, dir-se-ia hoje) e a vontade da fonte legislativa, ou, finalmente, como conseqüência de contradições entre duas normas que pretendem valer simultaneamente. Do que decorre a abertura de um leque, “oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica”. Dito de forma lapidar: “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste ato ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” Por conseguinte, a interpretação “não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor (...)”.²⁵

²³KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 391 e 396, respectivamente.

²⁴KELSEN, op. cit., p. 388.

²⁵KELSEN, op. cit., p. 390.

A visão de Kelsen liga-se, ainda, a outros dois postulados: a) não há um critério de preferência (questão do método), “não há absolutamente qualquer método” jurídico-positivo capaz de discernir, dentro da moldura, “a significação correta”; b) a escolha do intérprete seria um problema de política ou de justiça, não resultaria do direito positivo – fora do qual não há direito, já que o edifício kelseniano ergue-se, no que tange à relação entre a ciência jurídica e a política, “pela rigorosa separação entre uma e outra”. Daí, segundo o corifeu, o ódio à sua teoria, referido no prefácio à 1ª edição (em 1934, escrito na “neutra” Genebra), posto que teria afetado o interesse corporativo do jurista, desnudado, perante a sociedade, a quem tentara impingir “que possui, com a sua ciência, a resposta à questão de saber como devem ser ‘corretamente’ resolvidos os conflitos de interesses dentro da sociedade, que ele, porque conhece o Direito, também é chamado a conformá-lo quanto ao seu conteúdo, que ele, no seu empenho de exercer influência sobre a criação do Direito tem em face dos outros políticos mais vantagens do que um simples técnico da sociedade.”.²⁶

Seja como for, no que ultrapassar a atividade cognoscitiva (o conhecimento do Direito positivo e sua moldura), o aplicador deixa o campo jurídico e invade a seara de outras normas – sobre as quais exercerá ato de vontade –, de Moral, de Justiça, e a criação jurídica, neste último estágio (em que escolherá uma das figuras dentro do quadro), estará desvinculada, é livre, “isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.”.²⁷

Certo que o aplicador é livre (cria o direito) ao superar a “pura deter-

²⁶ KELSEN, op. cit., pp. XII e XIII. Interessante seria verificar o quanto tal assertiva contraria a idéia da interpretação como ato cognoscitivo (obtida por uma operação de conhecimento) e ato de vontade, em que o aplicador *escolhe* dentre as possibilidades reveladas, esclarecido, de todo modo, que o juiz é “um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre.” (p. 393).

²⁷ KELSEN, op. cit., p. 393. Repare-se na pista que segue: não seria assim, o aplicador não seria livre, se o próprio “Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo.” (p. 394). Seria possível aventar que, em face da constitucionalização e positivação da moral (fenômeno da substancialização do direito), Kelsen repensaria o “non liquet” jurídico? Diante, por exemplo, da redação do *caput* do artigo 37 da Constituição brasileira? A hipótese é aceita por Hart (*infra*). Alexy refere que as teorias positivistas, por diversos motivos, concebem o sistema jurídico sempre como um sistema *aberto*. Parece-nos, todavia, que o conceito mais adequado seria o de *indeterminação*. Visto que fora do direito positivo não se põe mais a questão jurídica, vale dizer, não há resposta estritamente jurídica, tratar-se-ia, pois, de um sistema fechado, que nega aos fatores “externos” (morais, políticos) a possibilidade de conhecimento jurídico. Vide ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5 (1988), p. 139.

minação cognoscitiva” (trava da interpretação científica, que se limita ao ato de conhecimento). O que leva às lacunas, que só podem ser preenchidas, numa função criadora, pelos aplicadores, em ato de vontade, pois “esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente.”²⁸ Trata-se, então, de problema político ou moral, infenso à crítica jurídica, o que é coerentemente apontado como cabal demonstração da pureza de sua teoria, não escapando a Kelsen que seu formalismo servia como invólucro para fascistas, comunistas, capitalistas-nacionalistas, bolchevistas crassos, escolásticos católicos, protestantes, ateus. Suspeita de todas as orientações políticas, a teoria pura, imaculada, não se compromete com nenhuma.²⁹

A posição “moderada” de Hart talvez seja ainda hoje o padrão-ouro do positivismo contemporâneo. Ao buscar o conceito do direito, deixa claro que se trata de uma abordagem descritiva, moralmente neutra, uma teoria jurídica descritiva e geral.³⁰ Certo que a tese central da “regra de reconhecimento” sofisticada-se e supera um positivismo meramente factual, podendo muitos sistemas de direito (“tal como nos Estados Unidos”), ao *pedigree* (a expressão é de Dworkin, para referir-se ao modo como as leis são adotadas ou criadas por instituições jurídicas, independente de seu conteúdo) agregarem princípios de justiça e valores morais, “critérios últimos de validade” que podem integrar o conteúdo das restrições jurídico-constitucionais.³¹

Nada obstante, deliba-se o cerne da polémica com Dworkin, inegável a textura aberta das regras jurídicas, que podem ter “penumbra de incerteza”. Hart é expresso: “Mas a exclusão de toda a incerteza, seja a que preço for, sobre outros valores não é um objectivo que eu tenha alguma vez encarado para a regra de reconhecimento. (...) Deveria tolerar-se uma margem de incerteza e, na verdade, deveria considerar-se a mesma bem-vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso

28 KELSEN, op. cit., p. 395.

29 KELSEN, op. cit., prefácio, p. XIII. Consulte-se AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979, pp. 182-200.

30 HART, Herbert L. A. *O conceito do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 301. Já Dworkin, *infra*, postulará uma teoria justificativa e interpretativa, “um empreendimento radicalmente diferente” da concepção de Hart.

31 HART, pp. 309-11. “É verdade, claro, que uma função importante da regra de reconhecimento consiste em promover a certeza com que o direito deve ser declarado.” (p. 312)

não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente.”. Diante de casos difíceis, Hart responderá que o direito é incompleto e não fornece qualquer resposta. Segue-se que os tribunais têm poder discricionário para criar direito.³²

3.2. A certeza combativa de Dworkin

Força de uns, miséria de outros. A partir deste ponto, cunha-se a crítica veemente de Ronald Dworkin, que, com a tese da “única resposta correta”, pretende romper a perigosa malha do relativismo. Se a pecha de neojusnaturalista sempre é problemática (pese a influência de Rawls), parece menos duvidoso considerar Dworkin um apologista do sistema americano e um crítico implacável do positivismo e do utilitarismo. Sua concepção ancora-se em direitos individuais “fortes” (contramajoritários) e no rechaço da separação entre direito e moral como postulado metodológico.

Ao invés de um sistema estruturado apenas por regras, Dworkin oferece um modelo de princípios jurídicos, o que deveria permitir que exista **uma única resposta correta** mesmo nos casos em que as regras não possam determiná-la.³³ Tal solução, a verdadeira, é a que *melhor* se justifica por uma teoria material que incorpora ao sistema jurídico princípios e ponderações que, novamente, *melhor* correspondam à Constituição, às regras jurídicas e aos precedentes. Pese reconhecer que não há procedimento que leve, necessariamente, à única resposta correta, adverte que a indisponibilidade de um método infalível não impede a existência da

³² HART, pp. 313-5. O autor, além de afirmar que a diferença entre regras e princípios é apenas de grau (quantidade de generalidade e abstração), sustenta a tese fundamental da separação entre direito e moral (p. 331 – “daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas”). Justamente a “one right answer” de Dworkin considera tal poder discricionário antidemocrático e injusto (pp. 336-8). Hart encara tal poder como “o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios”, por exemplo o reenvio da questão ao órgão legislativo; por fim, o injusto fraudar das expectativas daqueles que agiram em confiança de que “as conseqüências jurídicas de seus actos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus actos” (problema da criação jurídica *ex post facto*), parece bastante irrelevante nos casos difíceis – em que não haveria tal confiança justificada (p. 339).

³³ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Há diferenças qualitativas (lógicas) entre regras e princípios, os conflitos entre as primeiras resolvendo-se pela lógica do “tudo ou nada” (pp. 39-40), a par da dimensão de peso, presente nos segundos – embora apresentem-se sem hierarquia estabelecida (pp. 42-3)

resposta verdadeira, que sempre poderia ser encontrada por um juiz ideal, *Hércules*, meta da qual o juiz real deve aproximar-se.³⁴

Se para resolver os “hard cases” o juiz criasse normas, que seriam aplicadas retroativamente, Dworkin adverte que se não estaria tomando a democracia e seu sistema de legitimação a sério. O juiz, então, mesmo nas contradições e nas lacunas, está determinado por princípios, para que os indivíduos não estejam à mercê dos juízes. A função judicial é de garantia de direitos, não de criação. Com a resposta correta, a intenção é reduzir a irracionalidade da resposta jurisdicional, até porque, no litígio, há um direito a vencer.³⁵

Chega-se, nesta quadra, a alternativas pouco alentadoras: 1) um modelo *silogístico* da função judicial, de transbordante formalismo, gostaria de acreditar numa única resposta (a rigor, nem se colocaria a questão da resposta correta, pois a conclusão silogística é necessária); 2) uma visão dita *realista* não forneceria ferramental crítico, pois as decisões judiciais decorreriam de preferências pessoais, em nível de consciência subjetiva, sendo a justificação mero “a posteriori”; 3) a linha positivista, que não ultrapassa a constatação das várias respostas juridicamente indistintas (a textura aberta no âmbito da moldura); 4) a única resposta correta de Dworkin.

3.3. As versões esmaecidas da única resposta

Alexy abraça uma versão fraca da única resposta correta. Ao apontar méritos na distinção entre regras e princípios esgrimida por Dworkin, considera, entretanto, que a teoria dos princípios, por si, não logra sustentar a tese da única resposta correta. Acaso conjugada com uma “teoria da argumentação jurídica” (orientada pelo conceito de “razão prática”), só assim poderia embasar-se uma *versão débil* da tese da única resposta.

Rediscute, para tanto, os critérios de distinção propostos por Dworkin

³⁴ Seguiu-se ALEXY, “Sistema jurídico, principios juridicos y razón práctica”, *Doxa* 5 (1988), pp. 139-40.

³⁵ DWORKIN, op. cit., pp. 165-203. Repare-se que, mesmo nos casos difíceis, “os juízes são injustos quando cometem erros sobre os direitos jurídicos. (...) cometerão tais erros em algumas ocasiões, pois são falíveis e, de qualquer modo, divergem entre si.” (p. 202) – o que não configura, por si, “argumento contra a técnica de decisão judicial de *Hércules*, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade.” (p. 203)

para diferenciar princípios de regras, que são bem conhecidos: regras aplicam-se na forma do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*) – se é válida aplica-se, senão se ignora –, ao passo que os princípios não determinam necessariamente uma decisão (caberia perguntar se as regras determinam), mas proporcionam razões a favor de uma ou outra solução, exibindo uma dimensão de peso notável na colisão entre princípios. Alexy avança e afirma que o núcleo da diferença está no “mandato de otimização” dos princípios, que podem ser cumpridos em diversos graus (conforme possibilidades fático-jurídicas), ao contrário das regras, que exigem pleno cumprimento, restando a disjuntiva cumpridas/descumpridas – contêm determinações no campo fático-jurídico.

Do mandato de otimização Alexy chega à vinculação entre argumentação jurídica e moral (rejeita, pois, a tese positivista da separação). Vale dizer, a incorporação constitucional dos princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade, transmuda-os de “normas vagas” e apresenta uma tarefa de otimização, que tem forma jurídica, mas conteúdo (fundo) moral. Enriquecido, agora, o conceito de princípio cabe reperguntar sobre a capacidade da teoria dos princípios alicerçar uma única resposta para cada caso.³⁶

Uma teoria forte dos princípios, que elencasse de forma completa todos os princípios de um dado sistema, e catalogasse todas as relações de prioridade, abstratas e concretas, entre eles, determinaria, de forma unívoca, a decisão para cada caso e, com isso, consagraria a posição de Dworkin. Alexy, contudo, agrega outro dado: a “teoria dos valores”. Princípios e valores são intercambiáveis, a colisão de princípios (deontológica) é também uma colisão de valores (axiológica). Portanto, as relações de prioridade entre princípios revelam um problema de “hierarquia de valores”, que não comportam um ordenamento estrito, expressável numa escala numérica, de maneira “calculável”. Seria possível, contudo, uma “ordem débil” de valores, fazendo notar que uma relação de prioridade estabelecida para um caso concreto é importante para a solução de novos casos, assomando a fórmula de uma lei de colisão: “as condições, segundo as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o suporte fático de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalecente”. O programa da única resposta estaria salvo, sem prejuízo de reconhecer (por isso a debilidade), que a emergência de novos casos,

³⁶ Cf. ALEXY, *Doxa*, pp. 141-4.

com combinações originais de características, impede a construção de “uma teoria que determine para cada caso precisamente uma solução”.³⁷

Avultam, ainda, sempre com Alexy, as “estruturas de ponderação” – derivadas do princípio da proporcionalidade, cujos subprincípios consideram tanto as possibilidades fáticas de otimização (adequação e necessidade) quanto as jurídicas (proporcionalidade “*stricto sensu*”, o sopesamento entre o menoscabo de um princípio e a importância do cumprimento de um outro) –, a conduzir a estruturas de argumentação racional, e a possibilidade de existirem prioridades “*prima facie*”, que se não determinam o resultado final, obviamente estabelecem cargas diversas de argumentação. Neste ponto, conectando argumentação jurídica e razão prática, Alexy vai localizar seu modelo triádico de sistema jurídico, de duas dimensões: uma passiva, o nível dos princípios (1) e das regras (2); outra ativa, a teoria da argumentação jurídica (3), que diz *como*, atuando sobre o nível passivo (lidando com princípios e regras), é “possível uma posição racionalmente fundamentada”.³⁸

Nesta perspectiva, Alexy não vê motivo para abandonar a idéia da única resposta correta. Certo que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática em geral (diante dos vínculos institucionais, jurídicos, à lei, aos precedentes e à dogmática), também é pacífico que tais vínculos não levam “em cada caso precisamente a um resultado”, observação que vale tanto para as regras (subsunção) quanto para os princípios (ponderação), esta última categoria preenche de questões morais. Importa que nos casos problemáticos são necessárias avaliações que se não podem extrair obrigatoriamente dos vínculos fixados (da autoridade da lei, dos precedentes e da dogmática). Assim, para que se mantenha a racionalidade da argumentação jurídica é preciso verificar: se, e em que medida, as “avaliações adicionais são suscetíveis de um controle racional”. Ou, dito de outra forma, verificar a “possibilidade de fundamentar racionalmente os juízos práticos ou morais em geral”.³⁹

Chegados à encruzilhada do tudo-ou-nada? Subjetivistas-relativistas-decisionistas *versus* objetivistas-absolutistas-cognoscitivistas-racionalistas? Não para Alexy, que admite a impossibilidade de uma teoria moral *mate-*

³⁷ ALEXY, *Doxa*, p. 147.

³⁸ ALEXY, *Doxa*, pp. 148-9.

³⁹ ALEXY, *Doxa*, p. 149.

rial (com uma resposta concludente, segura intersubjetivamente, para cada questão prática), ao mesmo tempo em que ressalva a possibilidade de teoria morais *procedimentais* (que formulam regras ou condições do discurso prático racional). No núcleo, um sistema de regra e de princípios do discurso, “cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e de seus resultados” – consabido que Alexy formulou um sistema de 28 regras, algo com um “código da razão prática”.⁴⁰

Isso posto, Alexy pergunta: o discurso prático leva a uma única resposta correta para cada caso? Sob condições ideais, o exercício do discurso prático levaria sempre a um consenso, a uma única resposta correta (sem embargo, recorrendo a cinco idealizações: tempo, informação, clareza linguística e conceitual ilimitados; capacidade e disposição ilimitadas para a troca de papéis; e ausência de qualquer preconceito).⁴¹ Claro que na realidade não existe nenhum procedimento que permita, com a segurança intersubjetivamente necessária, encontrar a única resposta correta. Isto não obriga Alexy a renunciar à idéia da única resposta correta, desde que precisado seu *status*. Postula que, independente de existir ou não, os participantes do discurso devem “pretender que a sua resposta é a única correta”, o que significa pressupor “a única resposta correta como idéia regulativa”.⁴² Bastaria acreditar que, em alguns casos, pode dar-se uma única resposta correta e, não se sabendo quais casos serão esses, valeria a pena procurar encontrá-la (a única resposta correta) em todo e qualquer caso. As respostas alcançadas por tal via, ainda que não sejam as únicas corretas, respeitam as “exigências da razão prática e, neste sentido, são ao menos relativamente corretas”.⁴³

Em instigante estudo, o jurista finlandês Aulis Aarnio também enfrenta o tema.⁴⁴ Depois de apresentar o conceito de única resposta correta, em sua versão *forte* (existe uma resposta correta que pode ser detectada – jusnaturalismo racionalista, jurisprudência dos conceitos), e *débil* (embo-

⁴⁰ ALEXY, *Doxa*, p. 150.

⁴¹ Deixa sem resposta se, mesmo no quadro ideal, as diferenças antropológicas entre os participantes do discurso poderiam redundar em casos sem uma única resposta correta (ALEXY, op. cit., p. 151).

⁴² Vislumbram-se traços do “idealismo do *como-se*, cultivado pelos neokantianos nas cátedras alemãs” no início do século XX (SAFRANSKI, op. cit., p. 77).

⁴³ ALEXY, *Doxa*, p. 151.

⁴⁴ AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa* 8 (1990), pp. 23-38.

ra exista, nem sempre pode ser encontrada – algumas doutrinas positivistas, notável o postulado ideológico de que existam lacunas no sistema jurídico e a meta para alcançar a resposta como guia do juiz ou doutrinador), Aarnio esclarece a postura crítica que vai defender: uma resposta *negativa*. Não pode haver respostas corretas no discurso jurídico (tese ontológica), do que segue que tampouco tais respostas podem ser detectadas (teses epistemológica e metodológica).

Aarnio move-se no contexto de justificação. O Estado de Direito liberal prometia o máximo de certeza jurídica para as partes de um processo (a previsibilidade como negação da arbitrariedade), e a realização de tal desiderato ampara-se na divisão de poderes, na igualdade formal, na separação entre direito e moral e num modelo formal de argumentação jurídica (o silogismo). Já o *Welfare State* orienta-se na busca da igualdade material (qualidade de vida, proteção do mais fraco), sendo impossível separar direito e moral e tornando-se justiça, razoabilidade e equidade conceitos chaves – critérios, portanto, das decisões jurídicas. Na síntese, o raciocínio jurídico evitará a arbitrariedade (princípio do Estado de Direito) e o resultado final deve ser *apropriado*, isto é, de acordo com o direito (aspecto formal) e satisfazer critérios de certeza axiológica (aspecto moral ou material). Nas atuais sociedades, o processo de decisão (*proceso de razonamiento*) há de ser racional e justo, e os tribunais (com a especial responsabilidade social de maximizar a certeza jurídica) precisam justificar suas decisões recorrendo não apenas às fontes formais, mas também ao demonstrar suas razões (o que envolve a utilização de argumentos apropriados).

Posto que um dos traços mais importantes de uma “democracia madura é seu caráter aberto”,⁴⁵ as razões apropriadas conectam-se ao controle externo das decisões judiciais, vale dizer, o controle social depende de que os tribunais realmente argumentem, justifiquem suas decisões, demonstrem que suas razões são juridicamente aceitáveis e públicas (irrelevante o contexto de razões reais de descobrimento da solução). Aarnio destaca, no contexto da justificação, que não só o catálogo de fontes é importante, mas também a maneira de usá-las. Distingue justificação interna e externa. A primeira refere-se à estrutura interna (lógica) do arrazoado, calcado seu modelo clássico no silogismo aristotélico, no qual a inferência é necessária em relação à premissa. Observa, e bem: “Toda

⁴⁵ AARNIO, op. cit., p. 27.

decisão jurídica pode *ex post* ser escrita na forma de um silogismo, independente da forma com que foi alcançada.”⁴⁶ Entretanto, notadamente nos casos difíceis, sempre podem-se questionar as premissas da inferência (por que esta no lugar daquela?). *Argumentar sobre a premissa é a tarefa da justificação externa*. Pode-se lançar mão de outro silogismo, em que a premissa problemática aparecerá como conclusão, “construir cadeias de silogismos que dão suporte argumentativo à decisão (interpretação)”⁴⁷, cada ramo desta “árvore silogística” versando sobre uma fonte diferente.

Nos casos difíceis, nenhuma cadeia silogística, isoladamente, suporta de modo suficiente o resultado final. “O fator decisivo é a *totalidade* dos argumentos. (...) o ‘melhor’ resultado [semelhante a um quebra-cabeças] é a totalidade mais homogênea que se pode construir.” As premissas últimas de uma árvore silogística, resultando de sopesamentos e ponderações, “não são auto-evidentes ou empiricamente verdadeiras”. Outra vez decisivo será “o grau de coerência do conjunto de premissas que se pode construir” – a coerência como “medida última”.⁴⁸

A justificação externa, noutra linha, vista como *diálogo*, não se compadece com a manipulação, pois a meta da argumentação racional é o convencimento (não a persuasão do poder), já que a noção mesma do direito liga-se ao comportamento previsível das autoridades – o que afasta a arbitrariedade ou a tomada de decisões ao acaso. Entretanto, a expectativa de Aarnio concerne à “melhor justificação possível”, não a “soluções absolutamente corretas”.⁴⁹ A melhor justificação possível pressupõe uma “situação ideal de fala” (Habermas, racionalidade comunicativa), sendo critérios decisivos a liberdade e a igualdade na discussão, além do acordo fundamental de seguir os padrões do discurso racional. Embora ideal, tal situação pode servir como *medida* para a correção do discurso jurídico. Assim Dworkin, que personificou o ideal judicante em Hércules (capaz de encontrar uma resposta correta para cada *hard case*), e, mesmo, Alexy – na versão debilitada (a única resposta correta como pressuposto ideológico, mesmo que Hércules seja eventualmente incapaz nalgum caso).

Aarnio, nesta paragem, introduz o argumento da duplicação. E se hou-

⁴⁶ AARNIO, op. cit., p. 28.

⁴⁷ AARNIO, op. cit., p. 29.

⁴⁸ AARNIO, op. cit., p. 30.

⁴⁹ AARNIO, op. cit., p. 31.

vesse dois Hércules, ambos racionais, resolveriam da mesma forma problemas axiológicos? Visto que teriam pontos de vista diversos, calcados em interesses diferentes, “*podem* alcançar várias respostas não equivalentes mas igualmente bem fundadas.”. Como estabelecer qual a correta ou a melhor? Recorrer a um *metaHércules* conduziria ao regresso “ad infinitum” e, portanto, fracassa o argumento.⁵⁰

Superada, pois, a crença na resposta correta, Aarnio pergunta pela melhor resposta possível e chega ao problema do “princípio regulativo”, sempre conectado ao diálogo ou ao procedimento discursivo. Interessa, agora, o auditório. Num caso difícil, o intérprete dirige-se a um auditório, que tanto pode ser uma comunidade jurídica concreta (e que envolve elementos persuasivos, porque “somos demasiado humanos”, inclinados à manipulação) quanto uma *comunidade jurídica ideal* (em que todos comprometem-se com os princípios da racionalidade discursiva). *Esta comunidade ideal será o critério para avaliar a melhor resposta*. Repare-se que, ainda que todos disponham das mesmas fontes materiais, chega-se a mais de uma resposta, visto que no discurso jurídico “muitas das *eleições* decisivas têm *carga valorativa*.”⁵¹

No próximo passo, focada a divergência entre respostas na valoração de um determinado ponto de vista, é possível comparar as soluções? Não há, segundo Aarnio, uma medida comum e nenhuma resposta “*é em termos gerais* a melhor possível”. Uma pode ser, todavia, mais *relevante* que a outra – e, nesta perspectiva, a melhor. A melhor possível, *no momento*, será a que alcançar *maior aceitação possível* no auditório ideal. O critério, em suma, deságua no princípio majoritário.⁵²

Aarnio sinala que a aceitação da mais de uma resposta possível é “teoricamente necessária”, partindo a assumida visão relativista do pressuposto de que “não há respostas corretas no ordenamento jurídico *ex ante*”, pelo que “todas as soluções bem fundadas (...) são ‘corretas’ *ex post*, no

⁵⁰ AARNIO, op. cit., p. 32.

⁵¹ AARNIO, op. cit., p. 34. A comunidade jurídica ideal, por conseguinte, não é um “auditório universal” no sentido de Perelman, salvo na pressuposição da racionalidade do discurso, o que não elide a presença de códigos valorativos diversos.

⁵² AARNIO, op. cit., p. 35. Violar-se-ia, com isso, o direito das minorias? Não para o autor, visto que na comunidade ideal o uso do poder (discriminatório) não é um problema; o discurso racional leva em conta todas as razões (inclusive a opinião minoritária); mesmo a minoria, “a priori”, aceitou o princípio majoritário, fora do qual só poderia cogitar-se do sorteio.

sentido de que elas são respostas apropriadas *dentro* de uma segura armação justificatória”. Não há, doravante, como agregar argumentos de ordem “racional”. Trata-se, então, de introduzir a idéia de “cooperação social”, que pressupõe que se possa estar de acordo em certas soluções – o permanente desacordo provocaria incerteza sobre o que é correto ou errôneo, pois as autoridades necessitam de uma solução final para ser posta em prática.⁵³

Aarnio admite que o princípio majoritário não suplanta o desacordo. Todavia, aceita a racionalidade discursiva e a cooperação social (que supõe previsibilidade e rejeita o sorteio), servem de argumento para outra tese: “cada caso difícil *teria* uma resposta” (ainda que quase imperceptível, a crença “numa” resposta parece aflorar, como num ato falho), não a “única correta”, mas a “mais operativa” em relação aos pressupostos. Essa resposta mais operativa será considerada, para o momento, “a melhor possível”.⁵⁴

Aarnio propõe, ao cabo, a seguinte diretriz: “ Na decisão de um caso difícil deve-se tratar de alcançar uma solução tal e uma justificação tal que a maioria dos membros racionalmente pensantes da comunidade jurídica possa aceitar essa solução e essa justificação.”⁵⁵ Posto seu *princípio regulativo*, repara que serve para incitar quem decide à justificação racional e previne o objetivismo valorativo típico, por exemplo, de Dworkin. É de gizar que a aceitação da maioria é buscada na comunidade jurídica ideal. Encerra com uma prescrição, ao afirmar que a “aceitabilidade” como meta da argumentação jurídica “é suficiente para os seres humanos” e que a utilização do princípio regulativo proposto pode “maximizar as expectativas de certeza jurídica”.⁵⁶

⁵³ AARNIO, op. cit., p. 36.

⁵⁴ AARNIO, op. cit., p. 37, sem prejuízo de que a opinião minoritária, dada a dinâmica social, acabe alçando-se à condição de “melhor solução possível”.

⁵⁵ AARNIO, op. cit., p. 37.

⁵⁶ AARNIO, op. cit., p. 38. Pressupor “uma resposta correta” não ajuda a “servir melhor à sociedade”, pois do que realmente necessita-se é de “justificação racional”. Fica por demonstrar que o recurso ao auditorio ideal garante o máximo de certeza possível, pois a solução majoritária não virá com “selo de garantia” aposto por juristas angelicais, o que significaria uma nova ordem de problemas: depois de alcançada a melhor solução possível, reabre-se o campo discursivo para estabelecer que tal resposta *seria* a mais adequada no diapasão da comunidade jurídica ideal. Ainda que com as vestes da razão, permanece um quê de sacerdotal nesta intermediação entre as comunidades.

3.4. Intervalo para um viés crítico

Importante contribuição é ofertada por Manuel Atienza, que inicia justamente por criticar a “teoria padrão” da argumentação jurídica (Alexy), insuficientemente crítica “com relação ao Direito positivo, considerado tanto estática, quanto dinamicamente”.⁵⁷ Um de seus maiores defeitos é não ter conseguido representar, adequadamente, “como os juristas fundamentam, de fato, suas decisões”, sendo a lógica formal instrumento insuficiente para tal desiderato, já que “o processo de argumentação não é, por assim dizer, linear, mas antes reticular; seu aspecto não lembra uma cadeia, e sim a trama de um tecido.”.⁵⁸

O processo de argumentação que se realiza num caso difícil envolve, segundo Atienza, cinco passos: 1) a identificação do problema a resolver; 1.a) problemas de pertinência (dúvidas sobre qual norma aplicável); 1.b) problemas de interpretação; 1.c) problemas de prova; 1.d) problemas de qualificação (dúvida sobre se um determinado fato, que não é discutido, recai ou não no âmbito de aplicação de um conceito, contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma); 2) determinar se o problema a resolver surge por (2.a) insuficiência de informação (lacuna) ou por (2.b) excesso de informação;⁵⁹ 3) construir hipóteses de solução para o problema, construir “novas premissas, para criar uma nova situação informativa que contenha a uma informação necessária e suficiente com relação à conclusão”; 4) justificar as hipóteses de solução formuladas, apresentar argumentos a favor da interpretação proposta (no caso de insuficiência de informação os argumentos serão analógicos “lato sensu”;

⁵⁷ ATIENZA, op. cit., p. 314. Ademais, a teoria padrão ocupa-se quase exclusivamente de questões normativas, ao passo que a argumentação jurídica calca-se em grande parte “sobre fatos” (p. 315). Ignora, ainda, o âmbito da produção da lei (para Alexy, é o respeito a lei que o torna o discurso jurídico um caso especial, em relação ao discurso prático em geral), seria preciso “partir de alguma teoria da legislação” (p. 316). Salienta o autor, em terceiro lugar, que a teoria padrão descarta a “racionalidade estratégica”, que deve ser combinada com a racionalidade discursiva num modelo complexo de racionalidade prática, já que “a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação ou de uma negociação” (p. 318 – pense-se nos termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público no âmbito da legislação brasileira). Por quarto, uma teoria “há de ser também descritiva (...) capaz de dar conta dos argumentos que ocorrem de fato na vida jurídica”, seria importante que se estendesse também ao contexto da descoberta (pp. 318-9).

⁵⁸ ATIENZA, op. cit., p. 320.

⁵⁹ “Quando as premissas contêm toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo de tipo dedutivo. Mas normalmente precisamos argumentar naquelas situações em que a informação das premissas é deficiente ou, então, excessiva”, no sentido de contraditória (ATIENZA, op. cit., p. 326).

no de excesso, incidirá a *reductio ad absurdum*, determinada interpretação é impossível porque levaria a consequências inaceitáveis – trata-se, propriamente, de “estratégias de argumentação”); 5) justificação interna, “a última passagem com que termina o modelo é a que vai das novas premissas à conclusão”.⁶⁰

Desemboca-se na pergunta-título, ao indagar dos critérios de correção para avaliar o processo argumentativo. Atienza destaca o mérito da teoria padrão, ao trabalhar com a noção de “racionalidade prática” (Alexy), todavia insuficientemente desenvolvida, pois os critérios fornecidos são *mínimos*, “só permitem descartar como irracionais determinadas decisões ou formas de argumentação”. Entretanto, nos casos difíceis, as “diversas soluções presentes (...) são aprovadas nesse teste de racionalidade”. Para discutir qual a mais correta seria preciso ampliar a noção de racionalidade prática, para abarcar uma “teoria da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade” que oferecesse algum critério (por mais discutível que seja) – uma teoria que não pode ter caráter puramente formal, mas que incorporaria necessariamente “conteúdos de natureza política e moral”.⁶¹

Para tanto, Atienza distingue três funções que uma teoria da argumentação jurídica deveria cumprir: 1ª) *cognoscitiva* (permitir uma compreensão mais profunda do fenômeno jurídico e da prática de argumentar) – aqui faltaria desenvolver o aspecto dinâmico do sistema estrutural-normativo e procedimental-argumentativo de Alexy; 2ª) *prática* ou *técnica* (oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito) – neste ponto, estabelecer uma “série de critérios para fazer um julgamento sobre sua correção (...) é uma tarefa que, em considerável medida, ainda está para ser cumprida”;⁶² 3ª) *política* ou *moral* (a ideologia jurídica na base de uma concepção argumentativa) – Alexy, por exemplo, parte de “uma valoração essencialmente positiva de o que é o Direito moderno (o Direito dos Estados democráticos)”, e, embora não aceite o postulado dworkiano de *uma única* resposta correta, continua considerando que “o Direito positivo sempre proporciona pelo menos *uma*

⁶⁰ ATIENZA, op. cit., p. 329.

⁶¹ ATIENZA, op. cit., pp. 330-1.

⁶² ATIENZA, op. cit., p. 333. Outra finalidade prática refere-se ao ensino jurídico, que teria como objetivo central “o de aprender a pensar ou a raciocinar ‘como um jurista’, não se limitando a conhecer os conteúdos do direito positivo” (p. 334).

resposta correta”, a hipótese última de Alexy é a de que “sempre é possível ‘fazer justiça de acordo com o Direito’”.⁶³

Aqui um divisor de águas, sendo mais realista e crítica a visão de Atienza com relação ao direito dos estados democráticos, a notar que a argumentação não esgota o funcionamento do direito, “que consiste também na utilização de instrumentos burocráticos e coativos”. Assim, ao lado dos casos *fáceis* (para os quais “o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida”), há os *difíceis* – em que é possível propor mais de uma resposta correta “que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo” – e uma terceira categoria: a dos *casos trágicos*, nos quais a decisão não se coloca em nível de alternativas, mas de dilema, “quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral.”⁶⁴

4. A MELHOR RESPOSTA DA INTERPRETAÇÃO TÓPICO-SISTEMÁTICA

A pergunta-título recebe acurada e importante reflexão na obra de Juarez Freitas.⁶⁵ Já no primeiro capítulo, o autor deixa claro que o “Direito Positivo é aberto, vale dizer, a idéia de um suposto conjunto auto-suficiente de normas não apresenta a menor plausibilidade, seja no plano teórico, seja no plano empírico.”⁶⁶ Sendo, pois, um sistema geneticamente aberto,⁶⁷ é visto como “potencialmente contraditório, normativa e axi-

⁶³ ATIENZA, op. cit., p. 334.

⁶⁴ ATIENZA, op. cit., p. 335. Argumentar, aqui, implica elementos trágicos.

⁶⁵ Aliás, no prefácio, Eros Roberto Grau, pp. 17-8, assinala que “a alusão, no texto, a uma *melhor significação* possível entre as várias possíveis não significa adesão, dele [Juarez Freitas], à concepção *dworkiana* da *one right answer*. Essa *melhor significação*, no texto de JUAREZ, é aquela alcançada no campo da *prudência*, no sentido aristotélico, que a interpretação é.” – FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁶⁶ FREITAS, op. cit., pp. 32-3, o que implica rejeitar as teorias auto-suficientes que postulam sistemas fechados (nota 8).

⁶⁷ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996, pp. 101-26. Abertura entendida como “incompleteude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema” (p. 104), vinculada diretamente à “*incompleteude e a provisoriiedade do conhecimento científico*” (p. 106) bem como à “*modificabilidade da própria ordem jurídica*” (p. 109) – o “Direito positivo como um fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável” (p. 110), sendo a formulação do sistema jurídico “um processo infundável” (p. 111).

ologicamente”, tal *complexidade* revelando-se um dos pontos centrais de seu edifício conceitual. Lacunas e antinomias, derivadas da abertura (epistemológica, que decorre da indeterminação semântica da matéria jurídica), supõe a preexistência de soluções admissíveis (não completude, mas *completabilidade*).⁶⁸

A suplantar (não a desconsiderar) a lógica-formal, Juarez consigna que a escolha das premissas “determina a construção lógica”, pelo que o “silogismo jurídico deve ser reconhecido como dialético, isto é, pertencente ao democrático e pluralista reino da persuasão”, não podendo dispensar “argumentações baseadas em premissas contraditórias, tampouco deixar de conduzir a conclusões prováveis, hipotéticas.”⁶⁹ Adiante, o “círculo tópico-sistemático da compreensão”, proposto pelo autor, une engajamento e reflexão crítica, assumida a “identidade essencial da Tópica e do pensamento sistemático (...) para que *o ser e o dever-ser tendam à aproximação*”, provavelmente a maior missão da interpretação sistemática. Em síntese: a) toda hierarquização revela conteúdo tópico, o que é próprio da raciocínio sistematizador (e foi descurado por Canaris) “que advém da circularidade hermenêutica e da abertura cognoscitiva inerente ao diálogo do intérprete com o sistema objetivo; b) as visões unilaterais não dão conta dessa unidade dinâmica; c) a vocação integradora do pensamento sistemático demonstra-se no “ato de combater antinomias axiológicas”. A perspectiva, então, será *dialética*, imbricando-se a lógica formal ou “sistêmica” e a argumentação material ou sistemática. E a compreensão operacional da interpretação sistemática dá-se na vertente *hermenêutica*.⁷⁰

Ao postular um paralelo entre a identidade essencial tópico-sistemática e uma criativa “convergência viável” entre a *hermenêutica filosófica* e a *crítica das ideologias*, Juarez provoca frutífero diálogo entre Gadamer e Habermas, ao cabo do qual é possível (re)afirmar: “O ‘metacritério’ da hierarquização axiológica apresenta-se como um resultado vivo da necessidade de fazer preponderar tanto o *logos* crítico como o *logos* tradici-

⁶⁸ FREITAS, op. cit., pp. 49 e 50. “A Dialética, por outro lado, não peca contra a lógica formal. Simplesmente a supera, dado que é uma lógica da vida real. É a concepção da análise como parte integrante do processo social analisado, como sua consciência crítica possível, na certeza de que as coisas, em si mesmas, são contraditórias.” (p. 169).

⁶⁹ FREITAS, op. cit., p. 51.

⁷⁰ FREITAS, op. cit., pp. 159-60.

onal, de molde a encontrar a melhor universalização sistemática no caso concreto, vale dizer, topicamente.”, desde que assente que “o processo de compreensão requer participação na práxis comunicativa, sem neutralidade axiológica, dado que o próprio anelo de universalização, a despeito de objetivo, pressupõe a subjetivação do intérprete, marcadamente ao lidar com as antinomias jurídicas”.⁷¹

Da “identidade essencial” advém a mais relevante conclusão: “conviem variadas soluções no bojo do sistema jurídico e apenas a partir dele devem ser procuradas” (o direito positivo é um sistema aberto e completável topicamente).⁷² A partir de tais alicerces, vão-se cruzando vigas que culminam por rejeitar a “única resposta correta” e apostar na “melhor resposta possível”.

- (a) Jurista “é aquele que, acima de tudo, sabe eleger diretrizes e hierarquizar princípios”. Todavia, “na fixação ou no desvelamento de tais diretrizes, impende combater a concepção anacrônica de Carta Maior como se fosse um conjunto normativo em relação ao qual o exegeta seria capaz de inferir validamente soluções de modo dedutivo. (...) silogismos jurídicos são dialéticos e a operação hermenêutica é eminentemente circular. (...) importa, em sede de decisão jurídica, a qualidade de eleição das premissas.”;⁷³
- (b) O segundo preceito da ilustração prescritiva no direito público apresentada no capítulo 9 assume, *verbis*: “As melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”;⁷⁴
- (c) O sexto preceito considera que uma “boa interpretação constitucional é aquela que se sabe, desde sempre, coerente e aberta”;⁷⁵
- (d) O oitavo preceito refere que as “melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como tota-

⁷¹ FREITAS, op. cit., p. 165.

⁷² FREITAS, op. cit., p. 170.

⁷³ FREITAS, op. cit., pp. 187-9.

⁷⁴ FREITAS, op. cit., p. 194. O terceiro preceito também refere-se “a maior tutela jurisdicional possível” (p. 196) e o quarto “a maior otimização possível do discurso normativo” (p. 197).

⁷⁵ FREITAS, op. cit., p. 200.

lidade indissociável”, procuram restringir ao máximo as eventuais limitações (conferindo, ao núcleo essencial, eficácia direta e imediata);⁷⁶

- (e) Na síntese conclusiva, modo expresso, o autor assevera que, “sem que se adote a idéia da única interpretação correta, crê-se na possibilidade de melhor compreender a rede de princípios, regras e valores numa lógica que não é a do ‘tudo-ou-nada’, mas que haverá de ser dialética sempre, no campo dos princípios e no campo das regras”;⁷⁷
- (f) Em conseqüência, Juarez sugere “uma *melhor interpretação tópicosistêmica* dentre as ‘n’ possibilidades interpretativas, isto é, aquela que hierarquizar sistematicamente de modo o mais universalizável no enfrentamento das contradições ou incompatibilidades, contribuindo para o primado do respeito à hierarquia mais ética do que formal, numa inteligência apta a promover uma hierarquização de soluções sem quebra do sistema”;⁷⁸
- (g) Explicitando: “*a interpretação sistemática deve ser concebida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto (...) tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação*”;⁷⁹
- (h) A noção de rede hierarquizada, com máxima referência à Constituição, conduz à lógica jurídica necessariamente dialética, “porquanto são vastas e, não raro, contraditórias as possibilidades hermenêuticas conferidas ao intérprete/aplicador”;⁸⁰
- (i) A operação de atribuir “a *melhor significação sistemática, dentre várias possíveis (...) revela que o objeto da interpretação sistemática não se confunde com mera coisa destacável do in-*

⁷⁶ FREITAS, op. cit., p. 206.

⁷⁷ FREITAS, op. cit., p. 273. Mesmo porque “jamais haverá um conflito de regras que não se resolva à luz dos princípios” (p. 272).

⁷⁸ FREITAS, op. cit., p. 274.

⁷⁹ FREITAS, op. cit., p. 275.

⁸⁰ FREITAS, op. cit., p. 276. A hierarquização axiológica nunca será somente jurídica, pois a “interpretação opera como ‘descoberta’ e, ao mesmo tempo, como uma construção intersubjetiva da própria sistematicidade”.

térprete, tampouco com o resultado cego de forças ou de processos.”;⁸¹

- (j) A unidade dialética e a completabilidade do sistema impedem “a erupção de decisionismos subjetivistas maculados pela irracionalidade arbitrária” – pelo que, ao revés do sustentado pelo positivismo, mesmo o de combate de Bobbio, “a zona indeterminada entre o regulamentado e o não-regulamentado não configura (...) uma ausência de condições jurídicas para decidir (...) [pois] o princípio da hierarquização axiológica reveste-se também de conteúdo eminentemente jurídico.”;⁸²

Ao cabo, o autor parece tomar posição na tensão entre “bons homens ou boas leis”, destacando “a importância de *robustecer a formação axiológica do intérprete para a suprema tarefa ético-jurídica que consiste, em face das antinomias de avaliação, em alcançar o melhor e mais fecundo desempenho da interpretação sistemática*”,⁸³ um espaço para a virtude.

5. NA SENDA DA MELHOR RESPOSTA

Afinadas com os câmbios paradigmáticos mencionados, outras posições alinham-se na trilha da melhor resposta. Avulta, pela clareza e originalidade de sua obra, o contributo de Zagrebelsky, para quem a aplicação judicial do direito confere unidade às separações experimentadas entre leis/direitos/justiça e princípio/regras, numa resoluta oposição à subsunção reducionista do positivismo.⁸⁴

Para o autor, a dialética do caso/normas (integrada no círculo herme-

⁸¹ FREITAS, op. cit., p. 277.

⁸² FREITAS, op. cit., pp. 282-3.

⁸³ FREITAS, op. cit., p. 290. Na mesma linha da melhor interpretação, também PASQUALINI, op. cit., p. 24, o vêo hermenêutico como a “perene e intersubjetiva procura do melhor sentido da lei ou, em termos mais concretos, da melhor solução sistemática para os conflitos jurídico-sociais”. A procura das melhores exegeses é meta fiadora e inarredável da hermenêutica (p. 51).

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 131. Não escapa ao autor a contradição entre concepção e prática positivistas, assente no lema paradoxal da “lei mais perspicaz que o legislador”, pelo qual pretendiam a “objetivação” do direito legislado (uma ficção sem fundamento teórico), em que pese a “visão objetivista” da vontade da lei ter-se revelado um véu debilíssimo para quem quisesse rasgá-lo.

nêutico), nem pode resvalar para a pura casuística (excesso de concreção, mera tópica) nem para a ciência teorética inútil (excesso de abstração, algumas vertentes sistemáticas). Tal concepção prática orienta a interpretação jurídica na busca da norma adequada tanto ao caso quanto ao ordenamento, conjugando ambas vertentes até lograr resultado satisfatório. A interpretação está na atividade mediadora entre o caso tópico e o sistema normativo, situada na “linha de tensão” que vincula a realidade com o direito.⁸⁵

Ao asseverar que o ordenamento jurídico não oferece ao intérprete uma só e única resposta para regular o caso, Zagrebelsky insere a questão do método. A busca da regra não está determinada pelo método, é o método que está em função (na direção) da busca, dependendo do que se queira encontrar. O método é só um *expediente argumentativo* para mostrar que a regra extraída do ordenamento é possível, justificável nesse ordenamento dado. Principalmente, não existe um só método, mas vários, sem hierarquia, sendo o “pluralismo metodológico” traço essencial da atual cultura jurídica.⁸⁶

Sendo o caso, para o juiz, um acontecimento problemático que deve ser resolvido, antes é preciso compreendê-lo, o que pressupõe que se entenda seu “sentido” e que se lhe dê um “valor”. Por *sentido*, Zagrebelsky entende a conexão entre uma ação e seu “resultado” social (com os efeitos que se considera que pode produzir). Embora a compreensão de sentido dirija e condicione a compreensão de valor, são momentos logicamente distintos que se condicionam reciprocamente. É evidente “que uma determinada compreensão de sentido pode propiciar, melhor que outras, diversos valores, e que a assunção de certos valores, melhor do que outros, pode fazer ver nos casos certos significados antes que outros”. Sentido e valor, juridicamente, têm significado objetivo, referência ao contexto cultural, pelo que se pode falar de “solução adequada ao caso”.⁸⁷

A dinâmica e a mudança dos sistemas jurídicos são traços inescindíveis e o correlato déficit de certeza “não se pode remediar com uma teo-

⁸⁵ ZAGREBELSKY, pp. 132-3.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, pp. 134-5.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, pp. 136-7. Interessante que, aproximando-se de Atienza, o autor, adiante (ao descrever o caso Serena, um caso difícil), fale de outros casos “iguais ou mais trágicos”. De toda sorte, o direito por princípios mostra sua dimensão concreta e à incluível chamada à “prudência” do intérprete (p. 144).

ria da interpretação mais adequada”. Caminha-se para um direito da *equidade*, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições “em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas ‘razões’. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam, neste ponto, as imagens de ductibilidade (...)”.⁸⁸

Também a vislumbrar na instabilidade e na incerteza oportunidades para novas respostas estruturadas de acordo com um paradigma mais complexo, insere-se a hipótese literária de Massimo Vogliotti – na imagem dos “rapsodos gregos” e na figura da rede, ao invés da pirâmide.⁸⁹ Diante da crise ilustrada pelo escandaloso protesto de cerca de quinhentos magistrados franceses, que, em 19 de janeiro de 2001, jogaram seus códigos penais nas janelas da Chancelaria, aos pés do poder político, denunciando falta de meios para aplicar uma nova lei sobre presunção de inocência e contra a lógica produtivista exigida diante da explosão de litígios – um gesto que afrontou a idéia moderna de Código, obra da razão, coerente e completa, de linguagem clara e precisa (lógica linear e binária, que separa criação e aplicação do direito, direito substancial e processual etc.) –, é possível reagir dentro do paradigma oficial, como pretende o garantismo de um Ferrajoli, de assumida raiz positivista e a apostar na clareza da lei como fonte única, *ou aceitar a bondade da reacomodação paradigmática*.⁹⁰

O autor evoca a metáfora da rapsódia, cuja etimologia já sugere a formação progressiva e pluralista do texto: “Esta antiga forma literária [a rapsódia] evoca, ao contrário [de uma obra escrita, do alto, por um único autor], a idéia do direito como uma **rede** tecida, de maneira contínua, por vários autores, tendo margens de criatividade diferentes, a partir de

⁸⁸ ZAGREBELSKY, pp. 146-7. A relação de tensão entre o caso e a regra “introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito” (p. 148).

⁸⁹ VOGLIOTTI, Massimo. “La ‘rhapsodie’: fecondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal”. *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, 2001, n^o 46, pp. 1-47.

⁹⁰ VOGLIOTTI, op. cit., pp. 12-5. Preconiza o autor que a reação da comunidade jurídica deve ultrapassar a hipótese “ad hoc” (interpretando a crise como deformações contingentes, passível de superação pelo ajuste do paradigma da modernidade – certo que identificado na vertente positivista) e investir numa “rupture épistémologique”. Ao revés, para Ferrajoli, o Poder Judiciário está legitimado na medida em que exerça somente função cognitiva (p. 21, nota 47).

uma multiplicidade difusa de contextos, por meio de procedimentos e técnicas diversas, mas unificada por uma mesma tensão unitária, que é a de escrever a *epos* da sua comunidade, que, em nosso sistema jurídico, é representada pelos valores da Constituição (...).⁹¹

Sob ponto de vista epistemológico, a metáfora da rapsódia desloca o acento das propriedades substanciais para as propriedades *relacionais* do sistema jurídico, uma epistemologia *reticular*, em que o conceito fundamental é o de *conexão*. Aqui, “os significados não preexistem completamente ao jogo de relações, mas se constituem nas conexões entre os *nós* da rede”.⁹² O fundamento, portanto, passa a ser dinâmico e pluralista. Importa que a idéia de *limites* também muda. Não há fronteiras rígidas nem impermeáveis – o limite não está posto antes de começar o jogo, mas assume a natureza de um *projeto* que, para concretizar-se, precisa da colaboração ativa e responsável de todos os atores do campo jurídico (resultante do jogo relacional recursivo).⁹³

A figura da autoridade também deve ser repensada, nesta perspectiva dinâmica (mais que *ser*, a autoridade deve *fazer-se*) – a legitimação pela justificação permanente. Vogliotti ainda destaca a *autorevolezza*, um poder que se faz respeitar principalmente pelo seu *prestígio* (o que envolve decisões de qualidade, que forneçam boas razões).⁹⁴ O que se liga, segundo o autor, à “reabilitação da figura humana” no direito, e seu papel central na rapsódia, que não prescinde da qualidade dos homens que se conectam à rede jurídica. A modernidade concentrou-se sobre os problemas de formação da lei, ao invés de debruçar-se sobre a “formação do homem de leis” (uma desvalorização ligada a uma antropologia negativa, em que as regras não são concebidas pelos homens, mas contra eles – uma estratégia, de resto, ineficaz).⁹⁵

Preferível aceitar, sem mistificação, a fragilidade do fundamento epistemológico do direito – e renunciar à *hybris* da razão jurídica moderna –

⁹¹ VOGLIOTTI, op. cit., pp. 18-9. É conhecida a imagem do “romance em cadeia” ou elos de Dworkin.

⁹² VOGLIOTTI, op. cit., p. 29.

⁹³ VOGLIOTTI, op. cit., p. 32. O limite resultará de relações recursivas entre o horizonte do passado (tradição) e o do futuro (a representação, pelo intérprete, de uma decisão “justa”, que possa ser aceita pela comunidade interpretativa como uma prossecução legítima da rapsódia jurídica, sempre em conformidade com os cânones constitucionais) – p. 33.

⁹⁴ VOGLIOTTI, op. cit., pp. 36-8.

⁹⁵ VOGLIOTTI, op. cit., pp. 41-2.

e insistir na *modéstia*, privilegiar a virtude da *mitezza*. A prioridade da agenda jurídica, então, passa a ser a ética do jurista e sua deontologia (a *paideia* jurídica necessita de *intentio* ética). O dever da coerência, aqui, será ditado pela necessidade, por ser o único meio de que se dispõe para ligar/conectar os sujeitos.

Vogliotti figura um sujeito grave e responsável, consciente da fragilidade íntima (da *légèreté*) do direito e privado das ilusões da mitologia jurídica moderna, que sabe encontrar os limites em si mesmo. Ainda assim, tal condição do direito contemporâneo não deve projetar uma sombra de pessimismo sobre o porvir. O declínio do paradigma tradicional não significa a inevitável condenação do direito à fragilidade e à impotência, a um estado de insegurança e de relativismo radical. O direito não perde sua capacidade de instituir o social. Todavia, reconhecer sua *fragilidade* epistemológica e aceitar sua *modéstia* axiológica parece ser a verdadeira força do direito em rede – a vida dos habitantes deste direito rapsódico pode tornar-se menos incerta que a de outros que supõem modelos mais pretensiosos e, apenas na aparência, mais sólidos (os autores da rapsódia devem saber que a resistência da rede tem um limite).⁹⁶

O direito *mite* foi a expressão escolhida por Zagrebelsky para configurar os traços de um sistema mais dinâmico, plural e complexo. A tradução espanhola utilizou o termo *dúctil*. Bobbio escreveu o *Elogio della mitezza* (cuja primeira edição italiana remonta a 1994), tendo optado o tradutor português pelo substantivo *serenidade*. Importa que o pensador italiano considere a “mitezza” uma virtude *fraca*, a mais impolítica das virtudes.⁹⁷

Interessa, ademais, a constatação de Bobbio, no sentido de que além do tema da virtude ter sido exumado, o final do século passado retomou o tema das *paixões* (e sua relação com a razão). O que é sintomático, depois da doutrina da virtude, de raiz aristotélica, ter sido abandonada na “modernidade”, na qual prevaleceu a ética das regras, com o binômio direi-

⁹⁶ VOGLIOTTI, op. cit., pp. 42-9.

⁹⁷ Não a virtude dos fracos, pois que se não confunde com submissão, mas como oposta às virtudes “fortes” dos estadistas, do homem de governo. Antes, com valores próprios de um homem privado, “insignificante”. Trata-se de uma distinção analítica, não *axiológica*. Bobbio assume que o fundamento de uma república, mais até do que as boas leis, é a *virtude* dos cidadãos (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002, pp. 9 e 37).

tos/deveres. Bobbio considera artificial a contraposição entre virtudes e regras, sendo mais sábio analisar a relação entre as duas categorias.

O adjetivo *mitexza* aplicado ao direito insere-se neste pano de fundo.⁹⁸ A serenidade, como postulada por Bobbio, é uma virtude *ativa* e uma virtude *social* (ao passo que temperança e coragem seriam virtudes individuais). Numa definição lapidar: “Serenos é o homem de que o outro necessita para vencer o mal dentro de si”, serenidade como *potência*, que consiste em “deixar o outro ser aquilo que é”.⁹⁹ No oposto da serenidade estão a arrogância, a insolência e a prepotência, vícios/virtudes (conforme o ângulo) do homem político. Daí outra característica da serenidade, que chega a ser a “outra face da política”, e ajuda, pois, a definir os limites entre o político e o não político.¹⁰⁰ Adiante, Bobbio vai mesmo justificar sua escolha por uma virtude que é a antítese da política, aproximando a serenidade de duas outras virtudes complementares: a *compaixão* (que se conecta à misericórdia) e a *simplicidade*, vista como a capacidade de fugir intelectualmente das complicações inúteis e praticamente das posições ambíguas.¹⁰¹ Algo que calharia bem para a melhor resposta.

Ao cabo, arrisca-se alinhar algumas pistas, para ulterior aprofundar, como ensaio de conclusão. Não há, pelo que ficou dito, uma única resposta correta. Na vida prática, todavia, é preciso escolher a melhor resposta possível, mesmo pela aspiração tópica do direito, que há de ser, ao mesmo tempo, a mais sistemática. Os problemas avultam quando se indaga acerca dos critérios para preferir uma resposta à outra. Assim como a pluralidade metodológica está posta, é possível afirmar uma pluralidade de critérios que, conjugados, concretizam orientações, sinalizam a melhor resposta. Parece que é preciso, mantido o *topos* da racionalidade argumentativa (e da universaliza-

⁹⁸ BOBBIO, op. cit., p. 34, considera uma categoria inusitada e, expresamente em relação à obra de Zagrebelsky, aponta que caberia uma questão preliminar: *Mite*, por quê?

⁹⁹ BOBBIO, op. cit., p. 35.

¹⁰⁰ BOBBIO, op. cit., p. 39. A política não é tudo, afirma Bobbio. A serenidade é o contrário da arrogância (a opinião exagerada sobre os próprios méritos, que justifica a prepotência), não porque se desestime, mas por ser mais propensa a acreditar nas misérias que na grandeza do homem – o sereno se vê como um homem igual aos demais. Implicações interessantes podem derivar daí, a solução jurídica demarcando-se, pela serenidade, das decisões políticas. De toda sorte, resvala-se, aqui, para o território da tolerância e do respeito pelas idéias e modos dos outros (p. 42).

¹⁰¹ BOBBIO, op. cit., pp. 43-6.

ção),¹⁰² densificar tanto o sujeito (que responde) quanto o auditório (que aprova).

Boaventura, na sua crítica da razão indolente, observa que só pode haver discurso argumentativo dentro de “comunidades interpretativas”, os auditórios relevantes da retórica. Por outro lado, “o fim dos monopólios de interpretação é um bem absoluto da humanidade”, embora o perigo, igualmente temível, da “renúncia à interpretação”. Contra ambos, a estratégia é a proliferação de comunidades interpretativas, que são comunidades políticas. O produto de tais comunidades (o conhecimento emancipatório pós-moderno) será retórico, uma verdade retórica, “uma pausa mítica numa batalha argumentativa contínua e interminável travada entre vários discursos de verdade; é o resultado sempre provisório de uma negociação de sentido realizada num auditório relevante”.¹⁰³

Daí que o autor proponha uma *novíssima retórica*, que parte das consequências, das “últimas coisas” (a intersecção entre retórica e pragmatismo – um conhecimento prudente para uma vida decente).¹⁰⁴ Na visão de Boaventura, o auditório “está em permanente formação. (...) É a fonte central do movimento, a polaridade orador-auditório em constante rotação. (...) o auditório é um processo social (...)”.¹⁰⁵

No que tange ao sujeito, vale lembrar que a transição paradigmática é dupla: epistemológica e social. “A unir as duas transições, existe o conceito de subjectividade – simultaneamente individual e colectiva –, o grande mediador entre conhecimentos e práticas.”.¹⁰⁶

¹⁰² O próprio Habermas, todavia, perguntado sobre se a sua teoria crítica do capitalismo avançado teria utilidade para as forças socialistas do terceiro mundo e se essas forças poderiam ser úteis às lutas pelo socialismo democrático nos países desenvolvidos, respondeu ter consciência “do fato de que esta é uma visão limitada e eurocêntrica” – *apud* SANTOS, *A crítica da razão indolente*, op. cit., p. 341.

¹⁰³ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, op. cit., pp. 90-1.

¹⁰⁴ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, op. cit., pp. 97. Há de se privilegiar o convencimento em lugar da persuasão, “acentuar as boas razões em detrimento da produção de resultados” (p. 98), sendo a dimensão dialógica entre orador e auditório um princípio regulador da prática argumentativa (p. 99).

¹⁰⁵ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, op. cit., p. 99. Entretanto, o “potencial emancipatório da retórica assenta na criação de processos analíticos que permitam descobrir por que é que, em determinadas circunstâncias, certos motivos parecem ser melhores e certos argumentos mais poderosos do que outros” (p. 100).

¹⁰⁶ SANTOS, *A crítica da razão indolente*, op. cit., p. 319. A exploração das possibilidades emancipatórias deve ser guiada por três grandes *topoi*: a fronteira, o barroco e o Sul (pp. 321-54).

Quem sabe um sujeito revitalizado, imerso no círculo virtuoso de uma comunidade político-interpretativa determinada, possa encontrar a melhor resposta, a exasperação da alteridade e da emancipação. De forma prudente. Uma resposta decente.