

A (IN)CORREÇÃO DA TESE DA RESPOSTA CORRETA E SUA UTILIZAÇÃO COMO IDEIA REGULADORA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Macell Cunha Leitão¹

RESUMO

Analisa-se a correção dos argumentos que fundamentam a ideia de resposta correta no direito. Diante do realismo linguístico fornecido pela filosofia retórica na abordagem do direito positivo, conclui-se pela impossibilidade ontológica da existência de uma (única) decisão correta. Assim, considerando a importância dessa tese para o discurso de legitimação das decisões judiciais numa ordem política democrática, defende-se o ponto de vista que considerar a resposta correta como (mera) ideia reguladora pode ser funcional na eliminação crítica de respostas que não correspondam às expectativas institucionalizadas pelo direito estatal. Aponta-se, dessa forma, para um encaminhamento quanto ao problema da discricionariedade judicial capaz de superar eventuais dogmatismos na interpretação da lei.

PALAVRAS-CHAVES: direito; hermenêutica; retórica; decisão judicial; discricionariedade.

THE (IN)CORRECTION OF THE RIGHT ANSWER THESIS AND IT'S USE AS A REGULATORY IDEA OF LAW HERMENEUTIC

ABSTRACT

It analyzes the correctness of the arguments that support the idea of the right answer in the law. In front of the linguistic realism offered by the rhetorical philosophy when approaching the positive law, the conclusion is the impossibility of ontological existence of only one correct decision. Thus, considering the importance of this thesis to the legitimation discourse of judicial decisions in a democratic political order, it defends the view that considering the correct answer as (mere) regulative idea can be functional in the critical elimination of responses that don't correspond to the expectations institutionalized by state law. In this way, it points to a referral as the problem of judicial discretionary capable of overcoming any dogmatism in the interpretation of the law.

KEY WORDS: law; hermeneutic; rhetoric; judicial decision; discretionary

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI) campus Poeta Torquato Neto. Mestrando em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista Capes.

Introdução

O presente trabalho pretende analisar a correção dos argumentos que fundamentam a ideia de resposta correta no direito. Essa tese ganhou projeção na teoria do direito a partir da crítica de Ronald Dworkin à discricionariedade do positivismo de Herbert Hart, afirmando que, mesmo nos chamados casos difíceis, a justificação política do processo está em que as partes possuam direito a uma decisão específica.

Dessa forma, considerando que na perspectiva da filosofia retórica, a realidade do direito se estrutura a partir da linguagem, concludo pela impossibilidade de se afirmar a existência de uma única resposta correta em direito. Por outro lado, proponho que a própria tese da resposta correta pode ser útil à hermenêutica jurídica e à ciência do direito por oferecer uma ideia reguladora, isto é, um princípio metodológico apto a eliminação crítica intersubjetiva de respostas que não correspondam às expectativas institucionalizadas pelo direito estatal.

Para tanto, o trabalho está estruturado da seguinte forma. No primeiro tópico ofereço uma justificativa para o próprio debate sobre a resposta correta, apresentando por que ele tem sido tão relevante para a teoria e filosofia do direito atual. No segundo tópico, ressalto alguns elementos que caracterizam a problemática epistemológica do direito para argumentar por que considero que a filosofia retórica oferece as melhores explicações sobre a linguagem do direito. Busco, assim, que as conclusões alcançadas não sejam meras consequências da escolha do marco teórico. No terceiro momento do trabalho, analiso especificamente alguns dos argumentos de Ronald Dworkin na defesa da tese da resposta correta, apontando seus equívocos. Por fim, nas considerações finais, apresento como a ideia de resposta correta pode servir como princípio metodológico da hermenêutica jurídica, desde que seja considerada como tal – (mera) ideia reguladora – pelos juristas.

1. A importância da resposta correta para o direito

Os filósofos do direito parecem estar de acordo que um problema central de sua atividade consiste em questionar sobre o problema da legitimidade, o qual pode ser enunciado da seguinte forma: “como justificar o dever de obediência às decisões jurídicas?”.

Uma maneira objetiva de demonstrar a problemática envolvida nessa pergunta é percebermos que essas decisões são tomadas em sua maior parte por sujeitos que compõem

uma minoria específica da população. Nesse caso, a simples ameaça de força não é suficiente para explicar por que devemos obediência ao direito que se pretende hegemônico – no caso da modernidade, o direito estatal – razão pela qual existe um discurso de legitimação. Assim, as pessoas de determinada ordem política são sempre persuadidas de que existe realmente uma razão pela qual obedecem e, portanto, os comandos recebidos não são um produto do arbítrio da vontade subjetiva dos detentores do poder.

Nos primórdios da modernidade essa questão era explicada, no campo mais específico da decisão judicial, de uma maneira convincente. Com o objetivo de consolidar as transformações da Revolução Francesa, o Código de Napoleão dizia expressamente que não deveria ser interpretado. Essa previsão possuía a dimensão política de uma tentativa de centralização do poder jurídico no Estado e inevitavelmente uma preliminar epistemológica que resultou no surgimento da Escola da Exegese. O dever de não interpretar a lei só é possível se partimos do pressuposto epistemológico de que existe um sentido prévio contido no texto legal, acessível igualmente a todos os juízes sensatos que se colocarem a aplicá-lo a determinado caso concreto.

Não cabe no momento discutirmos os equívocos da frase anterior. Basta entendermos como o modelo oferecido pela Escola da Exegese oferece uma excelente resposta ao problema da legitimidade da decisão judicial, pois as pessoas podem obedecer nutrindo sinceramente a crença de que estarão não só agindo em conformidade com a decisão do poder soberano, mas também que todos aqueles que compartilham daquela ordem jurídica terão exatamente o mesmo dever de obediência. E mais, como o sentido do texto é prévio à decisão do juiz, os cidadãos acreditam ainda poderem *saber* exatamente como agir – concepção implícita à ideia de obediência, pois não se pode obedecer a uma vontade ainda não constituída.

Apesar da Escola da Exegese representar uma versão do positivismo bastante extremada, passou-se a perceber, inclusive, nos autores positivistas, a insuficiência dessa concepção epistemológica.

Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito, buscou afastar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe seriam “estranhos”, restringindo seu estudo ao direito positivo enquanto sistema de normas que regulam o comportamento humano (2006, p. 1 e 5). Apesar dessas pretensões de pureza, Kelsen reconheceu que, em virtude da impossibilidade da norma de escalão superior vincular em todos os aspectos os atos de aplicação, o resultado de uma

interpretação jurídica somente pode ser a fixação da chamada “moldura hermenêutica”². Assim, diante do conhecimento das possíveis decisões a serem tomadas, caberia ao juiz escolher de maneira discricionária a interpretação que se tornaria direito positivo (KELSEN, 2006, p. 389-91).

Na teoria de Herbert Hart, positivista de um matiz mais empirista do que propriamente normativista, a confiança na possibilidade de uma única decisão correta é igualmente abalada. Propõe definir que de acordo com a natureza da norma em questão a mesma seria dotada de uma “textura aberta”. Assim, Hart defende a existência de um núcleo de sentido estabelecido que, mesmo negando que o direito possa ser identificado simplesmente com aquilo que os juízes dizem que ele é, entende que sempre existirá um maior ou menor espaço de decisão para o intérprete (HART, 2009, p. 165, 176 e 186).

Assim, os principais autores do positivismo no século XX, inegavelmente comprometidos com a institucionalização do poder estatal, negam que seja epistemologicamente possível a qualquer intérprete identificar uma única resposta correta diante de um caso concreto.

Essa questão, talvez, não despertasse nenhum problema, se concebêssemos que a decisão do juiz é representativa da comunidade política na qual suas decisões são aplicadas; ou que sua interpretação, mesmo não correspondendo ao sentido prévio do texto legal, simplesmente está de acordo com os “valores da sociedade”. Contudo, o processo histórico do direito no Ocidente aponta no sentido contrário a essas afirmações. O aumento da complexidade social implicou numa tal diversidade de valores que só restou ao direito, enquanto único ambiente ético comum, ter seu conteúdo *prévio* esvaziado³. Assim, a legitimidade do direito não está metafisicamente num valor que corresponda aos anseios da sociedade, muito menos ao juiz é possível representar individualmente essa suposta “vontade geral”. Sua legitimidade deve compreender, no mínimo, a manutenção de posicionamentos políticos diversos, cabendo à decisão judicial consubstanciar o posicionamento ético vencedor dentro das regras aceitas pelos diversos grupos que disputaram o poder.

Quando o positivismo admite a discricionariedade para afirmar que, em alguns casos, os juízes podem preencher a indeterminação do direito de acordo com sua vontade, ressurgem

² De acordo com Santos Neto (2011, p. 401), na reedição da Teoria Pura do Direito de 1960, Kelsen passa a afirmar, inclusive, a possibilidade de uma decisão completamente fora da moldura, abandonando a pretensão anterior de segurança jurídica e, portanto, aderindo a uma concepção voluntarista da decisão.

³ Para João Maurício Adeodato (2011, p. 55) o “esvaziamento de conteúdos éticos nos fundamentos do direito positivo não pode ser dissociado de dois aspectos: em primeiro lugar, refere-se à esfera pública, ou seja, as demais ordens éticas continuam importantes na esfera privada; depois, não significa que o direito não tenha qualquer conteúdo ético, mas sim que ele não está mais subordinado a uma ética prévia, que ele constrói seus próprios parâmetros”.

todo um problema de legitimação do direito. Podemos até dizer que a obediência às decisões judiciais ocorre por hábito, mas não temos como explicar o porquê dessa obediência e, portanto, não temos como exigir argumentativamente a manutenção da ordem política para além do uso da força.

É nesse sentido que discutir as possibilidades de uma resposta correta (para alguns, constitucionalmente adequada) se mostra essencial para uma teoria jurídica contemporânea comprometida com o que convencionalmente temos chamado de democracia.

Obviamente, não se trata de um problema que possa ser solucionado apenas no plano ideológico. Não dá, portanto, para simplesmente reprimir os ideais da Escola da Exegese. Daí a necessidade de tentarmos compreender epistemologicamente o direito.

2. O problema epistemológico do direito e a perspectiva da filosofia retórica

Comumente a prática do direito não percebe a problemática epistemológica em que está inserida, mas é inevitável entender que, de um ponto de vista filosófico, toda afirmação está imbuída de uma teoria⁴. Dito de outro modo, todo posicionamento prático parte de determinada perspectiva gnoseológica, a qual responderá sobre a possibilidade do conhecimento afirmado corresponder à “realidade”.

Nesse ponto de vista mais geral, a epistemologia do direito enfrenta os mesmos desafios para ser um conhecimento objetivo das ciências sociais e, até mesmo, (como entendia Karl Popper) das ciências naturais. Por outro lado, ela possui sua peculiaridade perante as demais ciências, a qual pode ser enunciada no espanto de Kirschmann ao perceber que o conhecimento produzido pela ciência do direito se transformava em lixo com uma penada do legislador (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 75). A roupagem que o saber jurídico adquiriu na modernidade – o direito dogmático – pressupõe a inegabilidade dos pontos de partida, tratando-se, assim, de um saber voltado à interpretação dos textos dotados de autoridade jurídica em determinada comunidade política.

Nesse sentido, ao contrário das outras ciências, a teoria formada pela ciência jurídica não se dá a partir de “fatos” sociais ou naturais, mas da interpretação de textos. Isso não quer dizer que a interpretação dos juristas sobre os fatos sociais não possa implicar na sua decisão e, por exemplo, que um juiz não possa decidir a favor de determinada parte do processo simplesmente por considerá-la vítima do capitalismo. Mas, mesmo nessa situação extremada,

⁴ Sobre a afirmação de Popper de que todas as observações estão imbuídas de teoria, ver POPPER, 2009, p. 132.

caberá ao juiz atuar como se estivesse desvendando um sentido prévio que já estava contido no texto que conferiu autoridade para a decisão. É exatamente nesse ponto que se insere o questionamento que tem ocupado filósofos e hermeneutas do direito sobre a possibilidade de intérpretes diferentes chegarem em casos similares a mesma decisão.

Defendo nesse âmbito que a filosofia retórica tem apresentado as melhores teses para explicar como ocorre a interpretação do direito, em uma palavra, que ela tem tido uma visão mais “realista” sobre a linguagem jurídica. É importante deixar claro de início que por mais que se defenda um ponto de vista retórico, estou falando em termos igualmente ontológicos: entendo que a retórica está certa e que “a” ontologia está errada na sua visão epistemológica do direito⁵.

A perspectiva aqui defendida, da retórica, está situada historicamente num debate, que remete aos primórdios da filosofia ocidental, com uma perspectiva ontológica. Na origem desse debate está um problema de ordem antropológica. De acordo com João Maurício Adeodato, enquanto a ontologia tem por base uma antropologia “rica” ou “plena” do ser humano, a retórica parte de uma antropologia “pobre” ou “carente”. Os essencialismos concebem o ser humano como a espécie triunfante que domina a natureza e constrói seu próprio mundo, portadora de um aparato cognoscitivo capaz de alcançar racionalmente enunciados que todos seriam constrangidos a aceitar. Nessa perspectiva, a linguagem é entendida como mero instrumento na descoberta e comunicação dessa verdade ontológica (ADEODATO, 2011, p. 6; ADEODATO, 2009a, p. 16-7).

Por outro lado, para a retórica, o ser humano é um ser retardado e metafórico⁶ que necessita compensar seu distanciamento da natureza circundante e, portanto, a linguagem não é apenas o máximo de acordo possível, é o único (ADEODATO, 2009a, p. 17). Para ela, não existe nada que esteja fora da linguagem, sendo o conhecimento “formado por acordos linguísticos intersubjetivos de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes e assim passíveis de constantes rompimentos” (ADEODATO, 2011, p. 7). Não se trata com isso de dizer que a verdade seja relativa a cada um, pois a intersubjetividade da linguagem lhe permite exercer um controle público sobre

⁵ Existe uma aparente contradição nessa negação “ontológica” da ontologia. Sobre isso, Adeodato explica que o termo não se vincula necessariamente um “essentialismo” escolástico, sendo inevitável a menção a determinado grau de ontologia. “Uma ontologia qualquer é logicamente inevitável, ela fornece o pressuposto ôntico e lógico de qualquer gnoseologia, pois só a partir de uma ontologia é possível unir uma palavra a outra e afirmar alguma coisa de alguma coisa; só ela constitui o contexto” (ADEODATO, 2009c, p. 259).

⁶ “O aparato cognoscitivo é inadequado ao mundo, o que constitui uma fraqueza do conhecimento, mas a consciência dessa inadequação constitui uma compensação que fortalece o conhecimento; isso decorre da consciência do irracional e não se confunde com a inverdade, a qual é consequência de uma inadequação por erro do sujeito” (ADEODATO, 2011, p. 46).

nossas afirmações⁷. Mas, também não significa que este controle possibilite uma verdade impassível de controvérsias, à medida que a linguagem expressa a própria limitação da condição humana.

Ao ser humano, enquanto ser limitado, só lhe é permitido conhecer *relatos* sobre “o” mundo. É por isso que não podemos ter certeza se Pedro Álvares Cabral chegou ao Brasil em 1500 ou se a democracia é o melhor modelo político já existente. Não existe uma realidade em si – como se diz, “objetiva” – a espera de ser desvelada pelo homem através do seu aparato cognoscitivo⁸. Com essa ideia, de retórica (material), se quer expressar que ao mesmo tempo em que vivemos distintas realidades, a linguagem constitui o único ponto comum entre elas e, portanto, o único campo para conhecimento que o ser humano pode ter do mundo (ADEODATO, 2009a, p. 16). Essa, repito, é a própria condição antropológica humana, anterior a qualquer tentativa de reflexão: por isso a menção anterior de que se está tratando em termos ontológicos. Afinal, nada mais ontológico do que a afirmação de ser a verdade retórica.

A essa altura, imagino que o leitor tenha algumas objeções a essa tese, sobretudo, se tiver em mente o modelo das ciências naturais, na qual o desconhecimento da lei da gravidade nunca impediu as maçãs de caírem na cabeça das pessoas. Suponho que Adeodato responderia esse questionamento apontando, a partir das novas pesquisas da neurobiologia, para a inexistência de um fato que possa ser tomado como um “dado” e que o para o cérebro existem apenas as mensagens neurais dos órgãos dos sentidos, estando fechado em si mesmo: “o ambiente sensorial percebido pelos seres humanos é uma construção do cérebro, que nada tem a ver com uma pretensa ‘realidade’, ainda que não seja, de modo algum, uma construção inteiramente arbitrária” (ADEODATO, 2011, p. 40). Essa explicação parece plausível quando percebemos, por exemplo, que determinadas questões tiveram diferentes explicações na história das ciências naturais, todas igualmente válidas para o conhecimento da época. Contudo, desejo que o leitor se concentre se esta tese está correta para o direito.

⁷ “Isso não implica que a realidade seja subjetiva, pelo menos no sentido de dependente de cada indivíduo, muito pelo contrário. O maior ou menor grau de “realidade” de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de controles públicos da linguagem” (ADEODATO, 2011, p. 18). Também não se trata de solipsismo, ver para tanto ADEODATO, 2011, p. 36.

⁸ “Não há diferença entre quasares e os buracos negros, de um lado, e os anjos e demônios medievais e contemporâneos, de outro. O ser humano hoje vive e crê em carros, árvores e arranhas-céus; da “realidade” medieval [...], além de animais e pessoas, fazem parte do mundo bruxas e predições. É por isso que um juiz contemporâneo não aceitaria na lide argumentos baseados em viagens no tempo e cidadãos na Europa medieval não compreenderiam histórias sobre viagens em foguetes e aviões. O importante é a crença no relato, e essas relações comunicativas fazem a retórica material”. ADEODATO, 2009a, p. 33

Proponho, assim, questionar o que é a “realidade jurídica”. Alguns poderiam tratá-la no âmbito do mundo dos eventos, mas trazendo para a ciência do direito ou para a hermenêutica judicial passamos a perceber que as opiniões dos juristas conformam a própria realidade que deveriam descrever. Quando um juiz diz que a “salvabilidade do crédito tributário” é um princípio, o mesmo passa a ser e, portanto, o real não é prévio àquilo que eles dizem sê-lo⁹. Parece ter sido baseado nesse aspecto da linguagem jurídica que os realistas se apegaram para dizer que o direito é aquilo que os juízes dizem que ele é. Contudo, não se trata, como já explicado, de que os juízes sempre poderão dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, mas que a separação entre descrição e prescrição no direito, mesmo existente, não é tão nítida quanto poderíamos supor¹⁰.

É claro que, exatamente por essa fragilidade do nosso aparato cognoscitivo, uma perspectiva filosófica que diz sermos capazes de alcançar verdades corresponde muito mais às nossas expectativas. Mas, me parece que um ceticismo gnoseológico moderado nos é mais útil do que um “otimismo” que desconsidera as limitações humanas, pois somente reconhecendo-as podemos aproximar o conhecimento que produzimos acerca do direito de um desejado ideal de certeza.

3. Uma análise da correção da tese da resposta correta

O problema inicial na compreensão da tese da resposta correta é definir se ela seria apenas um ideal a ser perseguido pelo juiz ou uma possibilidade real no caso concreto. Diante das críticas reiteradas à Escola da exegese, teríamos a impressão de que se trataria da primeira opção, contudo esse não parece ser o posicionamento, por exemplo, de Lenio Streck – defensor da tese de Ronald Dworkin no Brasil – o qual chega a afirmar que se dois juízes chegarem a respostas divergentes, ou um ou mesmo ambos os juízes estarão equivocados¹¹. Cademartori e Duarte, em sentido contrário, discordam desse “mal-entendido” na

⁹ Cf. ADEODATO, 2011, p. 16 e WARAT, 1994, p. 14.

¹⁰ É por essa razão que o Adeodato (2011, p. 18) vai dizer que “a pergunta mesma sobre alguma ‘realidade ôntica’ por trás da linguagem não tem qualquer sentido, pois o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer ‘objeto’ para além dessa circunstância”.

¹¹ “Não estou afirmando que, diante de um caso concreto, dois juízes não possam chegar a respostas diferentes. Volto a ressaltar que não estou afirmando, com a tese da resposta correta (adequada constitucionalmente) que existam respostas prontas *a priori*, como a reprimatar as velhas teorias sintático-semânticas do tempo posterior à revolução francesa. Ao contrário, é possível que dois juízes cheguem a respostas diferentes, e isso o semanticismo do positivismo normativista já havia defendido desde a primeira metade do século passado. Todavia, meu argumento vem para afirmar que, como a verdade é que possibilita o consenso e não o contrário; *no caso das respostas divergentes, ou um ou ambos os juízes estarão equivocados*”. (STRECK, 2010, p. 90) (grifei).

interpretação da tese da resposta correta, afirmando que a mesma não trata da impossibilidade de uma pluralidade de respostas e sim de uma crítica às situações em que estaríamos perante a pura discricionariedade do intérprete¹².

Essa confusão entre os autores me parece compreensível, havendo argumentos no texto de Dworkin que ora parecem encaminhar para um posicionamento, ora para outro. Analisarei, nesse sentido, as ideias que me pareceram mais pertinentes para os objetivos do trabalho.

A tese de Dworkin é explícita em afirmar que *na maioria dos casos* as partes de um processo têm o direito de exigir uma resposta correta e, assim, que “as ocasiões em que uma questão não tem nenhuma resposta correta *em nosso sistema jurídico* podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe” (DWORKIN, 2005, p. 176) (grifei). Suas afirmações não questionam a possibilidade do aparato cognoscitivo humano de alcançar a tal resposta correta.

Assim, as condições para a resposta correta estão inicialmente no próprio sistema jurídico em que se busca a resposta, o que faz com que Dworkin distinga um *sistema jurídico primitivo* com poucos precedentes, leis judiciais e uma Constituição rudimentar, de um *sistema jurídico complexo* “pródigo em regras e práticas constitucionais e que contenha um grande número de precedentes e leis” (DWORKIN, 2012, p. 440). Para ele, neste último caso, mesmo com a possibilidade teórica de um empate, sua probabilidade é tão pequena que justificaria uma regra que “instruísse os juízes a excluir os empates do conjunto de respostas que poderiam oferecer” (idem).

Não está claro exatamente quais as razões autorizariam Dworkin a entender que dois sistemas jurídicos diferentes teriam diferentes possibilidades ontológicas de se alcançar uma única resposta correta. Concordo com Casamiglia (2002, p. 13) quando afirma que a diferença pode estar no papel atribuído aos princípios, pois, estando o juiz diante de um caso difícil (*hard case*) em que não haja uma norma concreta a ser aplicada, sempre lhe será possível aplicar os princípios de determinado sistema jurídico. Assim, sendo os princípios verdadeiras normas, conhecidas pela comunidade política, não se pode alegar que a decisão tenha sido discricionariamente estabelecida a partir da consciência do intérprete.

¹² “A tese da resposta correta não combate a possibilidade de uma pluralidade de respostas que possam ser esgrimidas no campo do direito, combate, isto sim, o vazio ou a carência de respostas a um dado problema que possa ser justificativa em prol da discricionariedade do julgador à falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do problema posto. Sendo assim, as teses que sustentam uma crítica à chamada tese da resposta correta [...] partem de uma premissa incorreta, verificando-se nesses debates [...] uma convergência de opiniões diluída em um mal-entendido quanto ao real sentido de uma decisão juridicamente certa (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 122).

Acredito que uma segunda pista para entendermos a importância para Dworkin da diferença entre os sistemas jurídicos na determinação da resposta correta possa estar no conceito de integridade do direito. Pois, se partimos da ideia que devemos ter idêntica consideração e respeito por todos os cidadãos, um sistema jurídico *complexo* – que possua maior quantidade de precedentes judiciais e, portanto, de casos decididos pelos órgãos judiciais – terá também maior facilidade de conhecer o direito a ser aplicado em casos similares, reduzindo as situações em que os intérpretes terão que inovar ao decidir.

Como visto, essa perspectiva que relaciona a resposta correta com a complexidade do sistema jurídico tem desdobramentos interessantes para a hermenêutica judicial. Mas não parece ser suficiente para superar uma afirmação filosófica, como a realizada no tópico anterior, que nega a possibilidade de uma resposta correta. Coloco nesses termos para introduzir um segundo argumento de Dworkin (2012, p. 435): o de que somente um filósofo entenderia a afirmação da resposta correta como um simples mito, mesmo que esta tivesse algum valor político.

A questão é que para o jurista norte americano “uma proposição do direito pode ser considerada verdadeira se for mais coerente do que a proposição contrária com a teoria jurídica que justifique melhor o direito estabelecido” (DWORKIN, 2012, p. 435). Dito de outra maneira, além da confiança na complexidade do sistema jurídico, Dworkin revela como condição de possibilidade para a resposta correta as próprias teorias jurídicas, as quais fornecem ao intérprete situado no interior do empreendimento razões práticas para decidir num ou noutro sentido. Existe, assim, uma resposta certa que não está relacionada com a “verdade real” (questão da tese da demonstrabilidade), mas que pode ser obtida *nos termos da própria atividade*, sem a qual o juiz não pode ser considerado competente para o exercício de sua função¹³.

Antes de analisar criticamente os fundamentos apresentados da tese da resposta correta é importante ressaltar que, para Dworkin, a teoria do direito ao tempo que tem a função de reduzir a incerteza do direito, se constitui de um aspecto descritivo e outro prescritivo¹⁴, o que talvez explique o fato de sua obra terminar por encaminhar ao juiz o dever de buscar a resposta correta. Retomando o que acima foi expresso na oposição Streck-Cademartori/Duarte, independente se a resposta correta é uma possibilidade ontológica, Dworkin (2012, p. 432) parece considerar que existem vantagens de finalidade ou mesmo

¹³ Conferir em DWORKIN, 2005, p. 204-12.

¹⁴ Cf. CASAMIGLIA, 2002, p. 16.

vantagens políticas que justificam a exigência de que os juízes dediquem os casos de acordo com sua melhor capacidade de julgamento.

De toda forma, considero que a tese de Dworkin ora está equivocada nos argumentos com que defende a existência de uma resposta correta em direito, ora não se aplica à realidade jurídica brasileira.

Em primeiro lugar, de fato, as características do sistema jurídico influenciam na sua disposição a emitir respostas *padronizadas*, sobretudo, se como dito, existe uma cultura dos juristas de obediência às decisões anteriores. Ocorre que decisões uniformes não significam necessariamente decisões corretas. Estas remetem à questão de conteúdo, isto é, da correspondência entre a disposição da decisão do juiz (posterior) e a decisão do legislador (anterior). Dito de outra maneira, o fato dos cidadãos serem tratados com idêntica consideração e respeito não quer dizer que estejam necessariamente sendo obedecidos, por exemplo, os preceitos constitucionais, os quais sequer possuem um conteúdo totalmente definido anterior à própria decisão do judiciário.

Em segundo lugar, suscitar a saída da discricionariedade a partir dos princípios só soluciona o problema se o entendermos como uma questão teórica e não prática. A discricionariedade é, sobretudo, um problema de anterioridade da lei, portanto, de permitir que uma pessoa sofra uma consequência jurídica por uma decisão tomada posteriormente ao seu ato ou omissão. Os princípios até podem ser considerados normas, mas seu conteúdo – bem mais do que as regras – necessita ser concretizado por uma decisão do judiciário, o que pode ser explicado pela sua alta carga de generalidade e de apelo a valores morais. Aliás, não há uma uniformidade no próprio entendimento do que seja os princípios¹⁵, não por acaso, Warat (1995, p. 18-9) afirmava que eles permitem no processo de interpretação a redefinição das palavras da lei de maneira indireta. Não é razoável, assim, alegar que os princípios solucionam efetivamente o problema da discricionariedade.

Por fim, resta considerar se a teoria jurídica oferece razões aos juristas que lhes permitiriam decidir de maneira certa. Como dito, para Dworkin (2012, p. 435) essa é uma questão da resposta correta está de acordo com “a teoria jurídica *que justifique melhor o direito estabelecido*” (grifei). Ocorre que não existe uma definição a priori de qual seja especificamente a melhor teoria dentre as disponíveis, pois não há acordo quanto o próprio critério de saber qual justifica melhor o direito estabelecido, nada levando a crer que o critério de “redução da incerteza” seja racionalmente melhor do que o de “promoção da justiça social”

¹⁵ Ver SILVA, 2002.

ou de “melhor custo-benefício”. Aliás, mesmo se houvesse um acordo entre os juristas sobre qual teoria oferece a melhor justificativa para o direito estabelecido, sempre seria possível argumentar no sentido de que determinada decisão está mais de acordo com a teoria eleita, o que é inerente à vagueza, ambiguidade e porosidade da própria linguagem que constitui qualquer teoria¹⁶.

Considerações finais

Diante desses argumentos é inevitável concluir, num âmbito descritivo, que não existe resposta correta em direito. Contudo, assumir essa perspectiva nas práticas jurídicas representa politicamente conferir aos juízes mais liberdade do que dispõe o próprio legislador, pois até mesmo a concretização de direitos e garantias históricos, institucionalizados na Constituição, estariam sujeitos às suas consciências solipsistas. Concordo, nesse sentido, com Nelson Juliano Matos ao afirmar que é mais útil para o direito considerar que os indivíduos são maus, isto é, que os litigantes – e incluo nessa seara juízes, promotores, cientistas do direito – são “homens-maus” (MATOS, 2011, p. 111-2). É importante para a própria democracia uma desconfiança saudável da atuação dos juristas, isto é, que acadêmicos ou quaisquer membros e grupos da sociedade possam analisar criticamente as decisões judiciais. Para tanto, a tese da resposta correta, mesmo não sendo uma possibilidade ontológica, oferece uma excelente ideia reguladora.

Proponho, assim, que façamos com a resposta correta o mesmo que Karl Popper indica para a ideia de verdade absoluta:

embora só “relativamente” possamos julgar as teorias, no sentido de as compararmos umas com as outras (e não com a verdade, que não conhecemos), tal não significa que sejamos relativistas (no sentido da famosa frase de que “a verdade é relativa”). Pelo contrário, ao compará-las, tentamos encontrar aquela que julgamos mais se aproximar da (desconhecida) verdade. Portanto, a ideia de verdade (de uma verdade “absoluta”) desempenha um papel importantíssimo na nossa discussão. Constitui a nossa principal ideia reguladora (2009, p. 258).

Indicar que a resposta correta seja considerada uma ideia reguladora da hermenêutica judicial tem implicações importantes na maneira de se abordar o direito¹⁷. A principal delas

¹⁶ Ver, nesse sentido, ADEODATO, 2011, p. 193-4.

¹⁷ Conforme o sentido aqui defendido, a afirmação de COSTA, 2008, p. 411: “correto, é claro, não pode ser entendido como a designação de uma propriedade platônica das coisas (que existe no mundo em si das coisas eternas), mas apenas como uma qualidade discursiva (que existe no mundo para nós de nossas invenções lingüísticas). Assim como não existe uma interpretação correta do Guardador de Rebanhos, não existe uma

(prevista por Popper no campo da epistemologia) é que mesmo reconhecendo a inexistência de um critério absoluto de verdade, o conhecimento jurídico possa crescer através da eliminação crítica do erro¹⁸. Assim, no julgamento de determinado caso, à medida que as partes argumentam em vista a uma decisão correta, elas podem ao menos eliminar os “piores” argumentos, o que não seria possível se se creditasse ao juiz a possibilidade de decidir discricionariamente. A mesma vantagem teórica pode ser percebida no campo da ciência jurídica por permitir a ampliação do conhecimento através do estímulo ao confronto de ideias, prática ainda pouco usual nas faculdades de direito, onde cada pesquisador acredita estar certo dentro do seu marco teórico¹⁹.

A segurança do critério de verdade é uma ilusão. Uma ilusão altamente funcional, mas que, para tanto, deve ser compreendida pelos juristas como tal. Não basta, dessa forma, acreditar na resposta correta, como já faz parcela significativa da comunidade jurídica, sem a devida compreensão de que se trata de (mera) ideia reguladora, sob pena de estimular o outro lado do mesmo problema, o dogmatismo: um conjunto de crenças que estereotipam as propriedades da lei, alienando os juristas do seu papel na concretização do direito. Exemplo do dogmatismo quanto à resposta correta é a crença, presente no senso comum teórico dos juristas, de que o juiz é um técnico neutro na aplicação da verdade contida na lei no caso concreto.

Esse dogmatismo resulta, tanto quanto uma perspectiva relativista, na legitimação da discricionabilidade do juiz, pois lhe permite elevar posicionamentos determinados ao status de cânones, ao invés de submetê-los à crítica intersubjetiva. É o que Popper (2009, p. 290) explica ao afirmar que a mentalidade do homem com opiniões imutáveis, assim como a do louco, não é racional, à medida que “vai resistir a toda e qualquer mudança ou correção. E uma vez que não pode estar na posse da verdade exacta (ninguém está), vai resistir à correção racional, inclusive, de crenças manifestamente erradas”. Dessa forma, entendendo a resposta correta como ideia reguladora, podemos fazer dela um princípio metodológico da

interpretação correta da Constituição de 1988. Porém, a invenção do correto instaura uma ordem do discurso que nos permite desenvolver processos de diálogo capazes de conduzir a uma intersubjetividade efetiva”.

¹⁸ “Temos de admitir que a nossas conjecturas são relativas perante os nossos problemas, e os nossos problemas relativos em face do estado do nosso conhecimento. E temos de admitir que grande parte do nosso conhecimento, no presente estado, talvez esteja errada. Tal não significa, todavia, que a verdade seja relativa. Significa apenas que a eliminação de erros e a abordagem da verdade são uma tarefa difícil. Não existe critério de verdade. Mas existe algo semelhante a um critério do erro: os choques que surgem dentro do nosso conhecimento ou entre o nossos conhecimento e os factos indicam que algo está errado. Deste modo, o conhecimento pode crescer através da eliminação crítica do erro. É assim que podemos nos aproxima-nos da verdade” (POPPER, 2009, p. 232-3). Consultar também POPPER, 2009, 248.

¹⁹ Ver POPPER, 2009.

hermenêutica jurídica e não um dogma como tem sido feito por uma versão do positivismo mais arcaico.

Esse princípio metodológico não deve ser visto como inerente a hermenêutica jurídica *em si*, mas como um elemento importante de uma perspectiva do direito que conceba o seu papel de institucionalizar as expectativas, garantindo a estabilidade da comunicação entre as pessoas²⁰, sobretudo, no contexto brasileiro em que existe uma Constituição garantidora de direitos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo : Saraiva, 2009a.

_____. **Ética e retórica** : para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009b.

_____. **Filosofia do direito** : uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009c.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo : Noeses, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo : Atlas, 2009.

CASAMIGLIA, A. Prólogo a DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em serio**. 5ª reimpressão. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho. 2002.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** : técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2001.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

²⁰ Ver ADEODATO, 2011, p. 171

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Subsídios para uma ciência pragmática da legislação: uma alternativa para a cientificidade do direito (retorno ao pragmatismo ou o direito para o homem-mau). **Revista Espaço Acadêmico**, n. 210, 2011.

POPPER, Karl. **O mito do contexto** : em defesa da ciência e da Racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: MATOS, Andytas Soares de Moura Costa. **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei temas para uma reformulação – Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

_____. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.