

# COM E PARA ALÉM DE RONALD DWORKIN: DOS CONCEITOS INTERPRETATIVOS À INTERPRETAÇÃO COLETIVA DO DIREITO

Iuri Mattos de Carvalho<sup>1</sup>  
*iuri.carvalho@gmail.com*

**RESUMO:** O artigo propõe uma análise da concepção de direito como conceito interpretativo proposta por Ronald Dworkin, tentando demonstrar a sua utilidade na compreensão da prática do direito no Brasil e ao final defende a ideia de que o processo judicial deve ser compreendido como um projeto de interpretação coletiva do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação do direito; Ronald Dworkin; conceito interpretativo.

**ABSTRACT:** The article proposes an analysis of the conception of law as an interpretive concept proposed by Ronald Dworkin, trying to demonstrate its usefulness in understanding the practice of law in Brazil and finally defends the idea that the judicial process should be understood as a project of collective interpretation of the law.

**KEYWORDS:** Interpretation of the law; Ronald Dworkin; Interpretive concept.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.
2. DIREITO COMO UM CONCEITO INTERPRETATIVO
3. AS AFIRMAÇÕES SOBRE O DIREITO
4. CASOS DIFÍCEIS
5. DIVERGÊNCIAS NO DIREITO
6. A TESE DA RESPOSTA CORRETA OU MELHOR DECISÃO
7. AINDA SOBRE O CETICISMO E A DISTINÇÃO ENTRE INTERPRETAR E CRIAR
8. CONCLUSÃO: A INTERPRETAÇÃO COLETIVA DO DIREITO

## REFERÊNCIAS

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade Direito de da UFBA.

# COM E PARA ALÉM DE RONALD DWORKIN: DOS CONCEITOS INTERPRETATIVOS À INTERPRETAÇÃO COLETIVA DO DIREITO

## 1. INTRODUÇÃO

A obra de Ronald Dworkin tem tido uma significativa recepção no Brasil. São abundantes no ambiente acadêmico jurídico referências aos seus trabalhos. Tal movimento de assimilação de sua teoria é plenamente justificável pelas virtudes de sua obra. Os escritos de Dworkin refletem os problemas filosóficos que passaram a ocupar, nos últimos anos, um lugar de destaque na agenda de debates da teoria do direito, tanto nacional quanto internacional. São exemplares de uma aproximação entre a teoria do direito e a filosofia da linguagem, a filosofia moral e a filosofia política<sup>2</sup>.

É interessante notar que esse movimento de aproximação entre a teoria do direito e alguns debates da filosofia contemporânea, se por um lado significou uma expansão dos problemas debatidos, por outro representou um movimento de especialização da teoria do direito, tornando-o em alguma medida mais sofisticado, exigindo o domínio de novos conhecimentos que ultrapassavam um conhecimento de senso comum compartilhado entre os especialistas de outras áreas do direito.

O movimento de aproximação entre a teoria do direito e os debates da filosofia contemporânea, acompanhado da ausência de formação dos juristas brasileiros para acompanhar os referidos debates explica um aspecto emblemático da recepção da obra de Ronald Dworkin no Brasil: as referências ao autor, em sua grande maioria, limitam-se às suas obras iniciais, notadamente as relativas ao conhecido debate Hart-Dworkin e ao artigo "The model of rules I", publicado em 1967<sup>3</sup>. Comumente destaca-se como sua principal contribuição a distinção entre regras e princípios. Entretanto, concordamos com Macedo Junior quando ele afirma que uma das grandes contribuições de Dworkin reside no argumento de que o direito é um conceito interpretativo<sup>4</sup>.

Por fim, convém tecer alguns comentários sobre o estilo acadêmico adotado. Um dos principais méritos de Dworkin reside em seu estilo e sua linguagem. Na

---

<sup>2</sup>MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12 et seq.

<sup>3</sup>DWORKIN, Ronald. "The Model of Rules," *University of Chicago Law Review*: Vol. 35 : Iss. 1 , Article 3, 1967.

<sup>4</sup>MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13.

capacidade de abordar temas filosóficos de modo rigoroso e aprofundado, mas despidos de tecnicismos exagerados, de modo a conseguir dialogar com os juristas sem formação filosófica. No debate internacional anglo-saxão, a abordagem coloquial de temas filosóficos não constitui uma novidade. Entretanto “em países de tradição no pensamento continental e ibérico, como o Brasil, esse estilo surge como uma renovação intelectual importante também por si mesma”<sup>5</sup>. Para fazer jus ao autor, seguiremos esta abordagem estilística.

## **2. DIREITO COMO UM CONCEITO INTERPRETATIVO**

Um dos aspectos centrais do pensamento de Dworkin reside na seguinte afirmação: os juristas utilizam o conceito de “direito” como um conceito interpretativo<sup>6</sup>. Os conceitos interpretativos são conceitos que, quando utilizados, estimulam a refletir sobre alguma ação ou instituição. Existem muitos outros conceitos interpretativos: “certo/errado”, “justiça”, “igualdade” etc. Consideremos, por exemplo, o uso do conceito “justiça”. Às vezes as pessoas concordam que determinada ação é justa, às vezes discordam. De qualquer modo, elas aceitam e compartilham o entendimento de que existem ações justas e existem ações injustas. Ou seja, compartilham o conceito e aceitam sua existência mesmo quando discordam sobre o seu uso.

Da mesma forma, as pessoas compartilham o conceito de “certo”, conversam sobre o que é certo ou errado e apesar de eventuais divergências não estão dispostas a abandonar o uso do conceito, não gostariam de ser proibidas de classificar seus atos e os dos outros como certos ou errados. As divergências sobre o que é “certo” em determinados casos não implicam em perda da compreensão de que existem ações que são certas e outras que são erradas. Além disso, nos sentimos aptos para dizer o que é certo ou errado em inúmeros casos, com convicção e sinceridade.

Assim ocorre na prática jurídica: os juristas acreditam que o direito brasileiro existe, e que ele diz algo sobre fatos, ações ou instituições, mas comumente divergem sobre o seu significado ou que ele afirma sobre determinado caso. O que o direito brasileiro afirma sobre a incidência de IPI na revenda de produtos importados? Para responder a essa questão precisamos interpretar determinadas regras, costumes e expectativas.

---

5 MACEDO JUNIOR, op. cit., p. 31.

6 DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 15 et seq.

Se o que foi dito resume, em alguma medida, a explicação da teoria de Dworkin para a relação entre direito e interpretação, talvez o leitor se pergunte: qual a novidade disso? Alguns, mais afoitos, concluiriam: isso eu já sei. Em certa medida, eles teriam razão porque uma boa teoria do direito não pode estar afastada da prática cotidiana do jurista, do que os advogados, juízes e promotores fazem e de como eles percebem a sua prática. Uma boa teoria deve explicar as nossas práticas cotidianas e por isso nunca se afasta completamente do que nós já sabemos.

Se alguém defendesse a tese de que trabalhar com direito é semelhante ao trabalho de um poeta, tal teoria sobre a prática jurídica seria tão absurda que seria difícil até pensar por onde deveríamos começar a refutação. Não seria uma teoria, mas um chiste.

Por outro lado, a afirmação de que o sentido do direito precisa ser interpretado, no contexto da teoria do direito de Dworkin, remete a inúmeros avanços e profundas rupturas com o senso comum dos juristas. Estudar sua obra é ingressar em uma viagem intelectual, uma estrada que o próprio autor trilhou. Algo muito diferente do que trilhar um caminho já sabendo o seu fim. Podemos dizer isso porque, na medida em que sua teoria sofria críticas, ele progressivamente a desenvolvia, ampliando a sua profundidade e revelando aspectos que nem ele conhecia no início de sua obra. Mas eis que para Dworkin<sup>7</sup> a história acabou. Como acabará para todos nós. Entretanto, a boa teoria ainda vive, e pode ter desdobramentos futuros, ser relida, reinventada, criticada. Afinal, as teorias, assim como os clássicos, só morrerão se pararmos de lê-las. E lendo-as, recriamos seu sentido.

Além disso, as teorias sobre a prática do direito são, elas mesmas, interpretativas. E isso deve ser compreendido no seguinte sentido: as teorias são elaboradas porque seus autores desejam compreender algo, e para se compreender uma prática social que faz uso de um conceito interpretativo é necessário interpretá-la. Qualquer tentativa de explicar a prática social do direito pressupõe a interpretação de sua função: para que serve o direito? Sem uma boa resposta para esta pergunta, nossa compreensão seria limitada. Por isso, Dworkin afirmava que uma boa teoria deve oferecer uma explicação sobre o valor e a importância da prática e das instituições do direito<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Ronald Dworkin faleceu em fevereiro de 2013

<sup>8</sup> DWORKIN, op. cit., p. 23 et seq.

### 3. AS AFIRMAÇÕES SOBRE O DIREITO.

Mas, afinal, o que Dworkin apresentou de novo, que mexe com o nosso senso comum? Muito. Seguindo um raciocínio semelhante ao que utilizamos para a teoria do direito, vamos lançar um olhar – um pouco mais de perto – sobre nossa prática.

Os advogados, promotores e juízes, em seu trabalho diário, afirmam o que o direito obriga, permite ou proíbe, diante de algum caso concreto ou hipotético. Ocorre que tais afirmações não são, simplesmente, uma descrição. Não se trata de descrever um fato bruto, que está aí no mundo. Para afirmar algo sobre o Direito, devemos interpretá-lo e para interpretá-lo – o que é o mesmo que compreendê-lo – pressupomos que ele tem uma finalidade ou sentido. Uma descrição neutra e objetiva não é exatamente o que fazemos.

Por outro lado, a interpretação do direito não é um exercício de criatividade pura, um livre produto da subjetividade de cada um. Certa teoria de senso comum – que chamaremos de teoria cética - afirma que o direito pode ser interpretado à vontade, que são possíveis interpretações para todos os gostos. Se concordarmos com essa teoria, teremos que aceitar ao menos duas conclusões: não é possível distinguir boas interpretações de más interpretações; e de nada vale o esforço de interpretar, porque no fim é a autoridade que decide.

Os adeptos da teoria descrita poderiam afirmar: “Não é possível distinguir boas de más interpretações – tudo é opinião”. Mas, alguém realmente acredita nisso? Vejamos as seguintes afirmações: “O prazo para apelação é de 45 dias.” “Poderá ser presidente do Brasil um jovem de 17 anos.” Todas são interpretações ruins sobre o que o direito diz. E percebemos isso.

Ou ainda poderiam afirmar tais adeptos da teoria descrita: “o direito é um teatro. É tudo falsidade. Um advogado defende uma interpretação. O outro advogado defende outra. Mas nada disso importa porque, no final o juiz irá decidir de acordo com a sua opinião”. A prática do direito é simplesmente um blefe? Poucos juristas endossariam essas afirmações.

A teoria cética desestimula o compromisso dos advogados, juízes e promotores com um debate produtivo. Se não existem argumentos melhores que outros, se o produto da interpretação é uma questão de opinião individual, para que debate.

Para que contrapor argumentos? Se tudo é uma questão de gosto ou opinião, para que discutir? Desse modo, há uma completa descrença na possibilidade de comunicação e produção de conhecimento coletiva. Afinal, nada há para ser conhecido, debatido ou construído. A postura cética estimula o conformismo diante do arbítrio judicial: “é assim mesmo, nada pode ser feito”. Diante do vazio de sentido, só resta arbítrio e silêncio.

Além de tudo, faz mal para a saúde de quem trabalha com direito, na medida em que sente sua atividade profissional como uma prática sem sentido e sem uma nobre função social porque deslocada dos grandes valores que permeiam a tradição jurídica, tais como justiça, igualdade e liberdade. A adoção de uma teoria ruim pode gerar juristas desanimados e alunos apáticos.

Existe outro modo de compreender a prática do direito? Mesmo sendo uma pessoa muito criativa, quem trabalha com direito já se deparou com casos em que gostaria de interpretar a lei de outro modo, mas isso não é possível. Existem afirmações sobre o que diz o direito brasileiro que simplesmente não é possível sustentar: não vamos convencer ninguém de que estamos corretos. Em outras palavras: o direito existe em uma dimensão objetiva, não é uma invenção dos juízes.

Afinal, decidir um caso real, de acordo com o direito, é mais do que dar uma mera opinião. Pensemos no jovem juiz que aos 26 anos decide sobre um casamento de 30 anos. O que legitimaria a opinião dele sobre o caso? O sistema jurídico não atribui poder ao magistrado para que ele dê a sua opinião. O que se exige do juiz é uma decisão com base no direito brasileiro, amparada num conhecimento acumulado e produzido coletivamente. Ele deve acessar um conhecimento sobre como decidir conflitos que ultrapassa seu próprio conhecimento de vida. Buscar nos elementos da tradição do direito brasileiro (leis, jurisprudência e doutrina) o melhor modo de decidir aquele caso. E normalmente é assim: quando os juízes decidem, eles apresentam suas decisões como decisões embasadas no direito brasileiro.

Apesar de tudo isso, na nossa tradição jurídica há um costume curioso. É comum chamarmos o parecer jurídico de opinativo. E alguns magistrados, em um exercício de humildade intelectual, referem-se às suas decisões como opiniões. Afinal, dizem, “a verdade não tem dono”. Não há nenhum problema nisso, desde que se mantenha uma distinção entre “mera opinião” e “opinião jurídica”, pois não podemos esquecer que quando um cliente faz uma consulta a um advogado, ele deseja saber o que

o direito brasileiro diz, e do magistrado não queremos opiniões, queremos decisões fundamentadas no direito brasileiro.

#### **4. CASOS DIFÍCEIS**

Diante de tudo que foi dito, o leitor poderia argumentar: mas só existe esta objetividade nas questões fáceis, quando o texto da lei dá a resposta. O problema ocorre quando os casos são difíceis, quando não há uma resposta clara na legislação. Nesses casos, há liberdade para o juiz decidir como quiser.

É muito popular entre os juristas a ideia de que os “problemas” da linguagem geram os casos difíceis ou controversos. A imprecisão das palavras da lei, a vagueza ou ambiguidade no significado, geraria uma situação em que o direito não ofereceria nenhuma resposta sobre o caso. Esse tipo de ideia pressupõe que a aplicação do direito é simplesmente uma atividade de comparação entre as palavras da lei e os fatos ocorridos. Algo como: a lei diz “noite”, o crime ocorreu às 18 horas, é o caso de se aplicar a agravante? Ou seja, o que caísse na zona gris de sentido automaticamente geraria incertezas e divergências.

O conceito de caso difícil na obra de Dworkin não se restringe às questões relacionadas aos “problemas” da linguagem natural. Casos são difíceis quando geram divergências entre os juristas sobre que decisão se deve tomar com base no direito. E estamos falando de divergências reais, situações em que os advogados, juízes e promotores tem dúvidas sinceras sobre qual a melhor decisão. (Isso é diferente de sustentar, de modo não sincero, determinada interpretação; ou sustentar interpretações sem sentido, absurdas, que os outros operadores do direito não vão considerar como plausíveis).

Existem vários motivos para a divergência. Por vezes, a lei é clara em sua mensagem, mas há uma jurisprudência corriqueira nos tribunais superiores que aparenta contrariar a literalidade de um artigo específico. Isto ocorre, normalmente, sob o argumento de que se fez uma interpretação sistemática ou conforme a constituição. Outras vezes, percebemos que, mesmo quando não há uma resposta literal para nossa dúvida interpretativa, a jurisprudência e a doutrina são unânimes, de tal modo que responderíamos com facilidade uma consulta jurídica. E existem, ainda, os casos em que as soluções existentes na legislação e na jurisprudência não parecem mais adequadas porque o contexto histórico e social mudou.

Diante de um caso difícil como age o jurista? Para alguns, diante de um caso difícil, como o direito não oferece uma resposta prévia, o juiz poderá criar direito novo. Nessas situações, o juiz teria liberdade para adotar posições pessoais, atuar com base em sua sensibilidade. Não haveria nada a ser compreendido por meio da interpretação, a decisão seria um ato que expressa a vontade do juiz<sup>9</sup>.

Visto o direito deste modo, ao cientista do direito somente caberia estabelecer molduras interpretativas, ou seja, os limites que indicam onde começa e termina a liberdade do juiz para criar direito. Porém, esta não é uma boa explicação sobre o que os doutrinadores fazem realmente. O doutrinador apresenta aquilo que ele considera a melhor interpretação do direito. Dificilmente encontramos um autor que queira enumerar todas as possibilidades de sentido dos textos legais. Algo como: pode ser isso, mas também pode ser aquilo.

Além disso, os juízes, normalmente, não se sentem tão livres diante de casos difíceis. Fazem um esforço para justificar sua decisão com base em argumentos que a comunidade de juristas considera pertinentes (princípios, analogia, interpretação sistemática, etc.), tentando em alguma medida comprovar que a decisão não é caprichosa, mas se relaciona com outras decisões ou a opinião de outros juristas. Ou seja, tentam demonstrar a relação entre a decisão e o um direito pré-existente.

Dworkin explicava como os juristas resolvem os casos difíceis com uma analogia. Suponhamos que um grupo de escritores seja contratado para um projeto literário que consiste no seguinte: um escritor escreve o primeiro capítulo de um livro. Um segundo escritor lê o primeiro capítulo e, respeitando a história, escreve sua continuação. Posteriormente, um terceiro escritor lê os capítulos anteriores e continua a história do melhor modo possível. E assim sucessivamente<sup>10</sup>. Decidir casos difíceis ou controversos é como participar do jogo literário descrito. O juiz deve desenvolver o conteúdo do direito, do melhor modo possível, e garantindo que a continuação seja adequada a tudo o que foi escrito antes.

## **5. DIVERGÊNCIAS NO DIREITO**

Na prática, os juristas divergem sobre qual a melhor interpretação do direito nos casos difíceis. Tem dúvidas sobre como devem interpretar a legislação e em alguns

---

9 Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo, Martins Fontes, 1999, Cap. VIII.

10 Dworkin, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 217 e seg.



casos se deparam com duas interpretações que parecem igualmente plausíveis. Como compreender essa situação? Uma teoria do direito deve oferecer alguma explicação.

Para a teoria cética, quando não existe uma clara resposta para o caso nos textos da lei, o debate entre os advogados, promotores ou juízes é sobre o nada. Trata-se de um autoengano, ou uma tentativa de dar uma aparência de racionalidade a algo que na verdade é irracional. A motivação das decisões serviria somente para cumprir as exigências dos Códigos de Processo.

E já que a lei não diz nada de modo claro sobre como decidir o caso, no final das contas, o juiz decide com base em critérios pessoais, que não decorrem do estudo do direito. Ou seja, um caso difícil deve ser visto como uma situação de ausência de norma ou um *estado de exceção*.

Há um sério risco de conformismo ou indolência intelectual quando um jurista adota, de modo consciente ou não, esse tipo de teoria. Ao acreditar que o direito nada diz, não há esforço para se buscar a melhor resposta jurídica. Isso gera, muito comumente, fundamentações baseadas em expressões vagas como “com base nos princípios da administração pública” ou coisas do gênero.

Da adoção da teoria cética pode decorrer também uma visão instrumental do direito, que reduz a busca da melhor resposta jurídica a um jogo de estratégias argumentativas que visam direcionar as ações dos “inocentes com poder de decisão” (aqueles juízes que acreditam que o direito diz algo em casos difíceis)<sup>11</sup>.

Dworkin, por sua vez, se recusava a descrever uma divergência diante de um caso difícil como um autoengano. Comumente, os juristas, quando discordam, estão agindo de modo sincero: acreditam que suas interpretações são as melhores. Mas se não existem respostas claras nos textos de lei, sobre o que eles estão discordando?

Os juristas normalmente compartilham a ideia de que há uma razão para as regras previstas nas leis, um motivo subjacente<sup>12</sup> que justifica e legitima sua existência. Normalmente nos referimos a essas razões ou justificativas quando falamos de princípios, valores, proteção de um bem jurídico ou direito fundamental. Alguns

---

11 Sobre os riscos de uma visão instrumental do direito Cf. TAMANAHA, Brian Z. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-64.

12 Na nossa tradição jurídica, chamamos essa ideia de “hipótese do legislador racional” ou “*ratio legis*”.

doutrinadores, inclusive, fazem um esforço no sentido de identificar e sistematizar esses fundamentos, seja do direito como um todo, seja com relação a uma área específica.

Diante de um caso difícil, o jurista elabora o que considera a melhor justificativa para as previsões legais e tenta transpô-las para novos casos. Por isso, as divergências nos casos difíceis são divergências sobre as razões que fundamentam a regras e não sobre o significado de palavras específicas presentes no texto das leis.

Ocorre que esse processo não é autoconsciente, nem mesmo explícito em todos os casos: os casos percebidos como “fáceis” são aqueles em que, não obstante eventuais divergências sobre os fundamentos que justificam as previsões legais, as interpretações conduzem à mesma decisão, uma decisão que parece irrefletida e quase automática.

## **6. A TESE DA RESPOSTA CORRETA OU MELHOR DECISÃO**

Mesmo após tudo que foi dito, o leitor poderia argumentar: talvez as divergências jurídicas sejam sobre os fundamentos das previsões legais, mas aceitar essa tese não supera o fato de que nos casos difíceis não está claro na lei que decisão tomar. Por isso, discutir sobre os fundamentos da lei é o mesmo que discutir com base em opiniões pessoais.

Nesse momento caberia uma pergunta: o que exatamente devemos interpretar para resolver os casos jurídicos, para compreender o direito? Os juristas, para afirmarem algo sobre o direito brasileiro, interpretam o material jurídico disponível: leis, decisões judiciais, livros de doutrina. Mas não é somente isso. Eles devem interpretar os fatos relacionados ao caso. Muitos casos são considerados difíceis não por uma questão de dúvidas sobre a melhor interpretação da lei, mas porque existem dúvidas sobre o que realmente aconteceu. Quem matou? Qual a sua intenção? Etc.

Para a teoria de Dworkin, os juristas interpretam uma prática social. Devem interpretar o material jurídico escrito (leis, decisões judiciais, etc.), um contexto social e histórico, uma determinada tradição de estado de direito e democracia. Por isso, o problema da interpretação do direito não se resume a um problema relacionado ao significado das palavras da lei.

Além disso, Dworkin afirmava que se o juiz fosse Hércules ele conseguiria, por meio de uma interpretação da prática social do direito, identificar a melhor decisão

possível para qualquer caso. Se Hércules fosse um juiz brasileiro, ele identificaria a melhor decisão possível, baseada no direito brasileiro. Essa é a tese da resposta correta: para todos os casos existe uma decisão que é melhor que qualquer outra. Para o autor, trata-se de uma tese trivial e intuitiva – os juristas, em sua prática, de modo consciente ou não, aceitam essa tese.

Richard Posner<sup>13</sup> refuta a tese da resposta correta do seguinte modo. Afirma que não existe resposta objetiva para casos difíceis porque não existe consenso sobre esses assuntos. As divergências no Direito sobre determinados assuntos superam gerações: como poderia, então, se falar em resposta correta?

Dworkin não negava que existiam casos controversos no direito. A defesa da tese da resposta correta se dá em um contexto de debate com autores que questionam a objetividade do direito<sup>14</sup>. Trata-se de afirmar o trivial para refutar teorias que, para ele, não compreendem de modo adequado a prática real do direito. Os juristas, normalmente, trabalham com o direito pressupondo que existe a melhor decisão para cada caso, a mais adequada ao direito vigente.

Mas uma pergunta ainda paira na mente do leitor: se existem uma melhor decisão para os casos difíceis do direito, como podemos identificá-las? Aceitar que existe uma resposta correta (melhor que as outras) sobre as questões jurídicas não nos salva da dúvida. Não somos Hércules. Às vezes duvidamos de nossas convicções, ou não chegamos a nenhuma conclusão segura. Isso pode acontecer mesmo quando nos esforçamos.

Nós podemos até discordar sobre qual é a melhor decisão para um caso – a mais correta do ponto de vista do direito brasileiro - mas é importante que não desistamos de busca-la. Trata-se de uma postura que é condição para um diálogo produtivo, possibilita que a prática jurídica se torne um processo coletivo de construção das melhores decisões. Não devemos buscar “qualquer resposta”, mas a resposta certa, a melhor. Somente assim poderemos discordar construtivamente.

---

13 POSNER, Richard. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, Cap. 23, “Direito e literatura revistos”. Posner é um autor culto, claro, e bem humorado. Sempre uma leitura fascinante, mesmo quando não concordarmos com as suas conclusões.

14 Por exemplo, DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, Cap. VII.

## 7. AINDA SOBRE O CETICISMO E A DISTINÇÃO ENTRE INTERPRETAR E CRIAR

Existe uma forma radical teoria cética que pensa ser impossível ter certeza sobre qualquer coisa, que em relação a tudo, texto e fatos, e em qualquer circunstância, cabem interpretações dispares. O jurista prático sabe que essa não é uma boa teoria para explicar a prática do direito, mesmo que, as vezes, afirme de modo irrefletido: há interpretação para tudo. “João faleceu”. Se vítima morreu, não é possível interpretar de outra forma e ressuscitá-la. “O prazo para apelação é de 15 dias conforme o art. 508 do CPC”. Seria possível discutir o início do prazo, ou se caberia prazo em dobro. Mas sempre partiríamos da verdade expressa no art. 508 do CPC. Até para defender sua não aplicação, temos que considerar a sua existência.

As discussões jurídicas não são travadas sobre o nada, os juristas não são livres para inventar uma nova Constituição. O debate se dá sempre *a partir de algo*, do material escrito, de convenções, da história das instituições, de costumes que se consolidam na prática dos que trabalham com direito, da doutrina. Há muito a ser considerado. Ao atuar em um caso concreto, partimos de muitas certezas interpretativas. “Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana”. Talvez deixe de ser verdade no futuro, tal qual as verdades das ciências médicas, mas, por enquanto, é uma afirmação verdadeira sobre o direito brasileiro.

Contra as teorias céticas, Dworkin afirmava que uma boa teoria do direito deve manter uma distinção entre o “criar o direito” e “interpretar o direito”. Afinal, a prática interpretativa no direito pressupõe um compromisso com a motivação das decisões. E a motivação tem, dentre outras funções, a de comprovar que a decisão judicial é embasada no direito vigente.

Essa posição foi objeto de refutação pelo crítico literário Stanley Fish. Ele foi um interlocutor inteligente, mas pouco disposto a entender a teoria de Dworkin sobre o melhor prisma. Para Fish<sup>15</sup>, quando Dworkin defendia a distinção entre “criar” e “interpretar” ele ignorava que toda a interpretação tem algo de criação, de modo que interpretar não é o mesmo que descrever o sentido de um texto. A distinção basear-se-ia

---

15 FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism. In: *Critical Inquiry*, vol. 9, n. 01, p. 201-216, 1982.

em uma incorreta pressuposição de que existem aspectos de um texto que não precisam ser interpretados, cujo significado seja auto evidente.

Carlos Maximiliano, em seu livro “Hermenêutica e aplicação do direito” (cuja primeira edição é de 1924) já dizia: “Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação”<sup>16</sup>. Será que Dworkin não compreendia isso? A questão é um pouco mais sutil: não há compreensão sem interpretação, e em toda interpretação *individual* há algo da subjetividade do interprete. Nesse sentido, quem interpreta, em alguma dimensão, cria e Dworkin sabia disso. O que se está afirmando com a distinção é que o texto oferece limites à interpretação. Além disso, a distinção é importante para compreender a prática do direito, pois entram em jogo as noções de estado de direito e separação de poderes.

Sustentando uma distinção conceitual próxima daquela defendida por Dworkin, Neil MacCormick, em seu livro “Retórica e o Estado de Direito”, diferencia a interpretação em sentido amplo da interpretação em um “sentido estrito”. Quando o texto não está “claro” seria necessária sua interpretação em um sentido estrito<sup>17</sup>. Para este autor, uma concepção mais estreita de interpretação é importante para o estudo da argumentação jurídica real. Não é uma questão de ingenuidade, mas de construir uma teoria adaptada à prática jurídica real.

Tanto Dworkin quanto MacCormick sabiam que o problema do sentido de um texto remete a um contexto. A percepção de um texto como “claro” não depende somente das palavras utilizadas. Depende, em alguma medida, do conhecimento do sujeito intérprete, mas também de um contexto histórico e de determinados conhecimentos acumulados coletivamente. Para usar uma metáfora, depende do horizonte do intérprete. Pensando na nossa prática real: o texto de lei pode até ser confuso ou vago, mas se há consenso jurisprudencial ou doutrinário sobre o assunto, ele não gera muitas dúvidas, a não ser para o leigo ou neófito.

---

16 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29. Maximiliano foi uma dádiva para a cultura jurídica brasileira. Autor pioneiro e que merece ser lido, porém com as ressalvas necessárias, pois se trata de um autor da primeira metade do sec. XX.

17 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo, Elsevier Brasil, 2008, p. 168 et seq.

Além disso, a partir da ideia de que tudo é interpretável - que a compreensão depende da interpretação - não se pode concluir que cada indivíduo pode criar, livremente, um sentido para os textos. Há limites ao processo de interpretação que o distingue, nas práticas reais, da livre criação. Por um lado, o próprio texto nos constrange, limita nossa criatividade interpretativa. Se o marido encontra um bilhete na cozinha onde está escrito “Comprar leite”, é aceitável que ele tenha dúvidas sobre a quantidade de leite a comprar. Mas se ele vai ao supermercado, esquece o leite e compra uma caixa de cerveja, a alegação de que interpretou *criativamente* o bilhete certamente não convencerá sua esposa. Agindo assim ele ultrapassou um limite, não convencerá ninguém de que a sua interpretação foi adequada.

O que foi dito é de grande relevância para se compreender a prática do direito: as interpretações defendidas devem se mostrar plausíveis aos interlocutores. Mesmo que eles não concordem sobre se a interpretação é a melhor, eles devem percebê-la como uma interpretação possível porque feita ao estilo daquela comunidade de interpretes e aproveitando o conhecimento acumulado coletivamente.

## **8. CONCLUSÃO: A INTERPRETAÇÃO COLETIVA DO DIREITO**

A teoria do direito de Dworkin propõe o engajamento dos juristas práticos em um projeto de descoberta da melhor decisão para cada caso. Nada menos poderia satisfazer a demanda por legitimidade das decisões judiciais. O autor também afirma que se o juiz fosse Hércules ele conseguiria, por meio de uma interpretação da prática social do direito, identificar a melhor decisão possível para qualquer caso.

Hércules, um semideus, tinha a força e astúcia de muitos homens. Um juiz precisa, então, da ajuda de muitos homens e mulheres para igualá-lo, e assim descobrir coletivamente a melhor decisão. E para isso podemos utilizar o potencial de nossas instituições, compreendendo o processo judicial como um projeto de interpretação coletiva do direito, que nos ajuda a superar as limitações individuais.

Quem trabalha com direito sabe que o contraditório, quando é bem realizado, faz uma grande diferença. Uma correta fase de instrução, e a atuação de advogados, promotores e juízes qualificados nos faz aprender, na medida em que o processo se desenvolve, cada vez mais sobre o caso e sobre os nossos próprios argumentos. Podemos aprender muito sobre nossa posição e argumentos tentando defendê-los de contra-argumentos. Isto nos faz ter mais certeza de certos pontos, e

abandonar outros. Por isso, no decorrer do processo, ideias que pareciam sólidas se tornam frágeis, e progressivamente identificamos o que há de mais relevante. A compreensão do caso é aprofundada com a ajuda de outras pessoas, vivas ou mortas: autores dos livros de doutrina, legisladores do passado, peritos que atuam no processo, advogados, promotores, juízes, as partes, as testemunhas, etc.

Podemos afirmar o que nossa prática jurídica já indica: atuar em um processo judicial, em qualquer dos papéis (advogados, promotores ou juízes), é uma oportunidade de aprendizado. Além disso, a contraposição de ideias, feita de modo construtivo, é o motor da produção de conhecimento. Poderíamos até fazê-la sozinhos, criando amigos e inimigos imaginários que nos desafiam, ou pressupondo – como Descartes - um gênio maligno que busca a todo instante nos enganar<sup>18</sup>. Mas contra os limites da subjetividade, nada supera uma real contraposição de ideias.

Ademais, devemos considerar que a experiência de vida do intérprete é um fato. Não existe posição neutra, equidistante. Por isso, fazer a boa decisão depender da virtude de um único homem é uma aposta arriscada. Acreditar que os santos trabalham com direito é um erro, uma ilusão. Se for necessário generalizar, a generalização deve ser a seguinte: nunca confie na decisão elaborada por um homem só. Sozinhos, a chance de estarmos errados é maior.

Talvez, ao final de tudo, o leitor não concorde com a teoria que compreende a prática do direito como uma prática coletiva de descoberta da melhor decisão – a resposta correta - para cada caso. De qualquer modo, o que não se pode perder de vista é que, em um confronto entre interpretações teóricas é preferível e mais responsável sustentar uma teoria que revele e potencialize o que há de melhor em nossas instituições. A realidade é sempre mais complexa que qualquer teoria. Mas uma boa compreensão da prática leva a uma boa atuação e a uma progressiva transformação da própria realidade. As teorias, assim como as profecias, por vezes são autorrealizáveis.

## **REFERÊNCIAS**

DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas** (Coleção Os Pensadores). São Paulo. Editora: Nova Cultural, 2000.

---

18 DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. São Paulo. Editora: Nova Cultural, 2000 (Coleção Os Pensadores), Primeira Meditação, p. 93 et seq.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. **University of Chicago Law Review**, Vol. 35, Iss. 1, Article 3, 1967.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism. **Critical Inquiry**, vol. 9, n. 01, p. 201-216, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo, Elsevier Brasil, 2008.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POSNER, Richard. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

TAMANAH, Brian Z. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-64.