

DIREITO, MORAL E INTERPRETAÇÃO: O DEBATE ENTRE MARMOR E DWORKIN

Carlos Frederico Ramos de Jesus¹

Resumo

O artigo analisa criticamente as duas principais críticas de Andrei Marmor a Ronald Dworkin. Segundo a leitura de Marmor, Dworkin misturaria teoria e prática do direito, oferecendo um enfoque mais adequado para o aplicador do direito do que para o teórico. Também postula que Dworkin, ao defender que o direito deve ser visto sob sua melhor luz, esfumaça a separação entre direito e moral, confundindo o direito que é com o que deveria ser. Defendo que as críticas de Marmor não se sustentam, pois não explicam o direito melhor do que a teoria de Dworkin. Quanto à primeira crítica, é legítimo que o teórico tenha a aplicação do direito dentre suas preocupações, tendo em vista que o direito é uma prática interpretativa. Quanto à segunda, o fato de Dworkin buscar ver o direito sob sua melhor luz não implica confundir direito e moral, mas apenas tornar uma ordem coercitiva a melhor que ela pode ser. Além disso, argumento de Marmor de que a aplicação de uma regra jurídica independe de interpretação parte de uma leitura equivocada de Wittgenstein e não leva em conta que o direito é uma prática argumentativa.

Palavras-chave: Marmor, Dworkin, direito, moral, interpretação

O ARGUMENTO DE MARMOR E SUAS CRÍTICAS A DWORKIN

Andrei Marmor escreve *Interpretation and Legal Theory* para defender o convencionalismo em face das críticas feitas por Ronald Dworkin. A tese convencionalista liga-se ao positivismo jurídico da seguinte forma, nas palavras de Marmor (2005: 7):

Visto a partir do vantajoso ponto de vista das teorias contemporâneas da linguagem, o positivismo jurídico resulta em uma posição convencionalista - isto é, antirrealista - do significado de 'direito'. Para os que postulam que o direito é essencialmente uma questão de convenções sociais, o direito é ipso facto, o que a comunidade de juízes e advogados pensa que ele é. Em uma abordagem convencionalista, não há nada mais sobre o direito, isto é, sobre as condições jurídicas de validade, do que o percebido nas regras e práticas que as pessoas de fato seguem.

O convencionalismo defende que a atribuição de um referente a um conceito deriva de uma convenção. Retomemos o exemplo de Hart (1994: 128-9) para a regra "veículos não podem estacionar no parque": quando para um ônibus no local, sem dúvida estacionou um veículo e ele pode ser multado. Mas, se um patinete estaciona,

¹ Doutorando e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor de Filosofia do Direito e Direito Civil em São Paulo. E-mail: carlosfredericor@yahoo.com.br

trata-se de um veículo? Não há convenção, de forma que o guarda pode multar ou não multar. Há liberdade neste caso. O conceito veículo certamente tem ônibus e carro como referente, não tem andador ou cadeira de rodas como referente, mas é duvidoso se ele se refere a patinete.

A objeção de Dworkin a respeito é, em linhas gerais, a seguinte: os praticantes do direito continuam discutindo ou argumentando quando não existe mais convenção. Por que as pessoas seguiriam debatendo caso se tratasse de uma questão sobre a qual não vale a pena debater? Se fosse, por exemplo, uma discussão sobre se é elegante ou usar regata na academia ou não, claramente os praticantes do direito não se dedicariam a isso. Mas o problema é que vale a pena debater sobre assuntos como casamento entre pessoas do mesmo sexo, desobediência civil e ações afirmativas, ainda que não haja uma convenção clara sobre o tema. Como explicar que esta discussão seja possível, mesmo sem convenção? Dworkin evidencia que os debates jurídicos sobre casos controversos não dependem de uma convenção prévia sobre o que seja direito. A condição de sentido da discussão, em casos jurídicos difíceis, não pode ser a existência de uma convenção (inclusive porque muitas discussões são até contra convenções).

Já que este é o debate, uma maneira interessante de compreender as ideias de Marmor é analisar as críticas que ele faz a Dworkin, pois nelas se percebe exatamente o que ele defende e por quê. Dentre tais críticas, Marmor destaca duas, que serão objeto deste trabalho. Defenderei que tais críticas não se sustentam e que a teoria dworkiniana sobre a interpretação ainda explica melhor o direito e sua relação com a moral, inclusive em questões jurídicas concretas - o que será exemplificado por uma importante e conhecida decisão do STF, sobre a união estável homossexual.

A primeira opõe-se ao argumento "metodológico" de Dworkin. Este argumento (na leitura de MARMOR, 2005: 27-8) preconiza que tanto o filósofo do direito quanto o seu aplicador desenvolvem o mesmo tipo de raciocínio, que é o de apresentar o direito sob a sua melhor luz moral. Marmor avalia que tal argumento falha porque confunde a perspectiva do aplicador do direito com a do teórico. Dworkin igualaria dois tipos distintos de teorias, defendendo que a teoria sobre a natureza do direito deve ter o mesmo enfoque de uma teoria sobre a adjudicação. Para Marmor, isso é um problema grave, porque ignora que o teórico do direito pode apresentar uma teoria coerente sobre o que é o direito sem adotar a perspectiva de quem se engaja na aplicação do direito. Chamarei esta crítica de separação entre teoria e prática do direito.

A segunda crítica dirige-se ao argumento "substantivo" de Dworkin, que defende que, em um determinado caso concreto, "toda a conclusão sobre o que o direito é necessariamente envolve considerações valorativas" (MARMOR, 2005: 27), pois é o resultado de uma atividade interpretativa que, como tal, procura apresentar seu objeto (o direito) sob sua melhor luz. Em face do argumento substantivo dworkiniano, Marmor argumentará que nem toda aplicação do direito envolve interpretação e que, portanto, não necessariamente

abarcas considerações valorativas estranhas às que são inerentes ao direito aplicável. Chamarei esta crítica de Marmor de separação entre direito e moral.

Subjaz a ambas as críticas de Marmor uma discordância fundamental com Dworkin quanto ao papel da interpretação no direito. Na leitura que Marmor faz de Dworkin, a interpretação seria essencial a qualquer proposição sobre o direito, seja no plano teórico, seja no caso concreto. Além disso, a interpretação seria necessariamente valorativa e construtiva, já que atribui valor a um objeto para fazer dele o melhor exemplar de seu gênero (interpretar o direito seria, portanto, fazer dele o mais justo possível). Para Marmor (2005: 29), "não é o caso que toda conclusão sobre o que é o direito necessariamente dependa de interpretação", de maneira que é possível:

- a) Aplicar o direito, em muitos casos, sem interpretá-lo, da forma que ordinariamente regras são seguidas;
- b) Descrever o direito sem recorrer a valores externos a ele e sem tentar vê-lo sob sua melhor luz.

A separação entre teoria e prática do direito

Um teórico do direito necessita adotar o mesmo ponto de vista de um aplicador do direito? Este ponto de vista deve abranger valores e ver o objeto sob sua melhor luz?

Para responder a tal pergunta, convém iniciar pelo exemplo de Marmor (2005: 41-2) sobre o vegetarianismo. Se A, indivíduo que come carne, é indagado sobre o que preconiza o vegetarianismo, ele necessita engajar-se na prática vegetariana para oferecer uma resposta? Não, pois ele pode descrever a prática social do vegetarianismo sem estar inserido nela e, mais importante, sem formar um juízo sobre os valores que ela contempla. As divergências que existem dentro da prática vegetariana (p. ex., ingerir leite e ovo ou não) podem ser descritas por A como pontos controvertidos da prática, sem que ele necessite dizer qual conjunto de regras permite ver o vegetarianismo sob sua melhor luz. Ele não precisa ter juízos de valor sobre o vegetarianismo para oferecer uma visão consistente sobre os valores ínsitos à prática e, assim, descrevê-la adequadamente.

Transpondo o exemplo para o direito, não é necessário que o teórico adote o ponto de vista de quem está inserido na prática para dizer que o direito prescreve X ou Y. Tampouco é necessário que o teórico realize um juízo de valor sobre o direito para descrever o direito. Os valores que devem ser notados são os inerentes ao direito. Quando um constitucionalista afirma, por exemplo, que "A Constituição do Brasil institui um Estado social", ele não precisa julgar os valores do Estado social. Ele pode afirmar isso a partir das normas sobre saúde, seguridade, educação etc., sem se questionar se esta afirmação permite ver a Constituição sob sua melhor luz. As divergências sobre o alcance do Estado social (p. ex., um Estado social exige educação infantil gratuita ou não?) podem ser descritas da mesma forma que um estudioso do vegetarianismo descreve as divergências internas à prática, sem que seja necessário dizer qual versão é melhor. Assim, para Marmor, não faz sentido afirmar que a

teoria do direito deve obrigatoriamente ver seu objeto sob a melhor luz porque é possível descrevê-lo sem necessariamente empregar a melhor luz.

Além disso, Marmor questiona se é possível identificar ou defender uma visão que possa ser considerada "a melhor luz". Neste ponto, Marmor postula que, no direito e em outras práticas sociais, há uma incomensurabilidade de valores, sobre os quais nem sempre é possível arbitrar: "É um aspecto prevalente das dimensões avaliativas de obras de arte, e de muitos outros objetos de interpretação, que frequentemente não há possibilidade de oferecer um julgamento abrangente de seus méritos" (MARMOR, 2005: 32).

Nesse ponto, Marmor ataca a metáfora dworkiniana entre direito e literatura: assim como o crítico literário deve buscar a melhor visão da obra que analisa, o teórico do direito também deve fazer do seu objeto o melhor que ele pode ser (DWORKIN, 2000: 235-240). Sob o ponto de vista de Marmor, é bem pouco plausível assumir-se que exista uma melhor luz sobre a qual uma obra literária possa ser vista. Há leituras possíveis, cada uma enfatizando determinados pontos. Por exemplo, *Antígona* é uma peça sobre a oposição entre razões de família e razões de estado, sobre o confronto entre leis postas e leis naturais ou ainda sobre a oposição entre indivíduo e comunidade? São possíveis boas leituras da obra partindo dessas distintas chaves, sem que se possa arbitrar qual é a melhor, considerando todos os aspectos. Similarmente, no direito (sempre do ponto de vista de Marmor), há valores conflitantes e racionalmente incomparáveis. Não há um "olimpico dos valores" que permita dizer, por exemplo, se a desapropriação de terras em que há trabalho escravo, como sanção ao proprietário, vê o direito de propriedade sob sua melhor luz. É possível entender os valores subjacentes à tal opção legislativa, mas essa possibilidade independe de julgamento destes valores, ou mesmo da adoção da perspectiva do aplicador do direito.

Veja-se que Marmor (2005: 42) não nega que a explicação de uma prática social, como o direito, seja valorativa. Entender a função social da propriedade no Brasil, por exemplo, implica entender a valor dado à livre iniciativa, à distribuição de recursos, à valorização do trabalho etc., mas não é necessário formar um juízo sobre tais valores para a compreensão da prática. O "ponto de vista interno" do jurista teórico não é o mesmo "ponto de vista interno" do aplicador do direito.

A separação entre direito e moral

Dworkin admite que pode surgir no caso concreto um direito antes desconhecido, uma vez que o intérprete procura ver a situação sob a melhor luz, considerando todo o sistema jurídico. Essa atividade interpretativa pode revelar faculdades e obrigações que, antes do caso concreto, não existiam explicitamente. Para Dworkin, na leitura de Marmor (2005: 80), "considerações sobre o que é o melhor podem às vezes determinar o

que é o direito". O direito é processo de uma "identificação construtiva", em que a interpretação é inspirada pelos valores políticos e morais. Não é possível, portanto, reduzir o conceito de direito a algum fato social.

Marmor discorda de Dworkin. Para ele, a identificação do direito não pode depender apenas de valores morais ou políticos, mas sim da existência de diretivas feitas com a intenção de serem jurídicas. Da mesma forma que uma obra de arte apenas pode ser identificada se houver a intenção de se fazer uma obra de arte, o direito apenas se define se existir ao menos a intenção de se formularem normas jurídicas.

Como se identifica tal intenção? Pelo conceito de autoridade de Raz: uma autoridade deve ser identificada pela capacidade de impor diretivas a outrem, independentemente de se questionar sobre as razões destas diretivas. Não são as razões que identificam o direito, mas a vontade da autoridade (MARMOR, 2005: 88-9).

Marmor discorda de Dworkin também pelas divergentes ideias que ambos têm sobre interpretação. Para Marmor, a regra aplica-se à maioria dos casos (os "casos fáceis"), em que não surge a necessidade de se questionar o seu sentido, ou a sua finalidade. Essas variáveis já estariam implícitas na prática de aplicação da regra. A regra se aplica de forma imediata para grande parte dos casos, sem a necessidade da interpretação, da mesma forma que um jogador de vôlei, ao fazer uma manchete, não precisa pensar em seu sentido, ou um ciclista não precisa explicar a mecânica do pedalar para demonstrar que sabe andar de bicicleta. O jogador de vôlei e o ciclista mostram o domínio das respectivas regras aplicando-as. É essa a crítica que Marmor (2005: 114-6) faz a Dworkin, a partir de Wittgenstein.

Na parte das Investigações Filosóficas em que se debruça sobre o que é seguir uma regra, Wittgenstein (2009) aponta que essa atividade não pode ser reduzida a nenhum outro fenômeno. Não se pode dizer que alguém compreende uma regra exclusivamente porque sabe declará-la, ou porque a reproduz em um processo mental, ou ainda porque imita mecanicamente alguém que segue a regra. Compreende a regra quem sabe aplicá-la corretamente, como o bom jogador de vôlei ou o nadador competente. A compreensão da regra revela-se na ação: "a gramática da palavra 'saber' é claramente próxima da gramática das palavras 'poder', 'estar apto a'. Mas também próxima da gramática da palavra 'entender' (dominar uma técnica)" (WITTGENSTEIN, 2009: 65, parágrafo 150).

A compreensão da regra (que se revela na sua aplicação) independe, portanto, da sua interpretação, pois "seguir uma regra' é uma prática" (WITTGENSTEIN, 2009: 87, par. 202), para a qual podemos ser treinados: "há uma maneira de apreender uma regra que não é uma interpretação, mas que, caso a caso, é mostrada no que chamamos 'seguir uma regra' e 'contrariá-la'" (WITTGENSTEIN, 2009: 87, par. 201).

A partir de tais ensinamentos, Marmor defende que a aplicação do direito prescinde de interpretação. É certo que o filósofo vienense entende interpretação em um sentido peculiar: "deve-se falar em interpretação

apenas quando a expressão de uma regra é substituída por outra" (WITTGENSTEIN, 2009: 87, par. 201). Para o austríaco, interpretação é paráfrase. Marmor parece não dedicar a atenção necessária a este ponto - tema que retomarei na última parte do artigo.

Para Dworkin, ao contrário, a aplicação do direito demanda interpretação. A metáfora da literatura é novamente útil: a decisão de um novo caso concreto é mais um capítulo do longo romance em cadeia, composto por toda a história jurídica pertinente ao caso (que abrange decisões e leis). O novo capítulo, embora vinculado sob muitos aspectos à história anterior, trará algum novo elemento, algum desdobramento que não poderia ser previsto antes.

Ora, de acordo com esta visão, a interpretação jurídica é, ao menos parcialmente, criativa. Dworkin reconhece outros tipos de interpretação além da jurídica: por exemplo, a interpretação conversacional busca descobrir a intenção do emissor da mensagem e a interpretação científica busca causas necessárias e suficientes para os fenômenos estudados (DWORKIN, 1986: 50-51). Mas a interpretação jurídica, tal como a literária, é criativa. E, se a regra jurídica demanda alguma interpretação (criativa), é impossível conhecer o direito sem criar direito. Nesta criação, podem entrar valores morais e políticos que antes estavam ausentes da regra. Marmor, fiel ao positivismo, defende que o direito é o que é, não o que deve ser. Se a interpretação fosse sempre necessária, o conceito descritivo do direito estaria em xeque e seria substituído ou, ao menos, complementado por um conceito prescritivo, que é em grande parte dependente da moral.

AS RESPOSTAS A MARMOR, BASEADAS EM ARGUMENTOS DE DWORKIN

Teoria e prática: o direito como prática interpretativa

A separação entre os enfoques do teórico do direito e do aplicador não se sustenta, porque aplicar o direito envolve sempre perguntar o que é o direito. Assim, o aplicador do direito passa por uma indagação teórica quanto ao que deve decidir. Isso ocorre porque o direito é uma prática argumentativa. Em práticas argumentativas, a questão "o que deve ser feito?" nunca é separada da questão "qual é o conceito desta prática?".

Neste sentido, é elucidativa a explicação de Macedo Jr (2013), ao diferenciar o xadrez da cortesia e associar o direito à última. Para fazer uma jogada em xadrez, o participante não precisa discutir sobre o conceito daquele jogo, já que as regras do jogo são incontroversas e, após aprendidas, evidentes. Há boas e más jogadas, mas é sempre claro se o movimento constitui uma jogada de xadrez ou não. Por outro lado, alguém que pretenda ser cortês precisa refletir sobre o que é cortesia.

O autor exemplifica a diferença entre as práticas com a seguinte situação: dois rapazes discutem se é cortês pagar a conta para uma mulher, quando o homem a convida para jantar (MACEDO JR, 2013: 203-207).

Há uma discordância sincera sobre o conceito de cortesia, baseada em valores distintos. Quem afirma que a cortesia é mais ligada à tradição defende que o homem deve pagar a conta: um homem cortês com mulheres deve sempre agradá-las, inclusive materialmente. Quem pensa que a cortesia é um valor vinculado à igualdade e à dignidade, defenderá que nem sempre o homem deve pagar: se ambos têm situações financeiras semelhantes, um homem que pague a conta está, na verdade, sendo descortês, pois trata a mulher como se ela fosse inferior e não pudesse pagar a conta. Assim, o conceito de cortesia é argumentativo, enquanto o conceito de xadrez é criterial. Há critérios claros para se jogar xadrez, mas para ser cortês é necessário engajar-se na prática argumentativa sobre a cortesia.

O direito está mais próximo da cortesia, pois avaliar juridicamente uma conduta pode gerar uma discordância sincera sobre sua conformidade ou desconformidade à ordem jurídica. Tal discordância sincera deriva, sobretudo, do caráter argumentativo do conceito de Direito. A questão "o que é direito?" pode ser, assim, tão polêmica quanto a questão "o que é cortesia?" e tal controvérsia deriva de interpretações distintas que agentes informados e de boa-fé conferem a tais conceitos. A questão "o que é o direito?" está longe de ser tão simples quanto a questão "o que é o xadrez?".

Quem supõe que o desacordo sobre o direito aplicável em caso concreto tem caráter meramente empírico foi vítima, segundo Dworkin (1986: 45), do "agulhão semântico":

As suas presas têm uma certa ideia do que é a discordância e quando ela é possível. Elas pensam que só podemos discutir sensatamente uns com os outros se, e somente se, todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossos argumentos são bons (...).

As vítimas do "agulhão semântico" pensam que a determinação do que é o direito é criterial, como a determinação do que é o xadrez. Se o conceito de direito for criterial, realmente a questão teórica não se mistura com a questão prática: primeiro, define-se o que é o direito; depois, se ele é aplicado ou não ao caso. O desacordo teórico sobre o direito, nesse caso, seria "ilusório" (DWORKIN, 1986: 31). Mas se o conceito de direito é, ao contrário, argumentativo e interpretativo, teoria e prática devem andar juntas: pensar qual é o direito aplicável ao caso implica engajar-se em uma argumentação sobre o que é o direito.

Direito e moral

No debate sobre o que é o direito em um caso A, surgem questões sobre a sua finalidade, que remeterão a valores éticos. Essa dinâmica pode fazer com que surja um direito que, antes do caso A, não era conhecido, e que vem à tona em virtude da moral.

Na visão dworkiniana, a "atitude interpretativa" é a mais adequada para entender práticas argumentativas, como o direito e a cortesia. Dworkin (1986: 47), remetendo-se à cortesia, ressalta que tal atitude tem dois elementos:

O primeiro é a pressuposição de que a prática da cortesia não apenas existe, mas que tem valor, que ela serve algum interesse ou fim, ou realiza algum princípio - em suma, ela tem alguma finalidade (point) - que pode ser apresentado independentemente de apenas descreverem-se as regras que constituem a prática. O segundo é a pressuposição de que os requisitos da cortesia - o comportamento que ela demanda ou o julgamento que ela assegura - não são, necessária ou exclusivamente, o que sempre foram, mas são, ao contrário, sensíveis à finalidade (point), de maneira que as regras estritas devem ser entendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, qualificadas ou limitadas por essa finalidade (point).

Práticas argumentativas não podem ser separadas da moral. Não é possível dizer que a moralidade da lei seja apenas a escolhida pelo legislador e que cabe ao intérprete apenas descrever a lei e aplicá-la. Agir de acordo com uma prática argumentativa é questionar seu point e ele é sensível às mudanças morais do meio: o conceito de cortesia com as mulheres mudou com o feminismo, da mesma forma que o conceito de igualdade mudou quando a Suprema Corte do EUA julgou *Brown v. Board of Education* (DWORKIN, 1986: 29-30). Sendo assim, quando a Suprema Corte afirmou que a igualdade exigia não apenas que escolas para negros e brancos tivessem a mesma qualidade, mas também que não houvesse segregação, ela não violou a distinção entre o "direito tal como é" e o "direito como deve ser". Ela apenas agiu da forma que práticas argumentativas exigem, avaliando uma situação de acordo com o seu point.

Por isso, a aplicação do direito envolve interpretação e essa interpretação é criativa, pois "fruto da interação entre finalidade e objeto" (DWORKIN, 1986: 52). Pode ocorrer de as regras jurídicas serem aplicadas de maneira imediata, quando uma determinada interpretação já se fixou. Mas isso não tira a necessidade de interpretação das regras e de criação do direito em sua aplicação.

Em suma, o caráter argumentativo do direito não permite que sua aplicação seja isolada dos valores morais. Também não permite aplicação sem interpretação, que é sempre reflexiva e construtiva, com o objetivo de buscar uma solução sensível ao point da prática.

ANÁLISE CRÍTICA

Talvez a forma mais adequada de se avaliar criticamente uma teoria é questionar o seu poder explicativo. Uma teoria é tanto melhor do que outra na medida que explique melhor o seu objeto. No caso das teorias de Marmor e Dworkin, é necessário perguntar: qual explica melhor o estudo e a aplicação do direito?

Iniciando pelo debate sobre separação entre teoria e prática do direito, Marmor acusou Dworkin de misturar teoria do direito com teoria de adjudicação, emprestando o viés do aplicador ao teórico do direito. Todavia, para Marmor, é possível descrever o direito sem adotar a perspectiva do aplicador, o que desobriga o teórico de ver a prática sob sua melhor luz.

É possível, sem dúvida, fazer uma sociologia do direito, descrevendo as instituições e como elas operam, sem tomar posições valorativas sobre elas. A sociologia olha o direito de fora. Mas quem olha o direito de dentro (caso da teoria do direito e dos ramos dogmáticos) quer, ao fim, responder a uma pergunta: o que é conforme ao direito?

O direito existe para determinar o proibido, o permitido e o obrigatório. Mesmo um teórico do direito escrevendo sobre um tema geral (p. ex., antinomias) pretende dar uma solução para questões concretas (p. ex., como decidir entre uma lei posterior e geral e outra anterior e especial, que sejam antinômicas?) É bem verdade que o teórico pode se limitar a expor as opiniões contrárias e não se posicionar sobre elas. Talvez o objeto seja muito amplo, o tempo seja escasso e não seja possível, por consequência, chegar à defesa de uma posição. Mas uma teoria do direito apenas descritiva não é uma teoria completa, pois não dirá qual é a melhor solução de acordo com o direito. E, assim, não conseguirá orientar o aplicador, no caso concreto.

Tentar ver o direito sob sua melhor luz é, pela própria natureza da prática jurídica, mais necessário do que tentar ver a obra de arte sob sua melhor luz, pois o direito, ao contrário da arte, é coercitivo. Se, em virtude do direito, pessoas têm seu patrimônio modificado, são absolvidas ou condenadas, é necessário que o teórico mostre o direito como o melhor que ele pode ser. Como pondera Dworkin (1978: 15), se as pessoas perdem e ganham direitos tão importantes por causa da lei, é necessário que a justificação para tais perdas e ganhos não seja apenas a lei. Pode-se lamentar que uma obra de arte seja vista sob sua pior luz - como um livro que receba uma péssima adaptação para o cinema -, mas a arte pode ser ignorada (ainda que isso empobreça muito a vida). O direito, não.

Neste contexto, defender a separação entre teoria do direito e teoria da adjudicação é defender uma teoria incompleta. É possível apenas descrever uma prática essencialmente prescritiva. Mas a descrição não é tudo que a teoria está legitimada a fazer. Pelo contrário: espera-se que a teoria faça de um determinado direito o melhor que ele pode ser. Uma ordem coercitiva precisa ser a melhor que ela pode ser.

Nesse ponto, cabe uma observação. Quando se defende que cabe à teoria fazer de um determinado direito o melhor que ele pode ser, isso é muito diferente de inventar um novo direito. Embora toda interpretação de uma prática como o direito (ou a cortesia) seja, em certa medida, criativa, isso não implica que a interpretação crie novas regras para a prática, fora dos parâmetros existentes. Voltando ao exemplo da cortesia, uma interpretação criativa da prática consistiria em defender que nem sempre o homem precisa pagar o jantar à sua convidada para ser cortês. Seria cortês, na maioria das vezes, dividir a conta. Uma hipotética interpretação que inventa novas regras para a prática seria, por outro lado, a defesa de que a mulher deve pagar a conta sempre, uma vez que os homens já pagaram a conta por muito tempo na história. Esta seria uma interpretação inventada e ilegítima, já que traria para uma questão interpessoal (quem paga a conta no jantar) argumentos que só se aplicam a casos de correção de discriminação entre grupos sociais - um argumento parecido com este seria mais plausível

em uma discussão sobre ações afirmativas, por exemplo. A última interpretação não busca ver prática da cortesia sob a melhor luz, mas sim transformá-la em outra prática.

Como visto, Marmor questiona se seria possível encontrarmos a melhor luz, dada a incomensurabilidade dos valores. Neste ponto, cabem duas observações. A primeira é que a incomensurabilidade dos valores pode ser um ponto de chegada, mas não pode ser pressuposta como ponto de partida. Podemos refletir sobre todos os aspectos relevantes de um caso e não chegar a nenhuma conclusão sobre a melhor escolha. Mas não temos elementos para pressupor, de antemão, que não há escolha melhor a ser feita (TAYLOR, 1989: 61-62).

A segunda é que buscar ver o direito sob sua melhor luz pode ser uma condição de verdade da própria teoria. Mesmo considerando-se que não é possível demonstrar cabalmente que alguns valores são superiores a outros, faz sentido defender, por exemplo, que a igualdade exige que brancos e negros frequentem as mesmas escolas, se acharmos que outra solução seria tão boa quanto? Qual o sentido de escolher uma visão do direito se qualquer outra, no limite, também é boa? Parece que Dworkin, ao falar que uma decisão jurídica tem que ser feita com o objetivo de ser o melhor exemplo de seu gênero, não se compromete necessariamente com uma escala objetiva de valores, mas aponta para uma condição de verdade do ato de escrever mais um capítulo na história jurídica de um determinado assunto ou de uma determinada controvérsia. Se o intérprete achar que tanto faz balizar-se por um valor ou outro, a prática perde o sentido. De fato, se alguém reflete e diz "A tem direito a X", pressupõe que essa conclusão seja a melhor; ainda que mude de ideia e seja convencido da posição contrária, ele ainda está em coerência com o pressuposto de que existe uma conclusão melhor do que as outras (LOPES 2003: 59).

Pensar que existe uma resposta, mesmo às lides mais complicadas, que consiga ver o direito sob sua melhor luz é condição de possibilidade de uma decisão judicial (ou um parecer, uma opinião jurídica fundamentada). Se tal condição não estiver presente, o objeto (que é a decisão sobre direitos) não se constitui, pois se torna pouco diferente de uma preferência pessoal. Pressupor que existe uma decisão que veja o direito sob sua melhor luz é o que dá sentido a um juízo jurídico.

Fica claro que uma teoria do direito não pode ser independente de uma teoria da adjudicação e que o teórico deve ter também o ponto de vista do intérprete. E o intérprete e aplicador do direito precisam discutir o conceito de direito para aplicá-lo, como exposto anteriormente: se o conceito de direito é argumentativo, e não criterial, ele é permanentemente reconstruído por argumentos, diante de novos casos concretos. Pensar que os conceitos estão todos prontos e que apenas se aplicam aos casos é não captar o que realmente os aplicadores do direito fazem - e não podem fazer de outro modo, já que é uma exigência interna do "jogo" do direito.

Um exemplo ajudará a esclarecer esse ponto. Poderíamos dizer que os ministros do STF tinham um determinado conceito de união estável, que apenas aplicaram às uniões homossexuais, tornando-as juridicamente

possíveis no Brasil? Claramente ocorreu o contrário: o caso, quando chegou à corte, mostrou que a união estável não poderia ser mais vista da maneira anterior (exclusivamente entre homem e mulher). O conceito de união estável foi repensado em virtude da ação judicial, da mesma forma que, no exemplo anterior, o conceito de cortesia foi repensado em razão da controvérsia entre os amigos. Teoria do direito e aplicação do direito andam juntas, da mesma forma que andam juntas a teoria e a aplicação de qualquer prática argumentativa.

Sobre a separação entre direito e moral, Marmor argumentou que o direito pode ser identificado independentemente da moral, rejeitando-se a identificação construtiva de Dworkin. A interpretação das regras jurídicas pode ser afastada em grande parte dos casos, pois é possível e frequente seguir-se uma regra sem interpretá-la. Interpretações criativas, que busquem agregar valores morais ao direito, confundem o "direito que é" com o "direito que deveria ser".

Novamente, parece que a leitura de Dworkin explica melhor as relações entre direito e moral do que a de Marmor.

Em primeiro lugar, quando Marmor afirma que é possível seguir regras sem interpretação, faz uma apropriação indevida de Wittgenstein para o direito. Wittgenstein referia-se ao que Dworkin chama de práticas de conceito criterial (como o xadrez ou o futebol) e tinha uma definição de interpretação que era adequada a tais práticas. Para Wittgenstein (2009: 87, par. 201), interpretação é paráfrase (cito novamente, tendo em vista a importância desta distinção): "deve-se falar em interpretação apenas quando a expressão de uma regra é substituída por outra". Interpretar é trocar uma proposição por outra, de sentido equivalente. A paráfrase é útil para se explicar uma regra a alguém com outras palavras e por isso Wittgenstein aborda a questão: ele pretende, no trecho do livro, analisar o que é seguir uma regra. Por exemplo, se alguém vê uma jogada de futebol e não entende a razão de se marcar impedimento, pode-se falar "ele está impedido porque, quando lhe passaram a bola, só havia o goleiro entre ele e o gol". Se a pessoa não entender a regra, é possível recorrer a uma paráfrase, como "um jogador está impedido se, no momento em que o companheiro de equipe lhe passa a bola, existe apenas um adversário entre o jogador que recebe e o gol do oponente." Este é o sentido de interpretação, para os fins visados por Wittgenstein.

Mas a interpretação, em geral, não é uma paráfrase. Como alerta Hershovitz (2002: 634), "quando interpretamos um quadro, não o substituímos por outro; quando interpretamos uma peça de teatro, não a substituímos por outra. Da mesma forma, interpretar uma lei não implica substituir uma expressão por outra." A aplicação de regras sem a sua interpretação faz sentido quando elas podem ser seguidas de forma imediata. Para tanto, precisam estar inseridas em atividades que permitam seguir uma regra deste modo (como o xadrez, o futebol, a natação, as operações básicas da matemática etc.). O direito, porém, é uma prática argumentativa ou, nas palavras de Hershovitz (2002: 636), reflexiva: "as observações de Wittgenstein não estão direcionadas a exemplos

reflexivos de seguir uma regra e muitas aplicações de regras jurídicas, especialmente por juízes em tribunais, são feitas reflexivamente."

Assim, quando Marmor defende que uma regra jurídica pode ser seguida sem interpretação, na esperança de isolar o direito da moral, trata a regra jurídica da mesma forma que regras de atividades não reflexivas e faz tal extensão sem justificar por que trata similarmente fenômenos tão diversos. Mas nem sempre é possível identificar o direito no caso concreto, independentemente de uma interpretação construtiva. A solução jurídica é sempre construída a partir do caso concreto: busca-se o universal a partir do particular, ao invés de simplesmente adequar-se o particular a um universal preexistente e acabado. Não raramente, nesta construção, entram valores morais.

Por exemplo, no já citado caso da união estável homossexual, pode-se dizer que o STF sabia o direito aplicável à espécie antes de interpretar os dispositivos constitucionais sobre igualdade, liberdade, família, à luz do caso concreto? Não. O direito que emergiu no caso foi fruto de uma construção, embasada em valores morais que inspiraram uma leitura da Constituição diferente da que era predominante até então. O direito existente, na verdade, era contrário ao reconhecimento da união estável homossexual, se tomado literalmente. Com efeito, tanto o art. 226, parágrafo 3o., da Constituição, quanto o art. 1723, do Código Civil, preceituam o reconhecimento da união estável "entre o homem e a mulher". Mas o STF, conforme colhe-se da ementa de julgamento, interpretou, na ADI 4277-DF (Rel. Min. Carlos Britto), que:

A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros.

O Tribunal reinterpreto a regra constitucional, sempre vista como bloqueio das uniões entre pessoas do mesmo sexo, passando a vê-la como afirmação da igualdade entre os sexos, proibindo a subordinação da mulher ao homem. Notou, então, que a Constituição nada dizia, explicitamente, sobre a união estável homossexual, mas que seria mais consentâneo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da autonomia permitir-se a união entre pessoas do mesmo sexo. Colhe-se novamente da ementa que há um "Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'". A consequência foi dar interpretação conforme ao artigo da lei civil que também reconhecia apenas a união estável heterossexual: "Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família."

Escolheu-se esse julgado porque ele é um exemplo muito eloquente de como o direito se distancia da prática criterial, em que regras se aplicam imediatamente, sem recurso necessário à interpretação. Havia (e há) no ordenamento brasileiro duas regras jurídicas a respeito da união estável (na Constituição e no Código Civil), ambas reconhecendo apenas a modalidade heterossexual. No julgamento, ambas foram reinterpretadas, para se firmar que as uniões homossexuais também devem ser reconhecidas pelo direito, sendo certo que tal preceito não derivou de nenhuma regra expressa. Em que prática criterial tal procedimento seria possível? Claramente, o direito que emergiu do caso concreto foi construído, argumentativamente, com recurso a valores morais, contidos expressamente no direito (dignidade, liberdade) ou apenas implícitos (como o "direito à felicidade", também mencionado no julgamento). O direito sempre reflete, de alguma forma, a moral do tempo de sua realização (legislador) e de sua aplicação (intérprete), já que é uma prática argumentativa. Essa relação talvez pudesse ser estanque se o conceito de direito fosse criterial, o que não é o caso.

As críticas de Marmor a Dworkin - bem como as respostas que podem ser extraídas da obra deste - expõem mais um capítulo do debate entre o positivismo jurídico e seus críticos. Subjaz a tal debate um dissenso mais profundo sobre as relações entre direito e moral e sobre o conceito do direito (se ele pode simplesmente ser descrito ou se é sempre dependente de interpretação, por ser um conceito argumentativo). As ideias de Dworkin sobre tais temas ainda parecem explicar melhor o direito do que teorias de inspiração positivista, como a apresentada por Andrei Marmor. Trata-se de mais um capítulo da conflituosa relação entre direito e moral.

LAW, MORAL AND INTERPRETATION: THE DEBATE BETWEEN MARMOR AND DWORKIN

Abstract

This article analyzes two main criticisms that Andrei Marmor poses to Ronald Dworkin's theory. According to Marmor, Dworkin would intermingle theoretical and practical approaches to law; therefore, in Marmor's view, Dworkin's account would be adequate to lawyers and judges do, not to a legal scholar. Marmor also claims that Dworkin draws a faint line between morals and law when Dworkin states that law should be seen under its best light. My point in this article is that Marmor's criticisms do not hold. As to the first criticism, it is legitimate that the scholar be concerned with law's enforcement, because law is an interpretive practice. Concerning the second criticism, one cannot say that Dworkin's best light argument implies the mix between law and morals, but only that it aims to make of a coercive order the best it can be. Furthermore, Marmor's argument that a rule's application does not require interpretation is based on a misleading reading of Wittgenstein and does not consider that law is an interpretive practice.

Keywords: Marmor, Dworkin, law, morals, interpretation

REFERÊNCIAS

BRASIL (Supremo Tribunal Federal). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Disponível em <<http://www.stfjus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em 16.05.2015.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge (EUA): Harvard, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge (EUA): Harvard, 1978.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2a. Ed. New York: Oxford, 1994.

HERSHOVITZ, Scott. **Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace**, Oxford Journal of Legal Studies 22.4, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Juízo Jurídico e a Falsa Solução dos Princípios e das Regras**. Revista de Informação Legislativa, n. 160. Brasília: Senado Federal, out-dez 2003.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and Legal Theory**, 2a. Ed. Portland (EUA): Hart, 2005.

TAYLOR, Charles. **Sources of the Self**. Cambridge (EUA): Harvard, 1989.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**, 4a. Ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

Trabalho enviado em 04 de fevereiro de 2015.

Aceito em 25 de maio de 2015.