

## Faz sentido divergir sobre questões (jurídicas) controversas?



“Dois juristas, três opiniões”, diz um velho ditado alemão[1]. Similarmente,

ouve-se no Brasil “política, futebol e religião não se discute!”. Essas expressões, por um lado, iluminam a profundidade na qual a prática dos desacordos atingiu o imaginário social e, por outro, mostram que o Direito não pode se dar ao luxo de seguir a recomendação da sabedoria popular. Direito e desacordo caminham juntos.

O Direito pode ser caracterizado de vários modos. Entre eles, como prática argumentativa que engloba casos em que determinado dispositivo ou instituto tem sua aplicação contestada, colocada em dúvida sob certa perspectiva. Isso retoma o debate sobre em que medida o Direito é um sistema normativo composto de um conjunto de convenções sociais. Aliás, talvez o ponto mais impactante nessa temática em Teoria do Direito — ainda mais que a festejada “teoria dos princípios” — seja o argumento dos *desacordos teóricos* de Ronald Dworkin[2].

Em linhas muito, muito gerais, Dworkin aponta os casos nos quais juristas argumentam em favor de como o Direito *deve ser* interpretado tendo em vista que não há resposta clara e incontroversa para a hipótese. Tais casos não giram em torno de desacordos empíricos (sobre o que determinam códigos, decisões judiciais passadas, atos normativos etc.), mas teóricos, isto é, sobre os fundamentos do Direito. Esse é o núcleo central de sua importante *teoria da controvérsia*[3].

Dworkin enfatiza que não haveria sentido argumentar em casos nos quais não há regra clara e específica se não houvesse algum tipo de verdade ou resposta não convencional para resolver a questão. Se mesmo nesse tipo de desacordo jurídico os interlocutores se engajam em demonstrar que têm razão, que há uma resposta juridicamente correta, então explicar a prática jurídica como um conjunto de convenções seria cair em um reducionismo insustentável. Sem pressupor a existência da “melhor interpretação”, não haveria como explicar o porquê e sobre o que divergem. Ou essa resposta não convencional é o fundamento para o desacordo ou a argumentação em casos controversos seria um completo *nonsense*.

A teoria da controvérsia de Dworkin é conectada em sua grande obra a uma teoria da decisão jurídica que, por sua vez, ampara-se em uma teoria da justiça mais geral[4]. Explícita é a conexão entre Teoria do Direito com outras disciplinas, especialmente a Filosofia Moral e Política, mas não só com elas. Como toda relação interdisciplinar tem seus custos, um deles parece ser como avaliar teorias normativas, ou seja, como avaliar teorias que pretendem oferecer modelos de avaliação. Por ser normativa — e não puramente descritiva —, não é possível fazê-lo unicamente pelo critério da falseabilidade de Karl Popper [5], por exemplo. Sem referência a estados factuais, a falseabilidade perde sua função nesse tipo de

---

empreitada.

Então com base em quais critérios (e por que) uma teoria normativa pode ser considerada superior ou mais adequada que outras tão (ou mais) sofisticadas, como as teorias de John Rawls, Amartya Sen, Robert Nozick ou Charles Taylor? Seria possível usar um critério avaliativo que não advenha de dentro da própria teoria avaliada para julgar as demais? Se sim, qual e por quê? Se não, a avaliação já não estaria de saída viciada por parcialidade?

A existência de desacordos implicaria questionar a legitimidade de teorias em geral. Em Ciências Naturais também há desacordos. Físicos divergem sobre qual teoria oferece a melhor explicação para a descoberta do Bóson de Higgs[6], a “partícula de Deus”, que, assim como os desacordos jurídicos, repercute sobre questões morais, políticas e religiosas. A diferença é que nesses desacordos há convergência sobre qual informação poderia resolvê-los. Ou seja, os cientistas naturais divergem sobre uma questão particular, mas concordam sobre que tipo de informação ou critério encerraria as dúvidas e decidiria de vez a questão[7].

O problema é que no Direito desacordos teóricos não dizem respeito apenas à resposta de casos difíceis, mas também aos critérios para resolver os casos difíceis. O desafio é em dobro. Na hipótese de não haver consenso sobre tal “metacritério” e considerando que a “melhor resposta” simplesmente não aparece no céu brilhando com luzes de neon, qual o sentido de entrar nesse tipo de desacordo?

Um modelo agonístico do desacordo jurídico[8] pode explicar esse fenômeno sem a necessidade de pressupor a existência desse metacritério. Segundo esse modelo, ainda há razões para justificar a existência dos desacordos. As razões são as seguintes: (i) interlocutores podem chegar a um acordo — ainda que transitório — como uma alternativa pacífica; (ii) desacordos desnudam não apenas pontos de atrito, mas também pontos de acordo implícito; (iii) abre-se a possibilidade do reconhecimento de que ninguém é o “dono da verdade”, gerando um ambiente de humildade e respeito mútuo; (iv) argumentar num sentido também impele o interlocutor a ser coerente em relação aos seus argumentos anteriores, gerando estabilização de expectativas e previsibilidade; (v) ao expor convicções os interlocutores se abrem ao debate para que seus pontos fracos sejam testados e assim podem aprimorar conhecimentos e aumentar o crescimento intelectual; (vi) diferentemente de métodos não-argumentativos, desacordos tendem a forçar a produção de argumentos mais sofisticados e racionais, tornando o debate mais rigoroso e interessante[9].

Longe de um mero jogo de manipulação retórica ou discussão erística[10], o modelo agonístico oferece uma explicação plausível aos desacordos teóricos sem depender da pressuposição de um metacritério ou da “melhor resposta”. O ceticismo em relação à existência de tais propriedades não atinge o modelo agonístico justamente por ser independente delas.

Além do mais, o modelo agonístico convive bem com as circunstâncias — bastante comuns em tempos de eleições políticas — de que os desacordos de fato se tornam discussões *nonsense*. Basta uma “passada de olhos” nas redes sociais para identificar esse fenômeno. Se um critério que encerrasse o desacordo fosse estritamente necessário para explicar desacordos sobre questões controversas, a hipótese da sua inexistência tornaria qualquer tipo de comunicação sem sentido. Inclusive esta coluna na **ConJur**.

---

*P.S.: Agradeço pela revisão e comentários prévios dos amigos William Galle Dietrich e Ziel Ferreira Lopes.*

- [1] POSCHER, Ralf. Wozu Juristen streiten. Eine agonistische Theorie juristischer Meinungsverschiedenheiten. **Juristen Zeitung**, 1/2013, S. 1-11. Versão em inglês, POSCHER, Ralf. Why we argue about the Law. An agonistic account of legal disagreement. In: BANAS, Pawel; DYRDA, Adam; GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. **Metaphilosophy of Law**. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2016. pp. 191-225.
- [2] DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 5.
- [3] "Of course, law is a social phenomenon. But its complexity, function, and consequence all depend on one special feature of its structure. Legal practice, unlike many other social phenomena, is *argumentative*". Idem, *ibidem*, p. 13.
- [4] DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 8 e segs.
- [5] POPPER, Karl. **Logik der Forschung**. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft. Wien: Springer-Verlag, 1935. p. 40 e segs.
- [6] BUTTERWORTH, Jon. Could the Higgs boson have been discovered by accident? **The Guardian**, Science – Life and Physics. 18. Sep. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/life-and-physics/2016/sep/18/could-the-higgs-boson-have-been-discovered-by-accident>. Acesso em 16.out.2018.
- [7] LUGG, Andrew. Disagreement in Science. *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*. Journal for General Philosophy of Science, Vol. 9, No. 2 (1978), pp. 276-292.
- [8] POSCHER, Ralf. **Wozu Juristen streiten**. op. cit, p. 6-10.
- [9] Dando papel proeminente e destacado à função argumentativa dos desacordos jurídicos, ver BESSON, Samantha. **The morality of conflict: Reasonable disagreement and the Law**. Oxford: Hart Publishing, 2005. p. 91-120. Também dando destaque a processos deliberativos, POSTEMA, Gerald. Sweet dissonance: Conflict, consensus, and the Rule of Law. 17 *The Harvard Review of Philosophy* 36, 2010. p. 36-55.
- [10] FREESE, John Henry. **The "art" of Rhetoric**. Cambridge: Harvard University Press, 1975. Passim.

### Date Created

20/10/2018