
CONCEITO DE DIREITO E TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO

Fernando Rodrigues^{1}*

1. O TERMO “DIREITO” E OUTROS TERMOS. COMO DETERMINAR SEU SIGNIFICADO.

Várias das investigações teóricas sobre o direito, visando a determinar seu conceito, consistem em uma teoria da argumentação. A relação entre teorias da argumentação e o conceito de direito justifica-se pelas seguintes considerações, referentes à determinação do significado de expressões lingüísticas.

A elucidação de qualquer conceito se faz quando se indicam as regras que alguém segue quando usa, de modo competente, esse conceito na linguagem. Isso parece ser claro no caso de conceitos que se aplicam a objetos espaço-temporais, como o conceito de mesa. Dizer o que significa o termo “mesa” consiste em elucidar as regras que alguém segue quando usa de modo competente esse conceito. Quando alguém classifica por meio da palavra “mesa” objetos adequados, i.e. aqueles objetos a que qualquer falante

^{1*} Professor adjunto do Departamento de Filosofia da UFRJ.

competente aplicaria o termo “mesa”, diz-se que ele compreende essa palavra e que o significado da mesma seriam as regras que ele segue ao usá-la. A situação não é tão clara com relação a termos abstratos, como, por exemplo, o conceito de coragem. Nesses casos, tenta-se determinar o significado da palavra “coragem” por recurso ao uso do adjetivo cognato, adjetivo esse que se aplica a certas pessoas. É ao se elucidarem as regras de uso da expressão “corajoso” que se elucida a palavra “coragem”. Isso significa que esse termo não designa alguma objetualidade abstrata e que não é atentando para essa objetualidade que se determina seu sentido, mas sim indicando os critérios de que alguém se serve para aplicar o termo “corajoso” a uma pessoa. Um terceiro exemplo refere-se ao termo abstrato “verdade”. Para determinar seu sentido, tampouco se procede à consideração de um objeto abstrato, mas à determinação das regras que se seguem quando se diz que um enunciado é verdadeiro. Dependendo do tipo de enunciado de que se diz que é verdadeiro, a determinação de sua verdade remete a procedimentos diferentes. Assim, se se busca determinar a verdade de enunciados predicativos singulares empíricos como “Esta mesa é marron”, lança-se mão da experiência para determinar sua verdade. Já no caso do enunciado “Só há dois números primos entre 20 e 30” a verdade remete a um certo tipo de procedimento de prova específico e a elucidação, nesse caso, da verdade vai incluir menção a esse procedimento.

O que se disse com relação a esses termos, sobretudo com relação ao termo “verdade”, aplica-se também ao termo “direito”. “Direito” não é uma palavra que designa algum objeto abstrato. Se se quiser determinar o que ela significa, deve-se atentar para o uso do predicado “é direito”. A aplicação ou negação desses predicados é feita com relação aos pedidos das partes, no caso da jurisdição contenciosa, ou dos interessados, no caso da jurisdição voluntária. Essa aplicação dá-se por meio de uma decisão judicial, que se materializa na sentença. Esta compõe-se, por sua vez, além do

relatório e do dispositivo, obrigatoriamente de uma fundamentação (conforme dispõe o art. 458 do CPC). É a fundamentação que permitirá que se diga se o pedido é ou não direito. A fundamentação, por sua vez, consiste de uma argumentação que visa a legitimação da aplicação ou negação do predicado “é direito” com relação ao que é pedido, o que ficará claro no dispositivo da sentença. Desse modo, é com base na argumentação que se explica a validade de uso da palavra “direito”. Assim como, no uso do predicado “verdadeiro”, o que legitima a aplicação desse predicado é o procedimento de verificação que se segue e que nos leva a afirmar ou negar a verdade relativamente a um enunciado, do mesmo modo é a argumentação expressa na fundamentação da sentença que valida a aplicação ou negação de “é direito” relativamente a pedidos feitos ao judiciário. Sendo assim, a determinação do que é “direito” remete necessariamente ao tipo de argumentação presente na fundamentação de sentenças. A questão aqui relevante incide, então, sobre a teoria da argumentação que melhor elucida esse procedimento de fundamentação de que lança mão o magistrado. Daí explica-se a preocupação que têm os estudos teóricos sobre o direito hoje em dia com as teorias de argumentação.

Antes de abordar propriamente alguma teoria da argumentação determinada, é preciso fazer um esclarecimento. Muitas vezes não é claro, quando se propõe uma teoria da argumentação para dar conta do direito, se o que se está fazendo é descrever o modo como de fato os juízes raciocinam nas fundamentações ou prescrever o modo como eles devem raciocinar. A confusão entre essas duas perspectivas pode muitas vezes levar a equívocos nas discussões acadêmicas sobre o tema. Desse modo, deve-se tentar precisar que tipo de teoria (descritiva ou prescritiva) se está avançando. A validade das teorias descritivas mede-se pela exatidão com que dão conta do modo efetivo de os magistrados validarem suas decisões. No caso da proposta prescritiva, por outro lado, a validade depende da função que se espera que o direito desempenhe no âmbito da sociedade.

No que se segue apresentarei algumas modelos argumentativos, discutindo sua relevância para o contexto jurídico. Tomarei como fio condutor as distinções traçadas por J. Waldron em seu artigo “Judges as Moral Reasoners”.

2. MODELOS VARIADOS DE ARGUMENTAÇÃO.

Parto do princípio de que as ações de uma pessoa não são movimentos impulsivos, resultados de um mecanismo causal, mas baseiam-se, antes, pelo menos em parte, em raciocínios em que são avaliados os cursos de ação a serem seguidos com relação a algum padrão ou interesse. Esse princípio talvez possa ser questionado por deterministas radicais, que não vêem qualquer tipo de distinção qualitativa entre as ações humanas e certos fenômenos naturais, mas não vou ingressar aqui nessa discussão, admitindo como, pelo menos, plausível o mencionado princípio.

Desse modo, pode-se afirmar que, no mundo do dia a dia, agimos com base em algum tipo de raciocínio. As ações pressupõem tomadas de decisões que resultam de certos procedimentos argumentativos. Não apenas os indivíduos agindo em seu próprio nome tomam decisão, mas também agentes públicos, agindo em nome do Estado. Também nesse caso as decisões, que serão implementadas ou pelos indivíduos ou por meio de ações de outros agentes públicos, resultam de algum processo argumentativo. Essas decisões podem se realizar por deliberações individuais ou por deliberações de colegiados. A pergunta que me interessa neste texto é: Qual o tipo de argumentação adequado para decisões no âmbito judiciário?

Antes de abordar propriamente essa questão, gostaria de chamar a atenção para o fato de que as decisões que tomamos

ou enquanto agentes individuais ou enquanto agentes públicos encontram-se sempre no âmbito de certos desenhos institucionais. Vivemos sempre em certos contextos e nossas ações são pautadas pelo que é considerado relevante nesse contexto. Há, por exemplo, situações em que buscamos atingir da melhor maneira certos fins pragmáticos. Quando queremos preparar com rapidez uma refeição, vamos proceder de modo adequado para chegar mais apropriadamente a esse fim, escolhendo um tipo de prato simples que se deixe preparar rapidamente, um prato de cujos ingredientes já disponhamos em casa, e assim por diante. Por outro lado, quando ter algum prazer vendo um filme ou ouvindo música, vamos escolher o filme ou a música adequada a esse contexto. Por um outro lado, ainda, quando estamos em alguma situação em que nossas atitudes e ações podem interferir nos interesses e sentimentos dos outros, podemos nos engajar em certas considerações de ordem moral. Esses são apenas alguns exemplos de como, na nossa vida ordinária, nos encontramos em situações as mais variadas, situações eu exigem de nós modelos de raciocínios diferenciados, dependendo da finalidade que assumimos em cada situação.

Assim como podemos falar de vários contextos, de vários desenhos que contornos a nosso viver, organizando nossos cursos de ação, do mesmo modo, no âmbito do Estado, pode-se falar de vários âmbitos que estruturam e determinam as funções estatais e o modo como os agentes públicos imbuídos de realizar essas funções devem raciocinar. Pergunta-se, então, sobre a função da prestação jurisdicional nesse conjunto de contextos. De resto, parece que concebemos a instituição da moral como não apenas devendo estruturar um âmbito específico da vida individual das pessoas, mas como devendo perpassar e restringir as ações estatais. Se for assim, os poderes estatais terão suas atividades restringidas pelo ponto de vista moral.

O problema de se determinar que o tipo de raciocínio deve vigorar no âmbito de cada setor estatal terá a ver com o tipo de

função a ser desempenhada por esse setor. Os poderes estatais têm determinadas funções a cumprir. Que função possui o judiciário e que modelo de argumentação é a ela adequado? Com relação a essa função, cabe aplicar o modelo moral de argumentação? Persegurei essa discussões, nos próximos dois itens, sobretudo a partir do texto de J. Waldron “Judges as Moral Reasoners”. Com base nesse autor, chega-se à conclusão de que a argumentação jurídica, que determina o uso do predicado “é direito” não seria determinada por padrões morais, o que leva a que do conceito de direito não faça parte a moralidade. Em seguida, no item 5, apresentarei uma crítica a essa posição e, no 6, desenvolverei em linhas gerais uma posição alternativa a de Waldron com base em R. Dworkin. A título de conclusão, mencionarei algumas questões que devem ainda ser investigadas por aqueles que mantêm haver uma ligação entre direito e argumentação.

3. WALDRON E OS MODELOS ARGUMENTATIVOS DUALISTAS E MONISTAS

Em seu artigo supra citado, Waldron, ao discutir e criticar a tese de que os juízes são bons argumentadores morais, aborda alguns modelos argumentativos que se atribuem aos juízes. Podem-se distinguir duas posições gerais. Por um lado, há os que defendem que os magistrados têm uma tarefa dupla, escolhendo, dependendo da situação, um entre dois modelos argumentativos concorrentes. Por outro, os que afirmam que, com relação a qualquer decisão, eles seguem sempre um único modelo.

Os dois modelos referidos são: (1) o que leva o juiz, para decidir o caso que a ele chega, a apenas encontrar e aplicar o direito; (2) o que faz com que ele, para decidir, se envolva em raciocínios morais. Diante dessas duas estratégias, pode-se manter que cabe ao juiz

seguir ou apenas uma delas, seja ela a (1) ou a (2), ou utilizar-se de uma combinação de ambas.

Essa combinação determinaria que o juiz seguisse um modelo dual. Um dos responsáveis por difundir o modelo dual seria, de acordo com Waldron, uma certa versão do positivismo jurídico, sobretudo o positivismo inclusivista de Waluchow². O positivismo inclusivista defende que regras morais possam ser fontes do direito. Assim, o raciocínio jurídico incluiria, como seu elemento, pelo menos para alguns casos, o raciocínio moral. De certo modo, pode-se dizer que defensores do positivismo não-inclusivista também aderem, até certo ponto, à divisão dualista das tarefas do juiz. Para esses positivistas, ainda que eles admitam que a função do juiz seja a de encontrar o direito que se aplique ao caso em tela, um direito fundado em fontes de precedentes e de leis positivadas, eles também afirmam que, no caso em que essas fontes faltam, cabe ao juiz decidir por recurso a padrões não jurídicos, podendo a moral servir de um desses padrões. Esse âmbito de decisão em que não se seguem fontes do direito é possibilitado pelo poder discricionário do magistrado. O positivista não-inclusivista não admite, é verdade que a moral faça parte do direito como uma de suas fontes, mas admite que, pelo poder discricionário, o juiz possa lançar mão de padrões morais. Desse modo, pode-se dizer que o positivismo, em geral, defenderia uma visão dual do raciocínio dos juízes.

Não apenas os positivistas defenderiam, de acordo com Waldron, uma posição dualista para determinar as tarefas do magistrados. Também os intérpretes de Dworkin, ainda que não o

² Cf. Waldron, J.: 2009, 10. O texto de Waluchow referido por Waldron, *Inclusive Positivism*. O autor aí chama a atenção para o fato de que alguns filósofos (Jules Coleman, John Mackie e David Lyons) recentemente apontaram para a possibilidade de haver, dentro de uma posição positivista, uma ligação entre direito e moral que não seja meramente acidental.: “(...) among the conceivable connections between Law and morality that a positivist might accept is that the identification of a rule as valid within a legal system, as well as the discernment of the rule’s content and how it bears on a legal case, can depend on moral factors” (1994, 81s.). Essa posição é caracterizada por Waluchow como positivismo inclusivista.

próprio Dworkin, seriam partidários de uma tal posição. A ênfase constante em dois aspectos da aplicação do direito, o *ajuste* (fit) a precedentes e ao direito positivado e a *justificação*³ fez com que se pudesse ver aqui uma versão da teoria dualista sobre as atividades do juiz:

Dworkin believes that moral reasoning is involved at almost every stage of legal reasoning. Some commentators try to render his theory of interpretation as though it involved two distinct kinds or stages of judgment: when we are choosing between possible interpretations of a text or a doctrine, we make (a) judgments about fit (which are technical legal judgments of a familiar kind) and we make (b) judgments about moral appeal; and (according to Dworkin, or so these commentators say) we engage in the latter only to break ties that exist with regard to the former” (2009, 12)

A essas teorias dualistas opõem-se as que afirmam ou bem que o direito nada tem a ver com a moral ou bem que o direito é perpassado sempre necessariamente por padrões morais. Um exemplo da primeira posição, ainda que não citado explicitamente por Waldron, pode ser visto no livro de Schauer *Playing by the Rules*. É verdade que Schauer é explicitamente um defensor de uma posição positivista, mas seu positivismo não leva a uma dualidade de critérios. Em sua defesa de um positivismo presuntivo, de caráter descritivo, o autor evita cair no rigorismo positivista que defende a aplicação cega de regras⁴. Ele afirma que as regras, sobretudo as

³ Para mencionar um exemplo, em *Law's Empire*, Dworkin refere-se a esse par conceitual quando, ao falar da atividade do intérprete, diz que ele “needs convictions about how far the justification he proposes at the interpretative stage must fit the standing features of the practice to count as an interpretation of it rather than the invention of something new” (1986, 67).

⁴ Schauer, após considerar o positivismo como “one perspective on legal systems that maintains that the identification of a legal norm, and the designation of it as legal, are logically independent of the substantive moral content of that norm” (1991, 197), distingue entre dois tipos de positivismo. Por um lado, o positivismo pode ser considerado, não como uma teoria de pretensões descritivas, mas como uma teoria conceitual sobre a idéia de direito (idem, 197). Por outro, como uma teoria descritiva sobre a divergência de extensão entre o direito de uma comunidade e sua moralidade, de tal sorte que, segundo esta posição, a regra de reconhecimento de uma comunidade demarca claramente o direito da moralidade. Diante dessa posição do positivismo descritivo, Schauer propõe uma outra versão descritiva do positivismo chamada de positivismo presuntivo: “(...) presumptive positivism is a descriptive claim about the status of a set of pedigreed norms within the universe of reasons for decision employed by the decision-makers within some legal system” (idem, 203).

regras de precedentes que entrincheiraram certos conceitos gerais, aplicam-se aos casos a serem decididos a menos que uma razão extremamente forte se faça manifesta:

“(...) these decision-makers override a rule within the pedigreed subset not when they believe that the rule has produced an erroneous or suboptimal result in this case, no matter how well grounded that belief, but instead when, and only when, the reasons for overriding are perceived by the decision-maker to be particularly strong” (1991, 204)

Por mais que, em casos extremos, o positivismo presuntivo admita que ocorre os aplicadores da lei recorrerem a padrões outros que às regras, o direito funciona, para essa perspectiva, como uma aplicação de conceitos entrincheirados a casos concretos, sem que haja aí uma mistura de outros padrões, além das generalizações entrincheiradoras.

Além da posição de Schauer, que, parece-me, pode se mencionar um outro tipo de posição monista. Trata-se da concepção de Dworkin do direito como integridade. Waldron afirma que os intérpretes de Dworkin seriam dualistas, mas não o próprio Dworkin. Este defenderia uma posição monista de acordo com a qual o raciocínio jurídico seria subordinado, quase que sempre, por padrões morais, conforme testemunha a primeira frase da citação acima: “Dworkin believes that moral reasoning is involved at almost every stage of legal reasoning” (Waldron, J.: 2009, 12).

A partir das considerações acima, pode-se traçar o seguinte quadro ilustrativo:

posições dualistas	posições monistas
positivismo inclusivista de Waluchow	positivismo presuntivo de Schauer
Dworkin segundo seus intérpretes usuais	Dworkin segundo a leitura de Waldron

Isso significa que, para os dualistas, os argumentos jurídicos seriam uma mescla de argumentos em que, por um lado, seguir-se-iam padrões voltados para os precedentes e para o direito positivado e, por outro, padrões morais. Para os monistas, os padrões seriam ou unicamente as regras advindas dos precedentes e do direito positivado ou unicamente as regras de cunho moral.

A posição do próprio Waldron é monista, mas não no sentido de Dworkin, em que padrões morais determinariam as decisões dos magistrados, mas, antes, no sentido de que são padrões jurídicos, i.e. precedentes judiciais, serviriam como guias para os argumentos dos juízes:

(...) he [sc. the judge] offers his argument not in the spirit of "Here's what I would do, morally, if I ruled the world" but, rather, "Here's the best way I can see of this case in a way that keeps faith with how other people in this society have been treated in similar circumstances." Judges are very good at doing this sort of thing (2009, 18)

A justificativa de Waldron para a adoção dessa posição parece consistir em atentar para a função institucional que possui o judiciário no âmbito da sociedade. É a situação que esse poder possui no quadro dos desenhos que organizam as instituições de uma sociedade que o levou a adotar essa perspectiva. Desse modo, para melhor avaliar sua posição e para continuar a discussão sobre o tipo de argumentação adequado às funções desempenhadas pelos magistrados, passarei a uma investigação das funções institucionais que o poder judiciário, bem como o legislativo possuem no âmbito da sociedade. A função dessas duas instituições será acompanhada de considerações sobre a função que a moral possui nesse mesmo âmbito. Essas três instituições estruturam-se no todo da organização social.

4. FUNÇÕES JUDICANTE, LEGIFERANTE E MORAL

A vida social estrutura-se, entre outras, pelas funções dessas

três instituições. Com relação às funções do judiciário e do legislativo, parece ser claro determiná-las com uma certa clareza ou bem porque, como no caso brasileiro, a Constituição, ao criar esses poderes, indica, em linhas gerais, como devem funcionar ou bem porque há uma certa expectativa social, baseada em uma tradição, que determina seu funcionamento. No caso da moral, a situação não parece tão clara. Não é, de início, claro, qual a função da moral, nem são indiscutíveis que padrões devem contar como morais.

Parece que, exatamente pelo fato de a moral ter passado, sobretudo na Modernidade, a um enfraquecimento, a uma perda em seu poder de cogência, os poderes judicante e legiferante ganharam uma determinação e função mais precisa. Não que antes da Modernidade os poderes de aplicar e produzir regras de organização da sociedade não existissem e tudo ficasse a cargo da moral, mas a moral tinha um papel essencial, inclusive na legitimação desses poderes.

Uma das características da Modernidade é o fato de não somente a moral perder sua força, mas também de não se poder sequer determinar com precisão em que consiste a moral. Parece que é justamente essa perda de força da moral em organizar as relações sociais que acabou levando a que os poderes estatais estruturadores da sociedade assumissem o papel central que têm hoje.

Antes de insistir no papel e na determinação da moral, abordarei brevemente as funções desempenhadas pelo judiciário e pelo legislativo.

O poder legislativo têm por função, de acordo com Waldron, raciocinar em nome de toda a sociedade para decidir importantes questões morais (2009, 19). Cabe a ele produzir regras que decidiriam questões acerca da convivência entre os homens. E essa decisão

pode e talvez deva recorrer a padrões morais. Em suas argumentações esse poder não está vinculado a precedentes, nem mesmo ao direito positivado. É verdade que, no caso brasileiro, as normas produzidas pelo legislativo estão limitadas por certos critérios constitucionais, critérios esses que não apenas impedem que certas matérias sejam decididas, mas que determinam o procedimento para se chegar à produção das novas normas. Para a discussão em tela, o importante é enfatizar que esse poder pode apoiar-se em princípios de caráter moral.

O judiciário, ao contrário, ainda seguindo Waldron, teria uma outra função. O que é dele esperável é que decida não a partir de padrões morais, mas, antes, em conformidade com precedentes e com o direito positivado pelo legislativo, conforme mostrado acima. Se se pode falar de seguir padrões morais, nesse caso, o que se tem em mente é que o que determinam esses padrões é que os juízes adiram ao modo como casos semelhantes foram decididos:

Judges do show themselves to be better at moral reasoning, if by moral reasoning we mean reasoning morally in this manner of keeping faith with the existing commitments of the society (2009, 19)

Essa caracterização dos dois poderes consiste sobretudo em mostrar a que tipos de padrões podem recorrer quando decidem. O legislativo pode lançar mão de critérios morais; o judiciário, não. Para autores como Waldron parece claro, de antemão, em que consiste a moral. Suponho que ele esteja pensando em princípios como os de Rawls, princípios de liberdade e igualdade que, para Rawls, são basicamente adequados às instituições sociais. O próprio judiciário, quando segue padrões morais, estaria, para Waldron, sendo equânime, pois decidiria casos atuais em conformidade com o modo como casos passados foram decididos. Um outro elemento que parece concernir à moral é a defesa dos chamados direitos individuais. Os que buscam determinar os padrões morais hoje

em dia parecem recorrer a uma noção de homem de acordo com a qual este seria um indivíduo autônomo, livre e igual aos demais. A moralidade consistiria daquelas regras ou princípios que visam exatamente tutelar essas características dos homens. Sendo assim, ainda que se possa argumentar que a moral é, pelo menos no nosso mundo ordinário, pouco determinada, consistindo o discurso moral de uma série de conceitos advindos de visões de mundo diferentes e, mesmo, contraditórias, pode-se dizer que alguns teóricos atuais concordam sobre um cerne da moralidade, consistindo na defesa dos chamados direitos individuais. Dentre esses autores, estão, por exemplo, Dworkin, Rawls, bem como o próprio Waldron.

Se os argumentos de Waldron são corretos, então o tipo de argumento que caracteriza o direito seria um argumento baseado em precedentes e não em valores morais. O direito seria, desse modo, definido a partir de um tipo de argumentação que seguiria precedentes e normas positivadas.

5. QUE EXISTE RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO

A partir do que se discutiu com base, sobretudo, em Waldron, chegou-se a posição de que os desenhos institucionais adequados à nossa sociedade levam a que se elimine das argumentações jurídicas e, portanto, do conceito de direito sem relações diretas com padrões morais.

Waldron não descarta que a moral tenha uma função no âmbito dos desenhos institucionais de uma sociedade. Além de poder funcionar como uma instituição própria, determinando aos indivíduos certos critérios determinadores de seus raciocínios e de seus cursos de ação, a moral pode funcionar também como um guia para o legislador. Ao produzir normas, o legislativo deveria tutelar

direitos advindos de considerações morais, sobretudo os direitos individuais (e também de minorias). Se bem compreendo a função legiferante para Waldron, ele deve garantir esses direitos, caso eles ainda não estejam garantidos por outras normas. Ele deve discutir essas normas, caso elas já existam.

Apresentada desse modo a função (ou, melhor, uma das funções) do legislativo, pode-se dizer que esse poder seria um garantidor de certos direitos, um garantidor exatamente porque a moral, enquanto uma instituição social, não é mais capaz de fazê-lo na modernidade. O problema com que se depara, e aqui parece-me estar a fraqueza da posição de Waldron, é o fato de as casas legislativas dos estados contemporâneos parecem exatamente não exercer essa função. O critério da maioria não favorece a produção de regras que garantem os chamados direitos individuais. Esse fato parece, por sua vez, ainda que eu não possa desenvolver essa linha de raciocínio neste texto, não ser acidental. Se for verdadeiro que não é apenas por uma questão de fato, mas sim por necessidade, que o legislativo não tutela, muitas vezes, os direitos com os quais está concernida a moral, então pode-se bem atribuir essa tutela ao outro poder estatal, a saber: ao judiciário.

O que tenho em vista aqui é mostrar que, se se considera que um dos poderes do Estado deve servir para tutelar preocupações morais as quais a própria moral, nos dias atuais, não é mais capaz de fazê-lo e se o poder legislativo, por princípio, não realiza esse desempenho, então é possível e mesmo desejável que um outro poder estatal o faça e este seria o judiciário.

Para esse meu argumento funcionar, é preciso, então, (1) admitir:

(a) a moral, na Modernidade, não possui mais força cogente;

(b) o conteúdo da moral moderna consiste em que, dado que

os homens são iguais, autônomos e livres, eles têm direito a tudo o que lhes garante essas características;

(c) o Estado, por meio de um de seus poderes, deve tutelar esses direitos morais, o que a moral é incapaz de fazer; e

(d) o legislativo, por princípio, não pode fazê-lo;

e (2) concluir:

(e) cabe, então, ao judiciário a tutela dos interesses morais.

Esse raciocínio levaria a que o judiciário não apenas pudesse, mas devesse recorrer a padrões morais. Faria parte da argumentação dos magistrados que eles recorressem à moral. Isso validaria também que, com base nesses padrões, atos legislativos e administrativos pudessem ser revistos pelo judiciário.

Essa situação parece ser ainda mais plausível no caso brasileiro, pois, aqui, o próprio texto constitucional permite e exige que qualquer ato estatal que viole direitos individuais seja revisado pelo judiciário.

6. COMO SE ESTABELECE A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO

Admitindo-se que se pode traçar uma relação entre moral e direito, a pergunta que agora surge é: De que modo se dá essa relação? Não acabaria o poder judiciário por assumir a função que a instituição da moral teve? O que distingue a moral do direito?

Aqui retorno a Dworkin. Acima, a partir da interpretação de Waldron, referi-me a Dworkin como se ele defendesse uma posição monista. Talvez sua posição consista antes no que Waldron atribuiu aos intérpretes equivocados de Dworkin.

Inicialmente gostaria de chamar atenção para o fato de que Dworkin, de fato, aponta para dois elementos que devem estar presentes nas fundamentações das decisões judiciais. Elas devem, por um lado, seguir precedentes, colocar-se em uma tradição. Isso é o que faz com que o direito tenha um lugar determinado nos desenhos institucionais de uma sociedade. De outro modo, ele consistiria em uma constante invenção de algo novo. Por outro lado, no entanto, as fundamentações e, portanto, as decisões devem justificar-se com base em padrões que não são meramente os precedentes, mas sim padrões que a sociedade toma como devendo ser tutelados, padrões morais. Esses padrões concernem sobretudo aos direitos individuais. Os argumentos jurídicos conteriam uma mescla de ajuste à tradição e de justificação com base em princípios morais, o que muitas vezes leva a uma mudança na tradição. O interessante da posição defendida por Dworkin é que ele apresenta os passos a serem seguidos pelo intérprete de modo a justificar esses dois elementos, o ajuste e a justificação. Isso ocorre, por exemplo, no capítulo 2 de *Law's Empire*, quando, ao abordar o que ele chama de conceitos interpretativos, ele tenta mostrar como a aplicação de certos tipos de conceitos ou, para usar a expressão que utilizei acima, de certos tipos de predicados, como "é direito", exige que se siga um procedimento específico diferente do procedimento utilizado para a aplicação de predicados empíricos. O segundo elemento envolvido nesse procedimento interpretativo, a saber: a justificação, nos faz interpretar o conceito de tal modo que ele seja colocado em sua melhor luz a partir de um valor.

O valor defendido, nesse caso, é a integridade. É aqui que se mostra, claramente, na teoria de Dworkin, a relação entre direito e moral. O procedimento argumentativo que permite que alguém aplique ou negue o predicado "é direito" com relação ao que se pede ao judiciário leva em conta os princípios morais a que dá adesão a comunidade em que vigora aquele direito. É considerando todos os

princípios morais de uma comunidade e tentando articulá-los com relação ao caso sob análise que, em última instância, se poderão utilizar os predicados “é direito” ou “não é direito”.

Não desenvolverei aqui esse ponto, limitando-me a indicar uma posição que não apenas mantém haver um vínculo entre a argumentação utilizada para o uso de “é direito” e o recurso a princípios morais, mas também mostra, em detalhes, como se dá esse vínculo. Passo agora, a título de conclusão, à menção de alguns problemas que devem ser considerados por aqueles que investigam o direito a partir de teorias da argumentação.

7. QUESTÕES EM ABERTO

Gostaria, para concluir, de mencionar duas questões que merecem ulterior investigação.

Inicialmente é importante ter em mente que os modelos de argumentação que são utilizados para elucidar o conceito de direito referem-se, em geral, a situações em que uma pessoa isolada raciocina para chegar a alguma decisão. Essa é a situação do juiz monocrático. No entanto, muitas vezes, as decisões judiciais dão-se no âmbito de colegiados. Nesse caso, há que se lançar mão de modelos argumentativos que levem em conta que a decisão a que se chegará não será apenas dependente de uma pessoa. É muito provável que se possa descrever o processo de tomada de decisão em colegiados como consistindo de duas etapas. Em um primeiro momento, haveria vários cursos de argumentação individuais que chegariam, cada um, a uma conclusão. Em um segundo momento, haveria uma decisão com base em algum critério de maioria. A questão, no entanto, é se o primeiro passo pode ocorrer sem que se leve em consideração esse segundo. Pode ser que, no próprio

procedimento de chegada a uma conclusão individual, considere-se o fato de que a conclusão pode ser modificada pelo colegiado e, com isso, recorra-se a procedimentos estratégicos para se chegar a uma decisão o menos distante possível da que se chegaria se se tratasse de uma decisão monocrática. A. Vermeule chama a atenção para esse fato, sugerindo, mostrando que, em colegiados, pode ocorrer o que ele chama de efeitos sistêmicos (2009, 17ss.). Para tanto, o juiz, nessas situações deve assumir a forma de um camaleão (idem, 44ss.) e decidir de modo estratégico. Se for correto esse tipo de estratégia, então a argumentação jurídica, pelo menos nos casos em que se decide judicialmente em um colegiado, estaria afastada de padrões morais de argumentação e aproximar-se-ia, antes, das argumentações que marcam o agir estratégico com respeito a fins, buscando-se a segunda melhor opção.

Um segundo ponto que gostaria de mencionar nesse passo conclusivo consiste na pergunta, já referido acima, sobre se o tipo de argumentação que serve para determinar o direito é uma descrição do que de fato ocorre quando os juízes raciocinam ou uma proposta de um modelo ideal de como os juízes devem raciocinar. A resposta a essa questão traz, evidentemente, conseqüências para o conceito de direito, pois esse será considerado ou bem como um conceito descritivo ou como um conceito normativo. Esse é um outro ponto que não poderá ser aprofundado no presente texto, mas que deve ser abordado por teorias argumentativas do direito.

O presente texto consistiu de uma mera proposta esquemática de se determinar o conceito de direito por recurso a teorias da argumentação e de discutir se no modelo argumentativo adequado para o direito estão ou não (ou devem ou não devem estar) incorporados padrões morais. Uma teoria argumentativa do direito deveria aprofundar em detalhes os modelo de argumentação adequado ao direito, levando também em conta os dois pontos que

acabo de mencionar sobre argumentações no âmbito de colegiados e sobre se os modelos argumentativos apropriados têm caráter descritivo ou, antes, normativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, The Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1993

SCHAUER, Frederick (1991): *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford 2002

VERMEULE, Adrian (2009): "System Effects and the Constitution", in: *Harvard Law Review*, vol. 123, nº 1, 2009, pp. 4-72

WALDRON, Jeremy (2009): "Judges as Moral Reasoners", in: *I-CON*, vol. 7, nº 1, 2009, pp. 2-24