



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bruno Farage da Costa Felipe

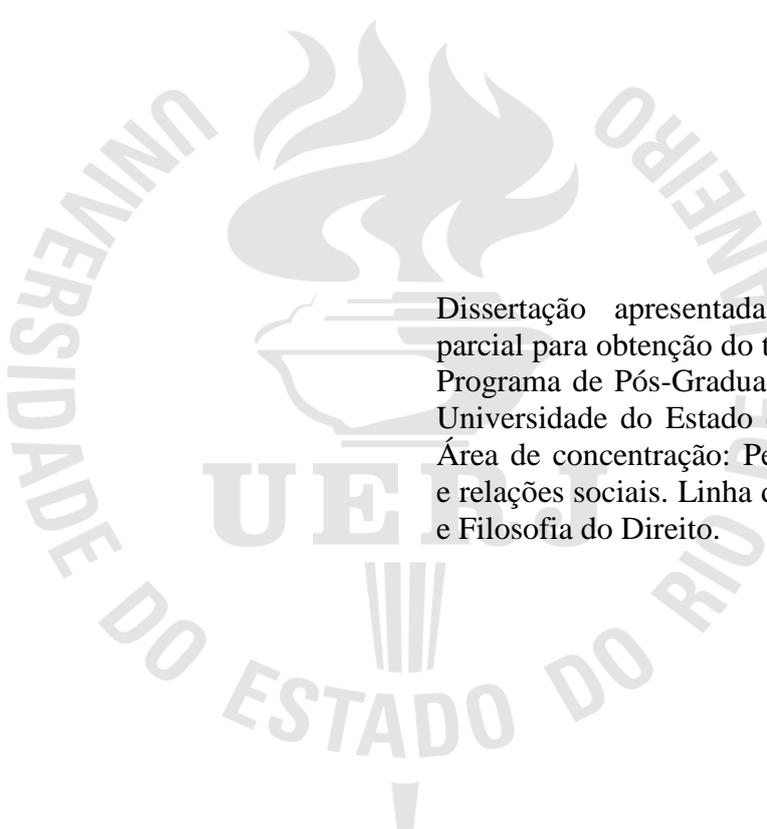
**O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria
moral para a decisão judicial**

Rio de Janeiro

2015

Bruno Farage da Costa Felipe

**O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a
decisão judicial**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e relações sociais. Linha de Pesquisa: Teoria e Filosofia do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F315 Felipe, Bruno Farage da Costa.

O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial / Bruno Farage da Costa Felipe. – 2015. 156 f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Filosofia do Direito– Teses. 2. Pareceres jurídicos – Teses. 3. Direito Filosofia – Teses. I. Marrafon, Marco Aurélio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.12

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bruno Farage da Costa Felipe

**O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a
decisão judicial**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais. Linha de Pesquisa: Teoria e Filosofia do Direito.

Aprovada em 05 de fevereiro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^ª. Dr^ª. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Dr. Marco Aurélio Marrafon, por ser fonte de brilhantismo e excelência. Em um programa de pós graduação tão rico, com tantas formas de pensamento e linhas de pesquisa, encontrei aquele em quem me inspirar. Agradeço pela orientação pontual, concisa e segura proporcionada durante a confecção deste trabalho.

Aos demais professores do PPGDIR da UERJ, pelas aulas ministradas e pelas bibliografias indicadas, as quais foram essenciais para o meu crescimento enquanto estudante e profissional.

Aos amigos do PPGDIR da UERJ, com os quais compartilhei momentos de provação, mas também de muita alegria e descontração.

Aos professores que tive durante minha graduação em direito, os quais foram essenciais para despertar em mim o amor pela academia e pela pesquisa.

Aos meus amados pais André Felipe e Leonor Farage Felipe, sem os quais não teria chegado até aqui. Me apoiaram em toda essa jornada, tanto emocionalmente quanto financeiramente.

Aos meus tios, Luciano e Luiza, que me receberam de portas abertas em sua residência no Rio de Janeiro, fazendo eu me sentir em casa durante esses dois anos de mestrado.

Ao meu avô Joarês Costa, profissional do direito que me inspira desde minha tenra infância, com sua inteligência fora do comum e seu profissionalismo.

Às minhas irmãs Gabriela e Fernanda, pessoas que amo tanto e que me completam com suas amizades.

Aos demais parentes e primos, que em sua maioria compartilham comigo uma forte inclinação para a área de humanas.

Aos amigos, alguns mais próximos, pelo apoio e pelos momentos juntos, tanto na tristeza quanto na descontração.

À Faperj, pela derradeira bolsa concedida, mas de fundamental importância para a conclusão das minhas pesquisas e pela minha manutenção no Estado do Rio de Janeiro.

À Paula, por todos esses anos de cumplicidade e amor. Por acreditar em mim e me apoiar em minhas escolhas, aceitando minhas ausências e me incentivando nessa caminhada acadêmica.

Ao soberano Deus, pela vida e por cuidar de mim.

Conta Plutarco que, tendo Cícero se encarregado da defesa de Quinto Ligário, acusado de ter pego em armas contra César, disse este aos seus amigos: - “Que impede que deixemos Cícero falar? Há muito tempo que o ouvimos. Quanto ao seu cliente, é um homem mau e meu inimigo: está julgado”. No entanto, a defesa feita por Cícero foi tão brilhante que perturbou o próprio César, fazendo-o tremer de emoção, e Ligário foi absolvido.

Cícero (Da República)

RESUMO

FELIPE, Bruno Farage da Costa. *O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial*. 2015. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Este trabalho apresenta uma análise crítica à forma de se abordar casos jurídicos e proferir decisões judiciais denominada abordagem judicial pragmática, disseminada pelo magistrado e professor norte-americano Richard A. Posner. O objetivo é explicitar suas principais características e contornos, bem como sua repulsa pela teorização abstrata e pelos debates e argumentos morais na decisão judicial. A partir disso, pretende-se refutar parte dessa abordagem pragmática, por meio de argumentos levantados por filósofos morais e profissionais do direito – a saber: Ronald Dworkin, Charles Fried, Anthony Kronman, John T. Noonan Jr e Martha C. Nussbaum - em defesa de uma abordagem que prega a inevitável utilização do raciocínio teórico, assim como a argumentação e reflexão moral na resolução de casos difíceis relacionados ao direito. Também será destacado como a repulsa pragmática pela teoria moral e abstrata é incompatível com a conjuntura justeórica contemporânea e como a análise de alguns casos difíceis expõe a falibilidade, ainda que parcial, desse estilo de abordagem pregado por Posner.

Palavras-chave: Decisão judicial. Pragmatismo. Teoria Moral.

ABSTRACT

FELIPE, Bruno Farage da Costa. *The antitheoretical pragmatism of Richard A. Posner and the responses of moral theory to the judicial decisions*. 2015. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This paper presents a critical analysis of the way of approaching legal cases and rendering judicial decisions called Pragmatic Adjudication, disseminated by the magistrate and American professor Richard A. Posner. The aim is to explain its main features and contours, as well as his repulsion for abstract theorizing and moral debates and arguments in judicial decision. Based on that, it is intended to refute part of this pragmatic approach using arguments raised by moral philosophers and legal professionals - namely: Ronald Dworkin, Charles Fried, Anthony Kronman, John T. Noonan, Jr. and Martha C. Nussbaum - in defense of an approach that preaches the inevitable use of theoretical reasoning, as well as moral argumentation and reflection to solve hard cases. It will also be highlighted how the pragmatic rejection by moral and abstract theory is incompatible with the contemporary legal theory situation and how the analysis of some hard cases partly exposes the fallibility of this style of approach preached by Posner.

Keywords: Judicial Decision. Pragmatism. Moral Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 RICHARD A. POSNER E A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL	13
1.1 Características gerais do pragmatismo posneriano	13
1.2 Alguns princípios norteadores da adjudicação pragmática na concepção de Posner	20
1.3 A “antiteoria” pragmatista	30
1.4 Pragmatismo e moral	41
1.4.1 <u>O ceticismo moral pragmático</u>	42
1.5 A relação entre direito e moral na perspectiva pragmática	46
2 ANÁLISE CRÍTICA DO PRAGMATISMO ANTITEÓRICO DE RICHARD A. POSNER	52
2.1 Ronald Dworkin	52
2.1.1 <u>Crítica à classificação de Posner quanto a relação entre direito e moral</u>	53
2.1.2 <u>Objetividade e verdade na moral</u>	58
2.1.2.1 <u>A independência metafísica do valor</u>	62
2.1.3 <u>A abordagem judicial teórica e o elogio da teoria</u>	64
2.1.4 <u>O novo buldogue de Darwin</u>	74
2.2 Charles Fried: a influência da teorização moral sobre a sociedade e os juízes	79
2.3 Anthony Kronman: o valor da filosofia moral	85
2.4 John T. Noonan Jr.: críticas ao pragmatismo jurídico de Posner	92
2.5 Martha C. Nussbaum: Posner e os métodos de crítica à teoria moral	97
2.5.1 <u>Relativismo e Subjetivismo na antiteoria de Posner</u>	101
2.5.2 <u>A influência de teoria na prática e a importância da filosofia moral</u>	104
3 A INVIABILIDADE DA ANTITEORIA PRAGMATISTA PARA A DECISÃO JUDICIAL	106
3.1 O panorama justeórico contemporâneo e a inviabilidade da antiteoria pragmatista de Richard A. Posner	108
3.2 Análise de Casos	117
3.2.1 <u>União homoafetiva</u>	117
3.2.2 <u>Direito à vida e à morte digna</u>	127

CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre um tema central da teoria do direito, recorrentemente discutido a partir de diferentes prismas: a decisão judicial.

Qual é o papel exercido pela moral nas decisões judiciais complexas da seara constitucional? Os magistrados, quando se encontrarem jogados no espaço aberto em que se esgotam as fontes usuais de orientação – como os precedentes judiciais e os textos claros da legislação ou da Constituição – devem recorrer à reflexão moral? Existe verdade e objetividade nessa reflexão? Qual é, ou qual deve ser, a relação do direito com a moral? A filosofia deve servir de instrumental no processo hermenêutico constitucional? Os juízes devem adentrar em debates teóricos com alto grau de abstração ou devem adotar uma postura mais prática, na busca das melhores consequências de suas decisões? Essas são algumas das perguntas que serão analisadas e respondidas neste trabalho, a partir de perspectivas teóricas distintas.

Para adentrar nessas questões, esta dissertação irá explicitar e analisar uma maneira de se abordar casos judiciais muito popular nos Estados Unidos da América, difundida pelo magistrado e professor da Universidade de Chicago Richard A. Posner, conhecida como “abordagem judicial pragmática”. O objetivo é refutá-la parcialmente.

As características principais da abordagem pregada por Posner são, resumidamente: uma abordagem que se diz prática, instrumental, voltada para frente, ativista, cética, antidogmática e experimental. Ela é fruto de um pragmatismo cotidiano, do dia a dia, que valoriza a visão prática das ações e que dá peso crucial às melhores consequências e ao uso da razoabilidade e racionalidade, ao invés de se importar com debates teóricos que possam levar a uma posição consensual ou “verdade moral”.

Recorre constantemente à intuição para captar as “necessidades da época” - elevando a opinião pública a um patamar de destaque como guia para a decisão judicial - assim como à orientação científica (empírica) dos juízes para suprir as lacunas inerentes aos casos difíceis que emergem no direito.

Entretanto, apesar do pragmatismo posneriano ser hospitaleiro a certas teorias que tenham algum suporte na cientificidade, ele é, por outro lado, totalmente hostil à ideia de utilizar a teoria moral ou qualquer outra teoria considerada por ele “abstrata” para a orientação do processo de tomada de decisão judicial. Denominamos essa fundamental

característica de “antiteoria”, seguindo o tratamento dado por aquele que consideramos seu principal crítico e rebatedor, o jusfilósofo Ronald Dworkin¹.

A presente dissertação trabalha com a *hipótese* de que embora certos princípios do pragmatismo jurídico enquanto teoria normativa para a decisão judicial pregada por Richard Posner sejam viáveis em um cenário justeórico contemporâneo e, inclusive, sejam constantemente utilizados pelos juízes, ainda que não com o rótulo de “pragmáticos” – como, por exemplo, o empiricismo, o experimentalismo, a preocupação com as melhores consequências, etc. – a “antiteoria”, ou seja, a característica pragmática que defende a inutilidade das teorias consideradas “abstratas” na decisão judicial, como a teoria moral e constitucional – principalmente a moral, tendo em vista ser a teoria constitucional um desdobramento desta – é inviável na conjuntura justeórica contemporânea ocidental e também brasileira. Defende-se, portanto, que as decisões judiciais complexas geralmente são um misto de valores pragmáticos com a utilização de uma abordagem teórica que busca aplicar princípios morais e adequar argumentos morais às questões de justiça.

Por este motivo, impõe-se a necessidade de refutação, ainda que parcial, do pragmatismo posneriano como guia para o processo decisório. Dessa forma, enquanto o capítulo 1 tem a pretensão de apresentar a abordagem judicial pragmática de Richard Posner, com seus principais contornos, os capítulos 2 e 3 fornecem sustentáculo à hipótese defendida.

A antiteoria pragmatista, moldada por Posner principalmente em *The problematics of moral and legal theory*/A problemática da teoria moral e jurídica (2012) é apresentada nesta dissertação ainda no capítulo 1, sendo esta consequência direta de outros atributos pragmáticos. O capítulo 1 também cuida de demonstrar a delicada relação do pragmatismo posneriano com a moral, relação esta que, fatalmente, faz emergir uma espécie de ceticismo em relação à moral e ao discurso moral aplicado ao direito, o “ceticismo moral pragmático”, que em última análise é o que sustenta a “antiteoria” e, portanto, também será analisado criticamente neste trabalho.

No capítulo 2, a dissertação pauta-se em explicitar os principais argumentos dos autores que criticaram duramente a antiteoria pragmática ao longo dos anos, são eles: Ronald Dworkin, Charles Fried, Anthony Kronman, John T. Noonan Jr. e Martha C. Nussbaum.

A começar pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, a antiteoria pragmatista será combatida nas seguintes frentes: primeiro enfatizando a necessária conexão entre direito

¹ Em “A Justiça de Toga”, Dworkin (2010, p. 37) diz que Posner pertence a uma corrente de pensamento “antiteórica”. A expressão passa a ser recorrente. Na mesma obra, mais adiante, ele diz, por exemplo, que “os argumentos de Posner estão a serviço de um movimento antiteórico” (DWORKIN, 2010, p. 108). Devido a tal designação, optamos por denominar essa característica da abordagem pragmática posneriana de “antiteoria”.

e moral, principalmente devido à existência de princípios morais como componentes basilares do direito. Depois ao defender que existem afirmações morais verdadeiras e objetivas, tese sustentada com base na posição de Dworkin em relação à moral denominada de “independência metafísica do valor”.

A relação de necessária conexão entre direito e moral na perspectiva dworkiniana também é base para a elaborada resposta à abordagem judicial de Posner, denominada de “o elogio da teoria”, na qual Dworkin ressalta a crucial importância do raciocínio teórico e da teoria moral como instrumentais para os juízes na decisão de casos jurídicos.

Também será visto como Dworkin descreve a antiteoria de Posner como sendo ela mesmo uma teoria moral, uma tese que, no fundo, não passa de um juízo moral de natureza teórica e global.

Ainda no capítulo 2, com os outros autores que partiram em defesa da teorização moral e sua importância para o direito, em especial para a decisão judicial, será demonstrado: i) como os argumentos da filosofia moral ajudaram a determinar a maneira que pensamos hoje sobre questões constitucionais e legais; ii) como, em muitos casos, as decisões judiciais são uma espécie do gênero “juízos morais”, sendo que em muitas questões complexas o direito faz uma escolha moral; iii) a importância da teoria moral enquanto guia para os juízes em um regime de tolerância nas sociedades contemporâneas moralmente heterogêneas iv) o fracasso de Posner ao acusar, sem levantar provas, de que não há influência nem eficiência da argumentação moral aplicada na prática; v) e como são perniciosas as características do relativismo e subjetivismo que estão por trás da antiteoria pragmática, principalmente por repousar em um ceticismo que evita questões de justiça.

No capítulo 3, a pretensão é a de clarificar a inviabilidade de adoção da antiteoria pragmatista a partir de duas perspectivas:

a) demonstrando que o cenário justeórico contemporâneo - no qual se enquadra, inclusive, a doutrina brasileira majoritária - não é propício para uma antiteoria pragmática. Qual seja: o triunfo de um pós-positivismo no qual prestigia-se a leitura moral do direito, com uma reaproximação entre direito e a filosofia, tendo esta última papel fundamental na articulação de uma hermenêutica constitucional que valoriza a importância dos princípios morais nas decisões judiciais.

b) a partir da análise de alguns casos que envolvem temas complexos de direito constitucional, tanto nos Estados Unidos, país onde emergiu a doutrina pragmática antiteórica, e também no Brasil, na jurisdição do Supremo Tribunal Federal. O intuito é demonstrar que a antiteoria falha também enquanto teoria descritiva, tendo em vista que nesses casos que serão

destacados os magistrados não abriram mão da teorização moral com a utilização de argumentos morais.

Por fim, a parte final desta dissertação destina-se a reunir as conclusões extraídas dos capítulos precedentes, a partir de uma visão panorâmica dos principais pontos abordados no trabalho, seguida das considerações finais.

1 RICHARD A. POSNER E A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL

O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência do “caráter local” do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da “verdade”, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e ação sociais sejam válidos como instrumentos a serviço de objetivos humanos tido em alto apreço, e não como fins em si mesmos

Richard A. Posner

1.1 Características gerais do pragmatismo posneriano

“Pragmatismo” é um termo que não abarca somente um conceito. A expressão não delimita um sentido único, mas um conjunto de ideias que reflete em diversas searas. Destaca-se, por exemplo, o pragmatismo entendido como corrente filosófica², defendido por pensadores como Richard Rorty, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.

Para o presente trabalho, importa o pragmatismo aplicado ao direito, o pragmatismo jurídico. É bem verdade que a própria terminologia “pragmatismo jurídico” tem sido empregada nos últimos anos sob diferentes rótulos e por diversos autores, sendo que, conforme Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal (2009), pode representar: i) uma maneira de compreender o fenômeno jurídico diante de outros fenômenos sociais que o afetam e são por ele influenciados; ii) uma meta-teoria que pode nos orientar no diálogo entre diferentes teorias e abordagens sobre problemas jurídicos; iii) uma teoria descritiva sobre

²São várias as ramificações e desdobramentos do pragmatismo filosófico, sendo que cada tipo possui seus contornos próprios. Mas, de forma sucinta, é possível destacar três características básicas comuns. Segundo Diego Arguelhes e Fernando Leal (2009, p. 176), o pragmatismo filosófico clássico pode ser entendido como uma concepção do pensamento humano que envolve três características: *antifundacionalismo* (rejeição de qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento); *contextualismo* (ênfata o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e *consequencialismo* (expressa a ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas conseqüências práticas – o que leva a uma atitude *empiricista e experimentalista*).

quais os fatores que efetivamente levam os juízes a decidir desta ou daquela maneira; iv) ou, ainda, uma teoria normativa sobre a decisão judicial, um esforço de apresentar parâmetros que indiquem como um juiz deve tomar uma decisão em um dado ordenamento jurídico.

Pretende-se apresentar as principais características e contornos do pragmatismo jurídico defendido pelo magistrado e professor norte americano Richard A. Posner, também denominado de pragmatismo legal, adjudicação pragmática³, ou simplesmente abordagem pragmática do direito, a qual se destaca não somente como teoria descritiva, mas principalmente enquanto teoria normativa da decisão judicial⁴. Ou seja, Posner defende uma maneira específica segundo a qual os juízes devem abordar um caso jurídico e apresentar argumentos para a aplicação do direito.

Inicialmente, cumpre salientar que não há uma conexão necessária entre o pragmatismo jurídico de Posner enquanto teoria descritiva e normativa da decisão judicial com o pragmatismo filosófico, embora existam características em comum entre ambos⁵.

O pragmatismo jurídico defendido por Posner é desdobramento não de uma filosofia pragmática complexa, mas sim de um pragmatismo cotidiano⁶, do dia a dia. Tem relação intrínseca com uma visão prática das ações, direta em suas propostas no intuito de alcançar certo fim e que desdenha das teorias e das pretensões intelectuais “abstratas”.

³Atenção, contudo, para a terminologia “adjudicação”. Em muitos momentos ela será utilizada neste trabalho, mas é necessário alertar que, aqui, ela possui um significado diferente do conhecido pelo direito civil no sistema jurídico brasileiro. Enquanto no direito civil pátrio adjudicação é entendido como o ato judicial que tem por objetivo a transmissão da propriedade de uma determinada coisa de uma pessoa para outra, utilizamos o termo pensando em *adjudication*, que representa um processo judicial no qual o juiz ou outro tomador de decisões avalia as evidências e argumentos, assim como as razões jurídicas apresentadas pelas partes e litigantes e, por meio delas, alcança uma decisão que determina direitos e obrigações às partes envolvidas (FARLEX, 2005). “Adjudicação” no sentido utilizado neste trabalho, portanto, está mais relacionado ao processo de tomada de decisão.

⁴Posner vem defendendo que o pragmatismo é a melhor descrição do *ethos* judicial norte americano e também o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial – e, dessa forma, a melhor teoria normativa, assim como positiva do papel judicial. Nesse sentido: “A palavra que melhor descreve o juiz norte-americano comum em todos os níveis de nossas hierarquias judiciais e produz a melhor visão sobre o seu comportamento é o pragmatismo”. Do original: “The word that best describes the average American judge at all levels of our judicial hierarchies and yields the greatest insight into his behavior is ‘pragmatism’ (POSNER, 2008, p. 30).

⁵O pragmatismo filosófico pode encorajar um pensamento cético na busca de certezas e verdades e também fazer o indivíduo repensar suas decisões por um critério do “que funciona” e não por correspondência com algum critério “abstrato” validador de certa ação com base na verdade. A ênfase na experiência, denominada por pragmatistas filosóficos como “prioridade do empírico” também é uma característica visível na abordagem judicial pragmática.

⁶Conforme o próprio Posner (2010, p. 38-39), “O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra “pragmático”, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje (sic) o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar. É a atitude que predispõe os americanos a julgar pelo critério do que funciona [...], julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e prosperidade da pessoa”.

Nesse sentido, Elizabeth Anderson (1998, p. 17) destaca as principais características do pragmatismo cotidiano, as quais têm relação direta com a investigação judicial pragmática: i) os pragmatistas evitam apelar para princípios éticos que residem em um nível de abstração elevado demais a partir de dados da experiência humana; ii) os pragmatistas não aceitam a justificação de princípios éticos supostamente verdadeiros “em todos os mundos possíveis ou válidos para todos os seres racionais”; iii) ao contrário, os princípios éticos pragmáticos são contingentes e refletem as circunstâncias da cultura, local e história; iv) os pragmatistas conduzem suas indagações junto com investigações empíricas a respeito de características particulares das instituições, práticas e categorias das quais agentes reais participam, que eles constroem e com as quais se confrontam; v) a justificação funciona demonstrando a superioridade prática da solução proposta para as alternativas finitas e concretas imaginadas no momento.

O importante é que fique claro que, apesar de certas compatibilidades, o pragmatismo jurídico não implica em uma conexão necessária com o pragmatismo filosófico. Posner acredita que a grande contribuição da filosofia pragmática para a abordagem pragmática do direito foi a de ajudar a perceber que utilizar a teoria abstrata para guiar e restringir a ação política e judicial não passa de um “sonho”⁷. Acrescenta-se o fato de esclarecer aos juristas e juízes que a “neutralidade da ciência” nas elaborações doutrinárias e a decisão judicial “mecanicista” – do simples casamento dos fatos com a lei – são apenas mitos (ARGUELHES; LEAL, 2009).

Para Posner (2010), os magistrados e outros tomadores de decisões devem pensar sempre em termos de consequências, sem levar a sério a retórica do formalismo legal⁸ e “sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática”.

⁷Nesse sentido, “se a ação política for para ser restringida, isso tem que ser por fatores psicológicos, profissionais e institucionais em vez de por uma conversa que leve a um consenso moral e político. Devemos aceitar a pluralidade irreduzível de metas e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea [...] e prosseguir a partir desse ponto” (POSNER, 2010, p. 42-43)

⁸As expressões “formalismo legal”, “formalismo jurídico” ou simplesmente “formalismo” são constantemente utilizadas por Posner e aparecerão neste trabalho em alguns momentos, a partir de agora. É necessário clarificar em que sentido o autor utiliza essas palavras. Segundo Posner (2010), o formalismo significa a negação do componente político-ideológico e de políticas do direito. Ele, o formalismo, retrata o direito como um sistema de normas e decisões judiciais como resultado de dedução, com a norma aplicável fornecendo a premissa maior do silogismo e os fatos do caso específico sua premissa maior. Posner alega que o direito continua sendo formalista quando se pensa que os resultados são determinados por princípios imanentes dentro da lei bem como por normas, apesar de os procedimentos intelectuais usados para conectar os princípios e casos sejam complexos e menos definidos do que o silogismo. Portanto, o formalismo jurídico tanto no sentido de normas quanto no sentido dos princípios está muito ligado à ideia de autonomia do direito – ou sua integridade, conforme nomenclatura utilizada por Ronald Dworkin (2007). Nesse sentido, para os formalistas, o direito é uma disciplina autônoma, isolada. Para os pragmatistas, por outro lado, o direito é o campo do conflito social. Suas “leis” de mudanças são sociológicas ou econômicas, em vez de jurisprudenciais. Segundo Posner (2010), essas “leis” pragmáticas podem até ditar uma fase formalista do direito, se a prioridade mais alta do sistema jurídico for a

A abordagem judicial pragmática de Posner enquanto teoria normativa atribui às consequências práticas das decisões judiciais um fator decisivo nas considerações dos juízes. Duas frases emblemáticas do próprio magistrado traduzem a essência dessa preocupação com os resultados das decisões, são elas: i) “o pragmatismo deve ser entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações” e; ii) “os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado” (POSNER, 2012, p. 358 e 380).

Em relação à assertiva i), cabe dizer que a preocupação exacerbada do pragmatismo posneriano com a busca das melhores consequências nas decisões judiciais fez com que certos críticos taxassem a doutrina de “consequencialista”⁹. É o caso do jusfilósofo Ronald Dworkin, o qual chega a afirmar que “o experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista”¹⁰ (DWORKIN, 2010, p. 104).

Entretanto, Posner (2010) defende que embora exista uma ênfase em considerar as consequências das decisões judiciais, o seu pragmatismo jurídico não deve ser taxado de consequencialista. Isso porque um dos ramos do consequencialismo é o utilitarismo¹¹ que, apesar de compartilhar algumas características com o pragmatismo, é distinto deste. Para Posner, o pragmatismo preocupa-se com as consequências, inclusive com as consequências

criação de regras claras e uniforme, mas isso será tão somente uma fase e, conforme as prioridades da sociedade mudem, o direito pode passar para uma fase pragmática.

⁹O “consequencialismo” pode ser definido como o conjunto de doutrinas filosóficas que avalia ações pelo valor de suas consequências e prega que a melhor ação é aquela que tem as melhores consequências. Conforme a enciclopédia de filosofia *Routledge Encyclopedia of Philosophy*: “O Consequencialismo avalia a correção ou incorreção a partir da valoração de suas consequências”. Do original: “Consequentialism assesses the rightness or wrongness of actions in terms of the value of their consequences”. (CRAIG, 1998, p. 1756).

¹⁰Para Posner, contudo, “é curioso que Dworkin, bem conhecido por acreditar que os juízes devem se engajar em deliberação moral e filosófica – que deveriam basear decisões em princípios, que ele vê como tendo um caráter totalmente diferente de políticas, que estão no domínio do pensamento utilitarista (e assim do consequencialismo) -, insiste que a tomada de decisão pragmática deve ser sempre consequencialista em caráter. Como tenho me esforçado para explicar, nada no pragmatismo decreta que a análise de custo-benefício ou maximização da utilidade ou outros métodos consequencialistas serão o único método legítimo de tomada de decisões. A deliberação pragmática, como o próprio Dworkin bem sabe, e de fato insiste, não pode assim ser restringida. Os pragmáticos clássicos não eram consequencialistas, não há motivo para que os avatares da atualidade devam ser” (POSNER, 2010, p. 263)

¹¹Ao contrário da concepção kantiana – segundo a qual o valor moral da ação não se organiza a partir de seus resultados, mas a partir da intenção que anima – o utilitarismo, inscrevendo-se numa tradição que remonta a Hobbes e que se inspira em Epicuro, é uma doutrina que coloca a utilidade como critério ou princípio da atividade do ponto de vista moral: a moral utilitarista é a teoria racional que permite determinar as técnicas que garantem o máximo da felicidade individual. Trata-se, em primeiro lugar, da doutrina de Bentham, que se reduz quanto ao essencial a uma aritmética dos prazeres, ou seja, a um cálculo egoísta da maior quantidade possível de felicidade individual, o que leva aliás – por um cálculo inteligente – a visar o máximo de felicidade para o maior número. O utilitarismo altruísta de Stuart Mill leva ademais em consideração a qualidade dos prazeres e conclui que o indivíduo por interesse deve finalmente querer a felicidade de todos. (DUROZOI; ROUSSEL, p. 478, 1993)

para a utilidade (bem-estar), enquanto o utilitarismo está comprometido com uma estratégia que pode levar a absurdos dogmáticos que os pragmatistas tentam evitar.

Não quer dizer que não haja aproximações¹², mas o utilitarismo distingue-se do pragmatismo principalmente por uma questão de objetivos. Por exemplo: Posner acredita que se alguém decide por atravessar a rua no sinal, a pessoa está pensando num sentido significativo, pesando custos e benefícios. Essa atitude aproxima-se, de forma crua e básica, do pragmatismo de Posner. Contudo, ao fazer isso, ela não está privilegiando o ato em contraposição ao utilitarismo de normas, pensando se a utilidade média ou total deveria ser a máxima do indivíduo, muito menos se a dor e o prazer de animais deveriam fazer parte do cálculo utilitário, nos papéis relativos de preços de oferta e demanda num sistema de maximização da riqueza e em outras questões filosóficas do consequencialismo.

É por isso que, apesar da valorização das melhores consequências, Posner (2010) prefere que a abordagem pragmática do direito defendida por ele não seja taxada de consequencialista. Seria preferível, em sua perspectiva, dizer que o termo *razoabilidade*, ao invés de “melhores consequências”, define mais precisamente o padrão pragmático para avaliação de decisões judiciais. Assim, a partir de um viés pragmático posneriano, crê-se que um procedimento é “justo” se ele equilibra de forma razoável o risco de erro em relação ao custo de reduzir o erro. No mesmo sentido, o tratamento é “injusto” num sentido ofensivo se as consequências globais desse tratamento forem ruins.

Em contraposição, Dworkin (2010) afirma ser desconcertante supor que o juiz possa se desviar de questões de justiça nos casos concretos, considerando como “justo” o que alcançou o melhor equilíbrio na análise *custo versus benefício*. Para ele, no direito, o conselho

¹²Apesar de Posner (2012) deixar bem claro que o pragmatismo jurídico é um método de abordagem, não um algoritmo moral, jurídico ou político e, portanto, incapaz de resolver um desacordo moral, não obstante, o próprio Posner (2010) diz possuir opiniões acerca de como alguns desses desacordos morais devam ser resolvidos. Possui preferência especial pelo utilitarismo vago – ou liberalismo clássico “suave” – associado aos pensamentos de John Stuart Mill, especialmente o Mill de *On liberty* (Sobre a Liberdade). Esse é um aspecto secundário do pragmatismo posneriano, mas considera-se importante essa ressalva justamente devido ao fato de que um dos principais críticos do pragmatismo, ao qual será reservada uma parte considerável neste trabalho para expor suas insatisfações com Posner, é Ronald Dworkin. Ora, Dworkin teve ascensão na teoria do direito justamente ao combater duas teorias clássicas até então predominantes no raciocínio jurídico: o positivismo e o utilitarismo. Embora o utilitarismo tenha sido importante, por um lado, para o desenvolvimento do bem estar social, também é certo que na teoria do direito de Dworkin ele é considerado como um obstáculo. Isso porque as doutrinas utilitaristas não respeitam da maneira devida os direitos individuais e, para Dworkin, o bem estar social só existe quando fundamentado sobre tais direitos. O utilitarismo acaba por definir uma forma de se fazer direito com base na satisfação da maioria, mas o direito individual só existe quando triunfa sobre um objetivo social ou sobre a maioria. É nesse sentido que o utilitarismo não “leva a sério”, parafraseando uma das obras de Dworkin, os direitos individuais porque propugna uma teoria política baseada em objetivos sociais benéficos. O bem estar social, ou, a felicidade, é o critério supremo e logo abaixo dele estão todos os outros valores entre os quais os direitos individuais que não podem preponderar sobre a felicidade. Dworkin opõe à filosofia utilitarista uma teoria baseada nos direitos individuais fundamentada na teoria de John Rawls, atacando o pseudoigualitarismo e as atrocidades que as doutrinas utilitaristas podem conduzir (CALSAMIGLIA, 1985).

de evitar “questões espinhosas” mediante a tentativa de ver “o que funciona”, analisando somente as melhores consequências, não é apenas inútil, mas também incompreensível. Uma ilustração clara dada por Dworkin que destaca essa forma de pensamento é o caso da mulher que toma medicamentos genéricos diversos, de empresas distintas e sofre efeitos colaterais graves¹³.

Como a mulher não sabe ao certo qual medicamento de qual empresa lhe fez mal, o magistrado deverá decidir no caso concreto qual das empresas é responsável pelos danos, ou se elas possuem responsabilidade solidária. Para Dworkin, em situações como esta, tentar descobrir “o que funciona”, ao invés de se preocupar com o que é verdadeiro, é inútil, pois nessas situações necessariamente o juiz terá que refletir a respeito do que é justo, com base em uma gama de princípios e questões de moralidade

Em relação à assertiva ii) a seguinte observação é pertinente: nota-se a diferença entre um juiz positivista tradicional – no sentido forte, ou seja, aquele que acredita que o direito é um sistema de normas estabelecidas pelo poder legislativo e meramente aplicadas pelo juiz – com o juiz pragmático. Para Posner (2012), o juiz positivista tradicional possui uma grande preocupação em respeitar as fontes do direito e assegurar a coerência com as decisões passadas¹⁴, ao passo que o juiz pragmatista só se ocupa em assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro.

A partir de uma perspectiva pragmatista posneriana, isso não implica em dizer que o juiz tenha desinteresse pela jurisprudência, pela legislação e outras fontes tradicionais do direito, mas sim que o juiz pragmático possui outras prioridades. Ele encara a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: i) como fontes de informação potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame eii) como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, eis que as pessoas e os juristas os tomam como pontos de referência.

Porém, o juiz pragmatista enxerga essas fontes do direito somente como mais uma das várias informações e como restrições parciais à sua liberdade de decisão, não sendo

¹³Dworkin refere-se ao caso como o caso da “Sra. Sonenson”. Embora seja um exemplo fictício, litígio judicial semelhante aconteceu em *Sindell vs. Abbot Labs* (1980).

¹⁴O nosso direito pátrio também respeita, em grande medida, a jurisprudência, principalmente se ela é proveniente de tribunais superiores. Mas essa característica é ainda mais marcante no sistema de direito em que Posner está inserido, o *Common Law* norte americano, no qual, devido à grande valorização do direito consuetudinário, a força dos precedentes é altíssima. A força dos precedentes também é característica marcante no pós-positivismo de Ronald Dworkin, o qual valoriza as decisões passadas como referências cruciais para se entender o direito como um todo coerente.

totalmente dependente delas para alcançar uma conclusão, que pode ser inteiramente inusitada em relação a um caso.

Daí extrair que apesar do respeito do juiz pragmático pelas fontes usuais do direito, ele não se limita a ela, recorrendo também, e dando grande valor, “a fontes que tenham relação direta com a sabedoria da norma que se pede que ele confirme ou modifique” (POSNER, 2012, p. 382).

O pragmatismo jurídico de Posner também possui suas preferências de abordagem ao enfrentar *hard cases*¹⁵: acredita que o juiz ou outro tomador de decisões em matéria de direito, quando se depara com um espaço aberto no qual as fontes tradicionais do direito – como os precedentes e os textos claros da legislação ou da constituição – não ditam qualquer orientação sólida para a decisão judicial, ele deve recorrer: i) às noções derivadas da condução de negócios públicos; ii) ao senso comum; iii) aos valores profissionais e pessoais; iv) à intuição e à opinião, principalmente a opinião pública bem informada ou cristalizada¹⁶.

Pelo viés pragmático, a intuição e a opinião são instruídas pela análise circunstancial detalhada. Posner (2012) fala em “imersão nos fatos”. “Fatos”, todavia, não no sentido limitado do direito probatório, mas em um sentido que engloba os métodos analíticos, as técnicas empíricas e as descobertas das ciências sociais, inclusive da história.

A ciência, aliás, é considerada um dos guias de maior relevância para a abordagem pragmática posneriana da decisão judicial. Embora seu principal crítico, Ronald Dworkin (2010), afirme que a concepção que Posner tem da ciência seja desastrosa¹⁷, este acredita que quando os métodos tradicionais do positivismo jurídico não são capazes de resolver satisfatoriamente uma questão, os juízes devem se orientar pela ciência.

¹⁵Por caso difícil, ou *hard case*, entende-se, conforme Dworkin (2002, p. 131), como uma situação a ser decidida pelo magistrado em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção.

¹⁶Essa perspectiva de Posner é, de certa forma, herança do pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr., o qual, na obra *The Common Law*, destacou, logo na primeira página, que: “as necessidades que a época percebe [...] as políticas prevalentes, as intuições da condução dos negócios públicos, expressas ou tácitas, até mesmo os preconceitos que os juízes partilham com seus semelhantes – tudo isso tem um papel muito mais importante que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados”. Do original em inglês: “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed” (HOLMES, 1923, p.1).

¹⁷Segundo Dworkin, “Posner sugere que o consenso é a única base sobre a qual as pretensões à verdade podem ou devem ser aceitas, pois é o consenso que cria a ‘verdade’, e não esta que força a criação de uma posição consensual. Esta concepção ‘pós-moderna’ da ciência é apresentada como hipótese, mas as reiteradas (ainda que as vezes contraditórias) afirmações de Posner de que a diversidade de opinião demonstra falta de verdade objetiva pressupõem esse ponto de vista” (DWORKIN, 2010, p. 108).

1.2 Alguns princípios norteadores da adjudicação pragmática na concepção de Posner

Tentar esgotar todas as características e contornos da adjudicação pragmática proposta por Posner, taxando-as com base em certo padrão invariável não é uma iniciativa prudente. Primeiro porque a caracterização do que seja uma abordagem pragmática “ideal” das decisões judiciais é um projeto que Richard Posner vem aperfeiçoando ao longo dos anos (ARGUELHES; LEAL, 2009). Segundo porque o raciocínio pragmático aplicado ao direito se reconstrói a cada caso em concreto, sempre na persecução da razoabilidade e das melhores consequências.

Entretanto, o próprio magistrado Posner - na obra *Law, Pragmatism, and Democracy* (2003)¹⁸ - especificou certos “princípios” que norteiam a abordagem pragmática proposta por ele. Destacam-se alguns. São eles:

Em primeiro lugar, diz-se que a adjudicação pragmática *considera as consequências sistêmicas* e não apenas as específicas do caso judicial em análise. Isso quer dizer que ela desencoraja decisões *ad hoc*¹⁹, as quais priorizam as melhores consequências imediatas, sem considerar as consequências futuras.

Para Posner (2003), considerar as consequências de forma sistêmica significa respeitar, em certa medida, os limites da “*rule of law*”²⁰. Não quer dizer que o pragmatista esteja preso a um formalismo legal no sentido de uma conformidade cega às normas preexistentes, a qual poderia acarretar em uma renúncia da flexibilidade, criatividade e adaptabilidade judicial, mas sim que é necessária uma consideração pelo valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais. Considerar esses valores é fundamental para que a estabilidade proporcionada pelo direito não seja abalada.

¹⁸Traduzida em 2010 para o português com o título de: “Direito, Pragmatismo e Democracia”.

¹⁹*Ad hoc* é uma expressão latina que significa "para esta finalidade" ou "com este objetivo". Geralmente se refere a uma solução destinada a atender a uma necessidade específica ou resolver um problema imediato - e apenas para este propósito, não sendo aplicável a outros casos.

²⁰A *rule of law* não deve ser entendida como a norma jurídica no sentido estrito. Nos Estados Unidos da América, a terminologia foi moldada ao passar dos séculos e, apesar da difícil definição, normalmente é utilizada para demarcar os limites impostos pelo Estado democrático de Direito. Diz-se que a *rule of law* é caracterizada por quatro princípios fundantes: i) um sistema de autogoverno em que todas as pessoas, incluindo o próprio governo, estão submetidas à lei; ii) um sistema baseado em leis justas, públicas e estáveis; iii) um processo legal justo, robusto e acessível, no qual os direitos e responsabilidades são baseados na lei e uniformemente aplicados; iv) existência de Juízes e advogados diversos, competentes e independentes. A *rule of law* também é entendida como a limitação justa do poder político, ou "os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da idéia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder" (MIRANDA, 1997, p. 130).

Nesse sentido, desencorajar decisões *ad hoc* é um instrumento contra a insegurança. Como bem salienta Diego Werneck e Fernando Leal (2009), se os juízes começarem a decidir única e exclusivamente com base na melhor solução prática possível para o caso em análise, o efeito sistêmico da generalização dessas decisões sobre os atores públicos e privados será nocivo, pois aumentará a insegurança jurídica.

Daí extrai-se que a melhor leitura para a preocupação com as consequências do pragmatismo de Posner seja uma leitura que não se restrinja ao imediatismo da melhor consequência momentânea, mas sim a que se preocupa com as consequências globais para o sistema jurídico como um todo, a longo prazo.

Em segundo lugar, o critério definitivo da adjudicação pragmática posneriana é a *racionalidade*. Posner afirma que não há algoritmo para se alcançar o equilíbrio correto entre as consequências sistêmicas baseadas na *rule of law*, por um lado, e as específicas do caso, por outro. Nesse sentido, “não há muito a dizer para o juiz com inspiração a ser pragmático do que proferir a decisão mais razoável que puder, pesando todos os prós e os contras” (POSNER, 2010, p. 50).

Os prós e os contras incluem não apenas as consequências específicas da decisão, desde que possam ser discernidas, mas também o material legal padrão e a desejabilidade de preservar os valores da *rule of law*. Posner vai além: diz que incluem, também, considerações psicológicas e ponderações tão variadas que tornam a enumeração exaustiva impossível. Talvez a melhor descrição dessa racionalidade seja a feita por Holmes (1923) – grande inspiração de Posner- o qual afirma que o bom juiz pragmático coloca a “experiência” acima da “lógica”: “as necessidades sentidas do tempo, intuições de políticas públicas, declaradas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus pares”.

Terceiro, o pragmatismo jurídico *não considera a aceitação das decisões passadas como um dever ético*, antes como uma necessidade qualificada. Por se considerar “voltado para o futuro”, o juiz pragmático não está preso a uma submissão irredutível aos precedentes passados. Posner (2004) afirma que quando os precedentes e as decisões legislativas são honradas por um juiz pragmático quando da solução de um caso em concreto, essa obediência tem como fito tão somente atingir finalidades sociais relevantes²¹.

²¹Posner (2010) acredita, contudo, que essa orientação pragmática não acarreta em um aconselhamento para a desobediência dos juízes ao juramento exigido no artigo VI da Constituição norte americana, o qual estabelece que as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituem a lei suprema do país. O pragmatismo posneriano acredita que tal juramento não deve ser interpretado como exigência de obediência ao texto literal ou às decisões judiciais estabelecidas. Isso porque, para Posner, as decisões judiciais são constantemente revogadas e o próprio texto constitucional é frequentemente “reescrito” pela Suprema Corte à guisa de interpretação. Assim reza o artigo VI, da Constituição

A obediência “cega” aos antecedentes seria uma derrota para o formalismo, o qual somente se satisfaz quando a decisão obedece ao *pedigree*²², no sentido de observar as decisões passadas já existentes no sistema. Nesse princípio pragmático visualiza-se mais uma contraposição clara com Dworkin, que prega – principalmente em *O Império do Direito* (2002) - a necessidade de observância às decisões passadas como requisito para fazer do direito um todo coerente, conforme sua teoria do “Direito como Integridade”.

Nesse sentido, Posner (2010) acredita que o pragmatista deve desconfiar – em certa medida - dos métodos lógicos e analógicos utilizados pelos advogados e operadores do direito que tentam fazer uma ponte entre os casos já decididos, textos de leis e outros materiais convencionais de raciocínio legal com o caso concreto a ser decidido. Isso porque tais métodos seriam notoriamente inadequados para resolver algumas questões jurídicas genuinamente novas. Por isso, a abordagem judicial pragmática deve ser *historicista*, mas não no sentido de que se deve considerar as decisões passadas, assim como as doutrinas jurídicas particulares, como verdades atemporais, mas sim como “vestígios históricos”. Historicista, portanto, no sentido de se fazer um uso crítico da história.

Quarto, o pragmatismo jurídico é *empiricista*. Da mesma forma que o raciocínio prático comum – ou cotidiano – o pragmatismo jurídico diz-se empírico em sua orientação. Isso não significa que todo caso deve, necessariamente, acionar seus fatos únicos, pois as consequências sistêmicas – conforme mencionado - da adjudicação pragmática também são questões levadas em consideração pelos pragmáticos.

Na perspectiva de Posner (2010), não quer dizer, também, que uma orientação empírica rejeite os princípios jurídicos. Na verdade, a investigação empírica incorpora certos princípios. Entretanto, são princípios que os pragmatistas consideram menos abstratos que os

dos Estados Unidos da América: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”. Do original em língua inglesa: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding” (FREEDOM, 2014).

²²A terminologia *pedigree* também é utilizada por Dworkin na descrição do positivismo jurídico com o intuito de demonstrar que, na teoria positivista, a validade de uma regra é extraída não de seu conteúdo, mas com base em sua origem, sua fonte. O teste de *pedigree* seria o instrumental a ser usado para dizer se uma regra é válida ou não. Conforme Dworkin, “O Direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem haver(*sic*) com seu conteúdo, mas com seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir pelo poder público” (DWORKIN, 2002, p. 27-28).

utilizados, por exemplo, pelos teóricos constitucionais. Os princípios que organizam a investigação empírica seriam distintos de princípios projetados para suplantá-la, como “justiça”, “imparcialidade”, “liberdade”, “autonomia”, a “santidade da vida” e outras abstrações normativas de alto nível.

O princípio jurídico da negligência – o princípio de que uma falha em exercer um cuidado razoável dá ensejo à responsabilidade civil, caso um dano resulte dessa falha - por exemplo, orienta o magistrado para os fatos e para a relação entre os fatos que determinam o resultado do caso particular. A negligência, na perspectiva de Posner, retrata o tipo de princípio útil para a adjudicação pragmática. Princípios desta estirpe seriam mais úteis que os princípios jurídicos “abstratos”, pois orientam em vez de suplantarem a investigação factual, sendo a investigação necessária para decidir o caso.

É bem verdade que os juízes, quando diante de casos jurídicos, com frequência pouco sabem acerca dos fatos e dados empíricos e, assim, muitas das vezes caem no palpite, na intuição e em experiências pessoais que podem ser enganosas. É por isso que, em uma perspectiva pragmatista, informar melhor os juízes é um grande desafio para o Judiciário.

Mas não quer dizer que o déficit do conhecimento das circunstâncias possa ser sanado com alternativas que apelem para generalizações e abstrações. Por exemplo, para a abordagem pragmática, caso os juízes se deparem com o questionamento sobre se deve haver um direito ao suicídio assistido por médico, tal questão não deve ser resolvida a partir de uma perspectiva focada no conflito entre o princípio constitucional da autonomia e o princípio da “santidade da vida”, muito menos como uma questão de interpretar a palavra “liberdade” nos termos da Constituição.

Para o pragmatismo posneriano, o importante é entender o sentido das consequências factuais do suicídio induzido por médico - por exemplo, pelo estudo dos efeitos da prática nos Países Baixos, região em que a prática é completamente legal²³. O conhecimento de tais consequências é crucial para o pragmatismo posneriano e certamente afetará os julgamentos dos magistrados de maneira positiva.

O empiricismo (ou empirismo) enquanto guia para a abordagem pragmática do direito é influência, em grande medida, do pragmatismo filosófico que começa a ganhar força com a ascensão da sociedade comercial e que coloca em evidência o *experimentalismo*. John Stuart

²³A prática da Eutanásia vem sendo discutida em países como a Holanda desde a década de 1970. Neste país em especial, a prática é legalizada. A lei de Eutanásia, aprovada na Câmara Baixa e no Senado holandês, tornou a morte assistida (eutanásia ou suicídio assistido) um procedimento legalizado nos Países Baixos, alterando os artigos 293 e 294 da lei criminal holandesa. A legalização foi aprovada em 10 de abril de 2001, entrando em vigor em abril de 2002 (GOLDIM, 2003).

Mill²⁴, na obra *On Liberty*, afirma que o progresso intelectual e social é impossível sem experimentação (MILL, 1998). Posner descreve um exemplo simplório para entendermos o experimentalismo pragmatista: imaginemos a situação de um homem que pretende se casar. Faria mais sentido formular um conceito de esposa ideal e depois buscar a melhor aproximação para ele no mundo real ou, sem preconceções, tentar conhecer várias mulheres solteiras disponíveis – no sentido de idade e formação – e, por meio desse processo exploratório, descobrir que tipo de mulher com quem esse homem seria mais feliz casado? Para Posner (2010), a segunda opção faz mais sentido e caracteriza o processo pragmático de busca. Essa opção é, em sua opinião, mais sensata na atualidade, assim como também era a trinta mil anos atrás. Apesar do exemplo ser simplista, para mero entendimento, Posner acredita que esse posicionamento é adequado em diversas situações para a resolução de problemas, inclusive em questões políticas e jurídicas.

A ênfase na experiência também é denominada pelos pragmatistas de “prioridade do empírico”. Posner (2010) ressalta, por exemplo, que se um indivíduo crê fortemente nas bases teóricas em mercados livres, mas também considere a Rádio Pública Nacional²⁵ muito superior a qualquer rádio comercial, então as convicções desse sujeito o levam a qualificar a sua ideologia de livre mercado e, conseqüentemente, ele prioriza a experiência, o empírico. Por outro lado, se a ideologia desse mesmo indivíduo o fizesse decidir que ele prefere a rádio pública às rádios comerciais, não por experiência própria, mas simplesmente por “ter um parafuso a menos”²⁶, então ele está priorizando a teoria.

Quinto, *o pragmatismo jurídico não é um mero suplemento ao formalismo e também se distingue do positivismo jurídico de H.L.A Hart*. Posner (2010) defende que a abordagem pragmática não deve ser utilizada somente quando se esgotam as fontes usuais de aplicação dos direitos em casos difíceis, daí não ser somente um complemento ao formalismo.

Acredita, também, que ela não se assemelha ao positivismo de Hart, principalmente na questão relacionada à discricionariedade, entendida no sentido “forte” da expressão, conforme

²⁴Embora não seja essencialmente um pragmatista, mas sim um liberal defensor do utilitarismo, Posner (2010) acredita que o pragmatismo possui uma “dívida” com Mill, reconhecida pela dedicatória de William James em seu livro *Pragmatism*. Conforme o título inicial da dedicatória de James: “Em memória de John Stuart Mill, com quem eu aprendi pela primeira vez acerca da abertura pragmática da mente, sendo aquele que gosto de fantasiar como nosso líder caso estivesse vivo hoje”. Do original: “To the memory of John Stuart Mill, from whom i first learned the pragmatic openness of mind and whom my fancy likes to picture as our leader were he alive today” (JAMES, 1907, prefácio).

²⁵Em referência à *National Public Radio* (NPR), organização sem fins lucrativos dos Estados Unidos, mantida tanto por recursos públicos quanto privados.

²⁶Terminologia utilizada pelo próprio Posner. Do original em língua inglesa: “But if your ideology causes you to decide that you must have a screw loose in preferring NPR to commercial radio, then you are prioritizing theory” (POSNER, 2003, p. 33).

trabalhada por Dworkin (2002)²⁷. Para o positivista, direito é, em seu sentido mais básico, aquilo o que é promulgado como lei, normalmente pelo legislativo. Mas e quando o magistrado se depara com certo caso jurídico em que as fontes usais do direito preexistentes são insuficientes para resolvê-lo? Ainda assim, esses casos - *hard cases* - devem ser decididos.

Para Hart (1994), em situações como essas, em que os materiais convencionais de decisão se extinguem, os juízes devem “criar direitos”²⁸. O antigo professor de Oxford defendeu a “função criativa” de direitos pelos juízes e tribunais quando estes se deparam com casos difíceis e não existem meios ortodoxos e leis preestabelecidas suscetíveis a se encaixarem ao caso em questão para o solucionarem:

[...] haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito. (HART, 1994, p. 335)

Posner (2010) afirma que a “legislação judicial”, ou seja, esse aspecto criador de direitos em casos difíceis também é uma das características do pragmatismo. Contudo, Hart teria percorrido somente metade da distância em relação ao pragmatismo. O juiz hartiano emprega uma lógica relativa a antecedentes e direitos já existentes até encontrar uma lacuna, quando então muda para uma lógica relativa a consequências. Portanto, o modelo de juiz de Hart limita-se a criar novos direitos somente quando é necessário.

²⁷Para Dworkin, existem três tipos de discricionariedade. Importa-nos, aqui, a discricionariedade em sentido forte que é aquela que denota situações nas quais as decisões de um determinado agente não são vinculadas a nenhum critério previsto por alguma autoridade, embora existam critérios implícitos que possibilitem distingui-la de atos arbitrários. Esse tipo de discricionariedade relaciona-se à decisão que não é meramente mecânica e que exige a capacidade de julgar (DWORKIN, 2002, p. 52-53).

²⁸Atenção, contudo, para um ponto: Hart não quer que seu modelo de juiz criador se assemelhe a um legislador ordinário. Em sua obra “o conceito de direito”, o autor esclarece que os poderes de criação que ele atribui aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, são diferentes dos de um órgão do legislativo: “não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão do legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-lo para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos” (HART, 1994, p. 336).

Por outro lado, Posner acredita que o pragmatista “ferrenho” – ou sincero - ²⁹ elimina as fronteiras criadas por Hart entre as áreas abertas e fechadas, entre a aplicação do direito e a criação do direito. Isso porque um juiz não diz para si mesmo: “Não me resta mais nenhuma lei para aplicar, então está na hora de assumir o meu papel de legislador e criar umas leis novas”. Enquanto para Hart o juiz se depara com lacunas, para Posner o direito não possui lacunas, pois não deve ser tratado como “coisa”. O direito é a atividade dos juízes e de alguns outros profissionais do direito.

Enquanto teoria descritiva, o pragmatismo de Posner defende – na obra *How Judges Think* (2008) - que em *hard cases*, os juízes, principalmente os juízes de apelação, atuam como *legisladores ocasionais*, criando novos direitos jurídicos a partir de suas crenças e intuições. Segundo o seu ponto de vista, quando não é possível que os juízes resolvam os casos a partir de critérios legalistas, estes passam a legislar, com algumas restrições, mas também com muita liberdade³⁰.

Hart (1994) defendeu a ideia de que a fonte da incerteza jurídica reside na linguagem pouco clara do texto legal. Nesse sentido, se a lei fosse sempre clara, não haveria motivos para dúvidas e incertezas na interpretação e aplicação do direito. Posner discorda de que a linguagem escrita seja a única fonte de indeterminação do direito. Para o juiz de Chicago, outras fontes do direito também podem gerar indeterminações, como a história legislativa, a natureza dos contratos, dentre outras. Além disso, defende que, mesmo quando claras, as leis não servem para ser lidas de maneira literal se, quando da aplicação delas, surgirem consequências absurdas.

Posner (2010) acredita que na maioria dos casos faz sentido o juiz ficar restrito à linguagem do contrato ou da lei em questão, ou da decisão judicial passada. Na maioria, mas não em todos. A abordagem pragmática permite ao juiz “arrombar” a área fechada e

²⁹ Do original: “The whole hearted pragmatist” (POSNER, 2003, p. 81).

³⁰ Se de um lado os magistrados, quando atuam como legisladores ocasionais, estão presos a certos limites, por outro lado também desfrutam de liberdades das quais não gozam os legisladores ordinários. Posner (2008) aduz que os “custos de transação” são baixos, pois existem menos juízes nos tribunais superiores do que legisladores e, normalmente, as pressões que são exercidas nos legisladores comuns por parte do eleitorado são inexistentes nos juízes da Suprema Corte. Quando decidem os casos de direito constitucional, os juízes da Suprema Corte são como legisladores de um sistema em que não há poder judiciário para invalidar as leis e onde os legisladores uma vez eleitos não podem ser destituídos. Para Posner, algumas das limitações impostas aos magistrados são, na realidade, libertadoras: não poderem apreciar casos que lhe remetam a interesses econômicos ou pessoais, além de não terem que responder a um eleitorado específico, constituem fatores que ampliam a liberdade de decisão dos juízes. Posner chega a afirmar que ainda que seja somente nos casos considerados indeterminados a partir de uma perspectiva legalista, os juízes possuem um nível tão alto de liberdade legislativa quanto à dos legisladores ordinários. Ao contrário dos legisladores, entretanto, os juízes não podem, na prática, dizer ao governo o que ele deve fazer. Tudo o que podem fazer é dizer aos outros ramos do governo o que não podem fazer. Trata-se de um poder considerável, ainda que tenha caráter negativo, especialmente porque por meio dele permite-se, em nome da Constituição – na qual é difícil, por certo, introduzir mudanças -, que a Suprema Corte “bloquee” projetos de outros poderes (POSNER, 2008, p. 82).

desconsiderar a lei para alcançar um objetivo prático imediato. Apesar de fazer isso com cuidado, mediante um exame minucioso das consequências sistêmicas dessa atitude.

Portanto, a abordagem judicial pragmática na concepção posneriana não pode ser considerada um mero suplemento, um complemento para os casos nos quais o material convencional de adjudicação – o texto legal ou constitucional, o texto de um contrato, a jurisprudência e daí por diante – se esgota. Para o pragmatista, em regra, o material convencional não tem prioridade absoluta sobre outras fontes de informação referentes a consequências prováveis de decisão de um caso.

De fato, para o pragmatismo jurídico, quando as consequências não são catastróficas ou absurdas, normalmente é mais sensato seguir o significado manifesto de uma lei ou contrato a fim de proteger as expectativas e, nesse sentido, resguardar a segurança jurídica. Contudo, Posner ressalta que, ainda assim, a decisão pragmática pode – em alguns casos - desconsiderar a lei para alcançar um objetivo prático imediato.

Sexto, *o pragmatismo jurídico é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial*, sendo hospitaleiro, por outro lado, às teorias que guiam a investigação empírica.

O pragmatismo enquanto teoria normativa da decisão judicial é visto pelo próprio Posner (2012) como um método, uma abordagem ou uma atitude, mas não um algoritmo moral, jurídico e político. Portanto, julga-se incapaz de resolver desacordos morais e, por isso, a teoria moral e “abstrata” não é um instrumento a ser utilizado como diretriz para alcançar os fins pragmáticos. Nesse sentido, Posner acredita que “o objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas” (POSNER, 2007, p. 520).

O pragmatismo jurídico de Posner tem aversão às teorias consideradas por ele de “abstratas”, em especial a teoria moral, a teoria política e a teoria constitucional. Os ataques constantes à inutilidade da teoria moral e constitucional para o processo de tomada de decisões judiciais fez com que críticos do pragmatismo, como Ronald Dworkin (2010), denominassem a abordagem pragmática de Posner como pertencente a um movimento antiteórico³¹.

³¹Por exemplo, para Dworkin (2010, p. 108) “Os argumentos de Posner estão a serviço de um movimento antiteórico populista que hoje é poderoso na vida intelectual norte-americana. [...] Esse movimento consome nosso tempo, pois boa parte dele, como no caso dos argumentos de Posner, consiste em exortações vazias à ação em busca de objetivos que eles nem conseguem descrever, muito menos justificar. Pior ainda, os antiteóricos zombam de uma ideia sobre a qual eles não se detêm para tentar compreendê-la, mas que constitui um predicado crucial de qualquer busca responsável de justiça social. Qualquer princípio moral, por mais que esteja completamente inserido em nossa cultura, língua e prática, pode ser falso – ou, por mais que seja completamente

Aproveitando do tratamento dado por seu principal crítico, a partir de agora, o presente trabalho utilizar-se-á da expressão “antiteoria” – terminologia que será recorrente – para designar a repulsa do pragmatismo posneriano pelas teorias moral e constitucional. Esclarecer a antiteoria é de suma importância para a defesa da hipótese proposta no início desta dissertação. Ela será discutida de forma enfática nos tópicos em seguida.

Entretanto, nesse momento cabe uma ressalva importante: Posner (2010) considera falacioso o argumento de que o pragmatismo jurídico é hostil a qualquer tipo de teoria. Mesmo o pragmatismo jurídico interpretado meramente como uma diretriz para adequar o direito ao pragmatismo cotidiano também é uma teoria. Portanto, um pragmatista não pode ser contra qualquer tipo de teoria.

Apesar de Posner não acreditar que as teorias científicas sejam capazes de incorporar verdades científicas sobre o universo, ele não duvida da utilidade das mesmas. Nesse sentido, não é mais pragmático para os juízes utilizarem a economia³² para ajudá-los a chegar a uma decisão do que é para eles usarem química, as descobertas da psicologia cognitiva ou cálculos atuariais.

O pragmatista é despreocupado com as pretensões formalistas e, por isso, está mais aberto a “invasões” ao direito provenientes de outros domínios do saber. Pautando-se pela terminologia utilizada por Brian Leiter (2001), é possível dizer que o jurista pragmático advoga uma jurisprudência naturalizada³³, isto é, uma jurisprudência que evita uma análise

rejeitado, pode ser verdadeiro. Não sei quando a aventura antiteórica de nossa história intelectual terá esgotado sua vigência; é possível que já tenha começado seu já tardio declínio. Mas não devemos deixar de questionar nenhuma informação importante de seu credo”.

³²A teoria econômica possui grande força na abordagem pragmática de Richard Posner, que possui muita compatibilidade e afinidade com a teoria da escolha racional, discutida por Jack Knight e James Johnson. A teoria da escolha racional, muito próxima ao pragmatismo, parte do pressuposto de que os indivíduos são seres racionais e, por isso, tendem primordialmente a maximizar o bem estar, utilizando-se de cálculos, por meio da avaliação das possibilidades de conexão entre meios e fins. Nesse sentido: “a abordagem da escolha racional é especialmente adequada para a análise destes fenômenos e para um exame do nexos causal entre a ação e os resultados. Sobre a questão específica das consequências das instituições democráticas, essa abordagem pode ser uma ferramenta primordial para a análise dos efeitos de incentivo das instituições sociais e políticas e os mecanismos pelos quais as ações individuais são agregadas em resultados sociais (por exemplo, os mercados e instituições políticas)”. Do original: “the rational choice approach is especially suited to an analysis of these phenomena and to an examination of the causal nexus between action and outcomes. On the specific issue of the consequences of democratic institutions, this approach can be a primary tool for analyzing the incentive effects of social and political institutions and the mechanisms by which individual actions are aggregated into social outcomes (e.g., markets, political institutions)” (KNIGHT; JOHNSON, 1999, p. 570).

³³A afirmação de que o pragmatismo valoriza uma “jurisprudência naturalizada” é proveniente de uma frase que Posner tomou emprestado de Brian Leiter o qual, anteriormente, já havia afirmado que a orientação do Realismo jurídico também é naturalizada e valoriza as ciências empíricas. Conforme se depreende: “Como resultado dessa orientação Realista, há um consenso de que podemos pensar sobre o tipo de jurisprudência defendida pelos Realistas como uma jurisprudência naturalizada, ou seja, uma jurisprudência que evita a análise conceitual de gabinete, em favor da continuidade, com uma posterior investigação nas ciências empíricas”. Do original: “As a result of this Realist orientation, there is a sense in which we may think of the type of jurisprudence the Realists

conceitual “de gabinete”. Ao contrário, prioriza a continuidade, com uma investigação *a posteriori* das ciências empíricas. Isso quer dizer que o raciocínio pragmático, sendo empiricista, trata como bem vindas as teorias que orientam uma investigação empírica para a adjudicação judicial pragmática.

O fetiche pelo empírico talvez ajude a compreender o motivo de Posner e outros pragmatistas terem aversão pelas teorias abstratas³⁴.

A teoria econômica, na perspectiva de Posner, é um tipo de teoria crucial para o direito. Isso porque os economistas estão preocupados em mapear e descrever muitas das consequências que são centrais para a análise pragmática como, por exemplo, os efeitos econômicos de instituições jurídicas como os sindicatos, cartéis, divórcio, incapacidade, discriminação, indenização punitiva, regulamentações de segurança e saúde, penas de prisão, dentre muitos outros.

A análise econômica do direito aliada a uma forma de se aplicar o direito que promova a eficácia seria um instrumental útil que os magistrados deveriam buscar, pelo simples fato de ser essencial para a correção de más distribuições de riqueza.

Portanto, os tipos de teorias que os pragmatistas dizem desgostar estão relacionadas às teorias denominadas por eles de “limitadamente abstratas”. Posner (2010), ao atacar a abstração dessas teorias, alega que elas “incluem a teorização de nível mais baixo” e que os professores de direito constitucional costumam utilizar. Nelas, as decisões seriam avaliadas por referência e abstrações comuns no discurso sobre direito, como “imparcialidade”, “justiça”, “autonomia” e “igualdade”.

Para exemplificar sua preferência pelas teorias que guiam a investigação empírica, ao invés das teorias “abstratas”, Posner exemplifica seu pensamento a partir de alguns questionamentos hipotéticos:

Caso sejam levantadas questões constitucionais do tipo: os filhos de imigrantes não naturalizados devem ter direito à educação pública gratuita? Ou, o gasto por aluno na educação pública deve ser igualado em todos os distritos escolares? Deve ser permitido rezar

advocated as a naturalized jurisprudence, that is, a jurisprudence that eschews armchair conceptual analysis in favor of continuity with a posteriori inquiry in the empirical sciences” (LEITER, 2001, p. 283).

³⁴ Mas cabe um adendo: cumpre salientar que, em certa medida, até mesmo as teorias científicas são abstratas. A ciência também depende de abstração. Por exemplo: as leis causais que são a glória da ciência, assim como a lei universal de Newton, são abstratas. Mas trata-se de um tipo diferente de abstração. Segundo Posner (2010, p. 60) “a abstração como uma ferramenta da ciência empírica é muito diferente da abstração como um ponto de parada, que é o tipo de abstração que se encontra na maior parte da teoria moral, filosófica e legal. O economista que usa um modelo altamente estilizado e descritivamente irrealista de “homem racional” para prever a reação da, digamos, demanda por cigarros para um aumento no imposto sobre cigarros está empregando uma abstração para orientar a investigação empírica. O que não seria pragmático num economista seria a indiferença ao resultado da investigação, ignorando a refutação de sua teoria por dados”.

em escolar públicas? Em casos como esses, o pragmatismo jurídico acredita que os advogados e juízes que atuam na seara constitucional devem estudar educação, imigração, finanças públicas e religião, ao invés de se aterem em argumentos constitucionais e morais, considerados pelos pragmáticos demasiadamente abstratos³⁵.

Posner não deseja ser acusado de cientificista, mas afirma que as teorias mais bem sucedidas são aquelas encontradas nas ciências naturais: “pelo fato de versar sobre fenômenos observáveis e entidades reais (que existem fisicamente), pode ser posta à prova mediante a comparação de suas previsões e resultados da observação” (POSNER, 2012, p. 19).

Para que uma teoria seja considerada importante, segundo o pragmatismo posneriano, duas questões devem ser analisadas: i) ela deve gerar previsões que possam ser refutadas empiricamente, caso contrário ela não pode ser posta à prova; e ii) os dados capazes de refutá-la empiricamente devem poder ser observados.

Posner alega que as teorias devem nos ajudar a compreender, prever e, em certa medida, controlar nosso ambiente físico e social. Por isso as teorias econômicas e biológicas, segundo o juiz, são importantes, pois produzem um conhecimento que afeta a realidade, o critério pragmático do conhecimento.

1.3 A “antiteoria” pragmatista

A antiteoria- expressão derivada da terminologia usada por Dworkin (2010)³⁶ - consiste basicamente no desprezo do pragmatismo jurídico posneriano em utilizar as teorias “abstratas” – em especial a teoria moral e constitucional - como guias para o processo de tomada de decisão judicial.

Em relação à teoria moral, a antiteoria tem seu sustentáculo em torno de dois argumentos principais, denominados por Posner de “forma forte” e “forma moderada”. Atenção para esses argumentos, pois todas as críticas contra a antiteoria pragmatista que serão destacadas neste trabalho são, na verdade, contra-ataques construídos com base nas formas “forte” e “moderada”. Segundo Posner (2012, p. 4):

³⁵Conforme Posner, os juízes devem favorecer a investigação empírica “em vez de inalar os vapores intoxicantes da teoria constitucional para melhor manipular slogans vazios – como o muro de separação entre a Igreja e o Estado – e vácuos que imploram pelo questionamento, como a “igualdade” e “direitos fundamentais”. [...] Em suma, a objeção do pragmatista não é à teoria, mas à má teoria, à teoria inútil, e à concessão do título honorífico de “teoria” à retórica formalista” (POSNER, 2010, p. 62).

³⁶Vide nota 1 supra.

i) A versão forte afirma que a teorização moral não fornece nenhum fundamento útil para os juízos morais – por exemplo: “o aborto é mau” ou “é boa a redistribuição de riqueza dos ricos para os pobres” – e não pode nos tornar moralmente melhores nem em nossa vida privada nem em nossa atuação pública.

ii) A versão moderada diz que: mesmo que a teorização moral possa fornecer um fundamento útil para alguns juízos morais, não deve ser usada para a formulação de juízos jurídicos. Ela não é algo com que os juízes se sintam ou possam se sentir à vontade nem algo que saibam ou possam saber usar; causa dissensão social e não tem nada em comum com as questões presentes nas demandas judiciais.

Na perspectiva de Posner (2012), a teoria moral consiste em um tipo de discurso que tenta dizer como as pessoas devem se comportar, ou seja, que procura captar a verdade no que diz respeito às nossas obrigações. Esse tipo de teoria trata sobre questões como as seguintes: “será sempre errado mentir ou descumprir uma promessa?”; “Será moral o infanticídio?”; “A discriminação sexual é correta?”, etc.

A teoria moral tenta lidar com perguntas que querem saber se nós devemos ou não agir de certo modo e isso incomoda profundamente Posner. Para o professor de Chicago, o tipo de pregação da teoria moral que predomina hoje no meio acadêmico pretende ser independente de qualquer compromisso metafísico controverso – como o de um cristão devoto – e, ainda assim, atrair os juízes dos tribunais laicos.

O “moralismo acadêmico” seria um dos ramos da teoria moral e representa, segundo Posner (2012), a ética aplicada formulada por professores universitários da atualidade como: Ronald Dworkin, Joseph Raz, John Finnis, John Rawls, Martha Nussbaum, dentre outros³⁷. Embora alguns desses autores sejam considerados primeiramente filósofos do direito (por exemplo, Dworkin e Raz), ou filósofos políticos (Rawls), e não filósofos da moral em si, os “moralistas acadêmicos”, apesar de suas peculiaridades próprias, possuiriam todos um ponto em comum: querem que o direito siga os ensinamentos da teoria moral, embora nem sempre com a mesma proximidade.

³⁷Essa lista também engloba Elizabeth Anderson, Sissela Bok, David Gauthier, Alan Gerwith, Frances Kamm, Thomas Nagel e Judith Jarvis Thomson.

Acreditam que a teorização moral tem importante papel a desempenhar no aperfeiçoamento dos juízos morais e do comportamento moral das pessoas, sejam deles próprios, de seus alunos, dos juízes, dos norte-americanos e até mesmo dos estrangeiros.

Entretanto, segundo Posner, os instrumentos analíticos que são empregados pelo moralismo acadêmico – como os estudos de casos concretos, o raciocínio a partir dos textos canônicos da filosofia moral, a análise cuidadosa, o equilíbrio reflexivo ou qualquer combinação de todos estes – seriam débeis demais para estar acima do interesse próprio ou da intuição moral. Os moralistas acadêmicos careceriam de habilidade retórica e de conhecimento factual capazes de torna-los aptos a persuadir sem lançarem mão de bons métodos de investigação e análise. Por isso – em virtude das deficiências analíticas, retóricas e factuais – o moralismo acadêmico seria impotente contra “um choque de intuições”³⁸ ou da “oposição do interesse próprio”.

Para Richard Posner, essas “deficiências” impedem que os moralistas acadêmicos alcancem o seu objetivo – mesmo que implícito - de impor à sociedade uma moral uniforme, onde cada moral seria, implicitamente, uniformizadora. Mas, segundo Posner, como não existe acordo entre os teóricos morais, o debate moral nunca permitiria diminuir o desacordo, antes o fortaleceria. Ao utilizar-se da filosofia moral para a resolução de casos, além de não proporcionar o consenso, o contato com esta poderia fazer com que pessoas mais cultas se comportassem de modo menos moral, eis que a reflexão tornaria as pessoas mais capazes de encontrar justificativas para os seus maus comportamentos. Posner (2012) acredita que a reflexão moral mina a capacidade da ação moral.

Embora o alvo de Posner não seja a moral em si, com a qual afirma não ter desavença alguma, mas sim com a “teoria moral”, cabe dizer que, para Dworkin (2010) uma das tantas confusões que Posner faz reside justamente em tentar separar “moral”, “argumento moral” e “teoria moral”. Posner acredita em uma diferença entre julgamento e raciocínio moral – das quais as pessoas comuns se ocupariam – da teoria moral, que seria restrita a uma casta de acadêmicos que tentam impor posicionamentos morais. Entretanto, Dworkin alega ser impossível dizer onde termina um juízo moral e onde começa a teoria moral. “As “teorias morais” somente se distinguem em nível de generalidade ou abstração, mas, qualquer classificação categórica de um argumento moral como concreto ou teórico seria irremediavelmente arbitrária” (DWORKIN, 2010, p. 116).

³⁸Posner (2008) acredita que os juízes julgam mais com base em suas intuições do que na utilização de “verdades” morais. Em especial, quando os magistrados se defrontam com *hard cases*, nos quais a aplicação dos métodos legalistas é insuficiente, eles recorrem a crenças e à intuição, que podem ter caráter político, ainda que não partidária.

Posner acusa a teoria moral de ser “uma grande mistificadora” e, por isso, o direito somente seria desmistificado se dela conseguisse se livrar. Nesse sentido, a filosofia moral não tem nada a oferecer aos operadores do direito encarregados de fornecerem decisões judiciais, sendo que os casos jurídicos deveriam ser abordados pragmaticamente. A impotência da teoria moral seria verdadeira mesmo quando as questões a serem decididas girassem em torno de assuntos que produzem acalorados debates morais, como o aborto, a ação afirmativa, a discriminação racial e sexual e os direitos dos homossexuais.

Essa aversão à teoria moral deve-se, sobretudo, ao ceticismo em relação à capacidade de debates morais gerarem consenso, assim como na descrença na existência de universais morais, características intrínsecas ao pragmatismo jurídico do qual discute-se nesta dissertação. A posição metaética³⁹ de Posner é classificada como “ceticismo moral pragmático” e será detalhada em momento oportuno. Para ele, as intuições morais não cedem, nem devem ceder, perante os argumentos débeis em que se resume a contribuição que os filósofos podem dar às questões morais⁴⁰.

Grande parte dos esforços do pragmatismo jurídico são voltados para conseguir persuadir de que os recursos intelectuais investidos no direito estão sendo mal direcionados. Segundo Posner (2012), é grande demais a fração investida na formulação e elaboração de teorias normativas abstratas e pequena demais a destinada para o desenvolvimento e aplicação de teorias sociais científicas e para a coleta de dados acerca da operação real do sistema jurídico, de seus custos e outras consequências.

Note-se que uma grande preocupação presente na obra *The Problematics of Moral and Legal Theory*⁴¹ – na qual Posner ataca com afinco a utilização das teorias moral e constitucional pelos juízes na resolução de casos jurídicos- é a de apresentar a ciência social como instrumento para resposta de questões importantes sobre o sistema jurídico.

Com o auxílio da sociologia aplicada ao direito, Posner tenta defender que a decisão judicial pragmática é aquela que conduz ao que ele denomina de “ciência madura do direito”. O ceticismo em relação à filosofia moral e à teoria constitucional nada mais é, segundo Posner, mais um *leitmotif* – idéia central - da sociologia.

³⁹Por metaética, entende-se a área da ética que, em vez de se ocupar de teorias normativas relativas àquilo que devemos fazer ou ao tipo de pessoa que devemos ser, investiga a própria natureza dessas teorias e da moralidade em geral.

⁴⁰Posner refere-se às questões morais controversas, pois quando não há controvérsia, quando todos concordam sobre qual a conduta correta, a questão não existe, e para ele, nesses casos, a teoria não se faz necessária (POSNER, 2012, p. X).

⁴¹Traduzida em 2012 para português com o título: “A problemática da teoria moral e jurídica”.

Uma das ênfases do pragmatismo jurídico, portanto, reside na valorização das ciências sociais aplicadas ao direito⁴². Apesar de a obra de Posner, em sua totalidade, não constituir um estudo sociológico em si, o fechamento do direito para a sociologia é um fenômeno que influencia diretamente seu pragmatismo jurídico. Os estudos sociológicos, assim com suas verificações e suas análises empíricas poderiam auxiliar o juiz no processo de tomada de decisões, ao contrário das teorias moral e constitucional, as quais seriam completamente abstratas e em nada poderiam produzir além de dissenso.

O professor de Chicago chega a afirmar que a teoria moral pode parecer o instrumento adequado a ser utilizado quando o direito posto - assim como os instrumentos ortodoxos do positivismo jurídico - não fornece respostas ou caminhos a serem seguidos em certas situações jurídicas de difíceis resolução (*hard cases*). Acontece, contudo, que na maioria das vezes, achar que a utilização da teoria moral é indispensável, não passa de uma confusão entre “ética”, “razão prática”⁴³ e “teoria moral”:

A atividade judicial é uma atividade normativa; toda vez que o juiz vai além da simples aplicação do direito positivado – e isso, como Dworkin demonstrou, ocorre com frequência – o problema de passar do “ser” ao “dever ser” levanta sua cabeçorra e, de repente, pode-se ter a impressão de que o magistrado está mergulhado no domínio da teoria moral. Porém, ética e razão prática não se confundem com a teoria moral, a menos que este último termo seja usado (o que não ajuda em nada) para denotar toda espécie de raciocínio normativo sobre questões sociais. Espera-se dos juízes que apresentem razões para seu proceder, e as razões nem sempre estão claramente contidas nas fontes ortodoxas do direito. A partir das razões que um juiz apresenta em uma série de causas, poder-se-á – se o juiz for coerente – alinhar uma “teoria” que se pode pedir que ele justifique. Disso não decorre que o juiz se beneficiaria da leitura e do estudo da teoria moral (POSNER, 2012, p. 177)

Posner faz questão de convencer que diversos outros instrumentos podem ser utilizados ao invés da teoria moral. Até mesmo outras teorias. Para demonstrar que a teoria moral não é insubstituível, nos faz pensar na educação, por exemplo. A teoria da educação é tão antiga quanto a teoria moral. Mas não há provas de que os professores ou administradores escolares que se “saturam” de teoria são melhores no que fazem do que aqueles que não se saturam. Posner acredita que a história da teoria moral, por sua vez, que começou com Platão, é tão repleta de esperanças frustradas e discussões infrutíferas quanto a da teoria educacional. Por que, então, deveríamos acreditar que um curso de teoria moral seria bom para os juízes?

⁴²Posner acredita que a sociologia do direito é quase invisível na cena universitária. Ela teria sido “eclipsada” pela análise econômica do direito, pela filosofia do direito, pela teoria feminista do direito e pelos estudos jurídicos críticos (POSNER, 2012, p. XVIII).

⁴³Posner define a razão prática como o conjunto de métodos, entre os quais as reações instintivas, que as pessoas usam para tomar decisões quando o uso de métodos da ciência e da lógica não são possíveis ou produtivos (POSNER, 2012, p. 178).

Dworkin (2010) acredita que em certos casos não temos escolha: somos obrigados a pedir aos juízes que se defrontem com questões que, de quando em quando, têm caráter filosófico, ocasião em que fugir da teoria moral seria impossível. Mas, para Posner (2012), assim como as questões de teoria educacional não são inescapáveis na atividade docente, as questões de teoria moral não o são na atividade judicial. O mais importante, na perspectiva posneriana, é que as questões morais podem ser ou excluídas da apreciação dos juízes ou reformuladas a partir de um viés pragmático:

Os juízes não precisam tomar partido nas questões morais nem pelo fato de a rejeição do positivismo jurídico criar essa necessidade, nem porque há continuidade entre o direito e a moral, nem porque a moral dá conteúdo ao direito nem, por fim, porque a aplicação da lei moral foi prescrita à magistratura. As considerações derivadas da teoria moral são mero subconjunto das considerações normativas potencialmente úteis para o juízo judicial. As questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questões de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis* (decisão de acordo com os precedentes – ou, ainda, encaradas como um motivo convincente para que o Judiciário se abstenha) (POSNER, 2012, p. 178).

Não seria verdadeira, portanto, para Posner, a afirmação de Anthony Kronman (1998) de que “o tipo de dilema moral em que os homens e mulheres se encontram de quando em quando, e que exige o exercício da razão, é para os juízes um problema de rotina”⁴⁴. Segundo Posner, Kronman confunde “moral” com “normativo” e o raciocínio moral com o raciocínio *tout court*⁴⁵.

Posner não nega que rotineiramente os juízes se defrontam com questões que não podem ser resolvidas pela aplicação de um algoritmo. Entretanto, acredita que tais casos exigem não a aplicação de uma teoria moral, mas, ao contrário, o emprego da razão prática - o conjunto de métodos, entre os quais as reações instintivas, que as pessoas usam para tomar decisões quando o uso dos métodos da ciência e da lógica não são possíveis ou produtivos.

Portanto, Posner acredita que quando faltam os métodos tradicionais de resolução de dissídios, não quer dizer que o juiz estará sempre enfrentando um “dilema moral” do qual somente poderia sair pelo emprego da “razão moral”. Os juízes enfrentariam dilemas morais tão somente quando o direito favorecesse um resultado que contradissesse suas mais profundas crenças morais. O “dilema moral” não seria, portanto, em sua perspectiva, um problema de rotina.

⁴⁴ Do original: “The kind of moral quandary in which ordinary men and women find themselves from time to time, and which demands the exercise of reason, is for judges a routine predicament. It defines their professional position, and hence requires of them a greater than ordinary use of moral reason” (KRONMAN, 1998, p. 1762).

⁴⁵ Significa: “sem mais nada”; simplesmente. Posner refere-se ao raciocínio em sua forma “pura”.

O argumento “moderado” da antiteoria de Posner começa a ganhar seus contornos: ora, uma vez que a teoria moral não é um armamento indispensável no arsenal dos juízes, mas tão somente algo que eles podem usar caso queiram, é improvável que a utilizem se não a considerarem um método objetivo e eficaz para a resolução de conflitos jurídicos. Para Posner, o debate moral é incapaz de ser objetivo e gerar verdades, por mais que muitos filósofos – morais, principalmente Dworkin - tentem convencer do contrário; e, por isso, não tem utilidade aos magistrados.

Posner cita Michael S. Moore que, apesar de ser um “moralista jurídico” chegou a admitir que quando os juízes decidem qual é o processo legal devido ao cidadão, ou quais são as exigências da igualdade, ou qual pena é cruel, eles julgam um fato moral que pode ser verdadeiro ou falso (MOORE, 1992)⁴⁶. Ora, para Posner (2012), Como é impossível julgar a verdade ou a falsidade de uma pretensão moral qualquer⁴⁷, os juízes – incluindo ele – não se sentirão à vontade ao propor e responder questões jurídicas como se fossem questões a respeito da lei moral.

Talvez o tipo de teoria moral que mais incomode Posner seja a do tipo aplicada por Ronald Dworkin. Não à toa, menções a Dworkin são constantes em seus artigos e livros, sendo que os dois já travaram debates intensos no âmbito da teoria do direito e da teoria da decisão judicial.

Posner (2012) considera Dworkin um típico raciocinador moral abstrato, por querer que os juízes justifiquem as proposições jurídicas demonstrando que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificativa da prática jurídica mais generalizada na área doutrinal em que o caso se insere. A melhor justificativa, para Dworkin (2010), seria aquela que melhor se encaixa na prática jurídica e lança sobre ela a “luz mais favorável”. Na busca dessa luz mais favorável, o juiz pode ver-se inserido em uma “ascensão justificadora”, ou seja, pode encontrar-se obrigado a verificar a coerência entre a justificativa que ele postulou para sua decisão, de um lado, e camadas cada vez mais amplas de doutrina jurídica, de outro, à medida em que são levantadas questões sobre a compatibilidade entre a decisão e esta ou aquela norma ou princípio jurídico – ou, conforme Posner, a moral.

Segundo Posner, a “ascensão justificatória” demonstra que Dworkin acredita que os juízes geralmente raciocinam de baixo para cima, ou seja, a partir de casos e argumentos particulares – não o contrário, de cima para baixo, a partir de um princípio generalíssimo,

⁴⁶ Do original: “when judges decide what process is due a citizen, or what equality requires, or when a punishment is cruel, they judge a moral fact capable of being true or false” (MOORE, 1992).

⁴⁷ Aqui visualiza-se outra contradição com Dworkin (1996), o qual acredita enfaticamente na possibilidade de determinar se uma afirmação moral é verdadeira ou falsa. Vide o tópico “Objetividade e verdade na moral”.

como o igualitarismo ou o utilitarismo – até encontrar a coerência com princípios abstratos “mais elevados”⁴⁸.

O problema, para Posner, é que o estilo de Dworkin é apenas mais um modo possível de praticar o direito e, além de não ser o único, não é o melhor. Não bastasse as deficiências que esse modelo traz consigo – do moralismo acadêmico – ele é abstrato demais para um sistema jurídico, principalmente quando esse sistema é baseado em precedentes, como o norte-americano⁴⁹.

Posner deixa claro que, apesar das propostas de abordagem de Dworkin, a “cura” não está na alta teoria. Muito menos na teoria moral. Argumenta, enfatizando seu pragmatismo, que “O que os juízes precisam é uma compreensão melhor das consequências práticas de suas decisões” (POSNER, 2012, p. 186). Nesse sentido:

A maioria dos juízes norte-americanos não é ideóloga, mas pragmatista. Para encontrar boas soluções pragmáticas, porém, precisam compreender a dimensão empírica das disputas judiciais submetidas à sua apreciação. A conhecida diferença entre juízes e juízas na decisão dos casos de assédio sexual não se deve a uma divergência teórica. Poucos desses magistrados são machos chauvinistas ou feministas radicais. A diferença provém antes de tudo de uma percepção diferente da incidência e dos efeitos, psicológicos e outros, desse tipo de assédio. Não é vã a esperança de que o estudo empírico desse fenômeno fizesse diminuir tal diferença (POSNER, 2012, p. 187).

A teoria constitucional, por sua vez, está diretamente associada à teoria moral e, em uma perspectiva posneriana, consiste na teoria normativista inserida no direito que tem como intuito influenciar o modo pelo qual os juízes decidem causas constitucionais difíceis⁵⁰.

Posner (2009) acredita que o estilo dominante nas teorias constitucionais modernas é aquilo o que ele denomina de raciocínio “de cima para baixo”, estilo visível, por exemplo, nos argumentos de Ronald Dworkin pelo direito de aborto em “*Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*” (1992). No raciocínio de cima para baixo o juiz, ou outro analista jurídico, adota uma teoria sobre algum campo do direito, ou até mesmo sobre o direito em geral, e a utiliza para organizar, criticar, aceitar, rejeitar ou distinguir os casos

⁴⁸Embora, como veremos a seguir, Posner acusa Dworkin de, em sua teoria constitucional liberal, influenciar pelo raciocínio “de cima para baixo”. Como ponto de partida do raciocínio da teoria constitucional de Dworkin, estaria o liberalismo político.

⁴⁹Para Posner (2012), talvez o modelo de Dworkin fosse mais útil em um regime de controle de constitucionalidade preventivo, como os que se encontram nos tribunais constitucionais da Europa Central e, vez por outra, nos supremos tribunais norte-americanos. Os tribunais praticam o controle preventivo quando apreciam a constitucionalidade das leis antes que estas sejam aplicadas.

⁵⁰Segundo Posner, os teóricos que a pregam são, na maioria das vezes, conhecedores do direito que “não conseguem resistir à tentação de dizer aos seus leitores quais causas, em sua opinião, foram decididas de acordo com sua teoria ou a partir de um ponto de vista contrário” (POSNER, 2012, p. 226).

decididos, bem como para “inventar” justificativas para estes; ou, ainda, para ampliar seu alcance e fazer com que se encaixem na teoria, gerando-se, assim, em cada novo caso que surja, um resultado coerente com a teoria e com os casos por esta revestidos de autoridade.

O tipo raciocínio predominante nas teorias constitucionais diferencia-se do raciocínio de baixo para cima, o qual inclui as técnicas mais tradicionais utilizadas pelos juristas no dia a dia, como o raciocínio por analogia e a interpretação conforme o sentido ordinário. Neste tipo, o indivíduo parte da letra de uma lei ou outra promulgação, ou então de um caso ou conjunto de casos, mas não vai muito longe em graus de abstração.

Dworkin é associado por Posner (2009) a uma teoria do direito constitucional que trata o direito como expressão de princípios liberais igualitários. Dentre outros teóricos constitucionais que realizam o raciocínio de cima para baixo, destacam-se, nos Estados Unidos, John Hart Ely - o qual possui um tipo de teoria constitucional diferente da de Dworkin, mas igualmente ambiciosa: ela foi construída em prol da causa da promoção dos valores da democracia representativa - Bruce Ackerman, Robert Bork e, entre os mais antigos, temos o exemplo de Christopher Columbus Langdell.

Portanto, Dworkin, Ely e muitos outros aqui não mencionados, têm algo em comum, segundo Posner: adotam o raciocínio constitucional de cima para baixo. A partir de diversas fontes, como a letra, a história e os fundamentos da Constituição, – sem dar preferência à letra pura, pois Posner acusa as pessoas “sofisticadas” em matéria de interpretação de acreditarem que a letra não possui preponderância, de forma alguma – as decisões que interpretam a Constituição, bem como os diversos valores e pensamentos políticos, morais e institucionais, criam uma teoria abrangente dos direitos a serem reconhecidos pela Constituição. “Armados” deste tipo de teoria, selecionam uma tradição principal de casos, descartando outros os quais consideram secundários, ou relegando-os a um segundo plano. Então, decidem os novos casos de uma forma que seja coerente, tanto com a teoria criada, quanto com a jurisprudência. Essa descrição, para Posner, constitui a essência do que ele denomina de “teoria constitucional”.

Contudo, Posner (2012) acredita que a aplicabilidade da teoria constitucional ao direito constitucional propriamente dito é, no mínimo, limitada. Defende que não é necessário nada que leve o pretensioso nome de “teoria” para decidir causas constitucionais em que a história ou o próprio texto da Constituição proporcionam diretrizes seguras. Dois pontos elucidam essa perspectiva de Posner:

i) Primeiro, em questões constitucionais “simples”, não seria necessária nenhuma teoria. Por exemplo: para determinar quantos senadores podem ser eleitos em cada estado, basta atentar para o texto constitucional em sua forma pura.

ii) Nas causas constitucionais “difíceis”, nas quais não existem diretrizes preestabelecidas pelo direito positivado, as questões de interpretação podem ser resolvidas de uma maneira que ele considera bem menos complicada: basta ponderar as consequências das interpretações alternativas. Em suma, ser pragmático.

O pragmatismo posneriano acredita que, apesar de antiga, a teoria constitucional não apresenta qualquer sinal de progresso. Além disso, ela não teria o poder de impor a concordância a quem não esteja predisposto a aceitar o programa político do teórico que a defende (no caso de Dworkin, por exemplo, o liberalismo político). Posner acredita que isso acontece porque, assim como a teoria moral, ela é normativa, abstrata, não empírica e muitas vezes contraria intuições morais ou convicções políticas profundas.

A teoria constitucional é interpretativa, mas a precisão da interpretação de um documento como a Constituição não é verificável nem demonstrável. Nesse sentido, esse tipo de teoria não seria capaz de atender a maior necessidade dos juízes que decidem causas constitucionais: a necessidade de conhecimento empírico.

Não quer dizer que, para o pragmatismo enquanto abordagem judicial, os dados empíricos e o esclarecimento dos fatos sejam suficientes para decidir uma causa. Acredita-se que seja necessária uma estrutura analítica na qual se possa encaixar os fatos. Mas, segundo os pragmatistas, o desenho desta estrutura não é o maior problema do direito constitucional hoje em dia. Posner (2012) afirma que o maior problema é a falta de um conhecimento cuja produção é função própria da pesquisa acadêmica, não do litígio judicial. O detalhe é que trata-se de uma pesquisa diferente da realizada pelos teóricos constitucionais.

Nos Estados Unidos, em especial, Posner afirma que os teóricos não têm um grande público entre os juízes – e isso ele diz a partir de um ponto de vista interno, já que o mesmo exerce a magistratura como profissão – mas o têm entre seus próprios alunos e, conseqüentemente, entre os assistentes dos juízes (*lawclercks*), cuja influência sobre o direito, embora pequena, não é desprezível.

A verdadeira importância da teoria constitucional, entretanto, assim como o seu forte crescimento nas últimas décadas, deve-se à crescente “academização” dos professores que dão aula nas faculdades de direito. Mais do que antes, Posner acredita que eles tendem a escrever não para serem lidos pelos juízes e demais praticantes do direito, mas por seus colegas. E o número de professores de direito é tão maior em relação há alguns anos atrás que,

mesmo que os trabalhos destes teóricos tenham por alvo somente outros professores, o público não é de tamanho desprezível⁵¹.

O problema resultante desse crescimento, contudo, na perspectiva pragmática posneriana, é que a teoria constitucional, hoje, se desenvolve em um meio extremamente vazio para os juízes e advogados praticantes. Em suma, ela não seria prática e, por isso, representa um entrave ao pragmatismo jurídico.

Quando Dworkin (1996) faz afirmações do tipo “A concepção norte-americana de democracia é a forma de governo estabelecida pela Constituição, segundo a melhor interpretação desse documento”⁵², por “melhor interpretação”, Posner ataca dizendo que Dworkin se refere à sua própria interpretação, rica em elementos materiais, mas com base em sua particular teoria constitucional. Ou seja, ele se põe na posição de um porta-voz autêntico do conteúdo da democracia, mas se esquecendo que sua posição é apenas mais uma dentre várias (POSNER, 2012).

O “calcanhar de aquiles” do direito constitucional hoje, afirma Posner, não é a falta de uma boa teoria constitucional, mas sim a ausência de fundamentação empírica. Os juízes deveriam reconhecer a limitação de seu conhecimento proveniente das teorias constitucionais, as quais em nada podem auxiliar de maneira positiva a lidar com a incerteza acerca das consequências de suas decisões.

Uma das teorias que seria capaz de contribuir com os juízes na busca das melhores consequências – além da econômica e social, por exemplo, as quais têm papel relevante para o viés pragmático - é a teoria científica, aliada à pesquisa empírica (POSNER, 2012, p. 287).

O pragmatismo posneriano tenta convencer que os juízes que julgam os litígios possuem um conhecimento muito limitado das realidades sociais que dão origem às demandas jurídicas e esse seria mais um motivo para desconfiarem da teoria moral e constitucional. Enquanto os magistrados não ampliarem a sua base de conhecimento, as limitações da teoria moral e constitucional proporcionariam um argumento convincente em favor da automoderação judicial⁵³, por mais que essa atitude acarrete na renúncia ao “sonho” – nesse sentido Posner é sarcástico – acalentado por muitos teóricos constitucionais de que a Suprema Corte venha a reformular completamente a sociedade em nome da Constituição, em prol de

⁵¹Para Posner, à medida que a teoria constitucional se torna mais “teórica” e menos ligada à prática do direito, “ela se torna cada vez mais acessível a professores universitários de outros campos, como a teoria política e a filosofia moral. Isso colaborou para que o número de teóricos constitucionais crescesse a ponto de a categoria alcançar a autossuficiência” (POSNER, 2012, p. 229)

⁵²Do original: “The American conception of democracy is whatever form of government the Constitution, according to the best interpretation of that document, establishes” (DWORKIN, 1996, p. 75).

⁵³Do original: *Judicial self-restraint*. Expressão que, tradicionalmente, caracteriza a atitude que os próprios juízes se impõem e que consiste em uma deferência calculada perante os outros dois poderes do Estado.

teorias diversas como: o igualitarismo radical, o jusnaturalismo católico, a economia do *laissez-faire* ou do populismo reacionário, a depender do teórico.

Percebe-se que um dos motivos da repulsa de Posner às teorias acima mencionadas, deve-se, sobretudo, à incapacidade de ao teorizar, na busca de uma fundamentação para a decisão judicial, alcançar-se consenso. Por isso, os magistrados deveriam focar seus esforços mais nas consequências das possíveis decisões e não em abstrações ou debates teóricos. Com efeito, Posner (2012) afirma que os acadêmicos constitucionais ajudariam mais os tribunais e a sociedade se não examinassem os processos e doutrinas constitucionais à luz do que se tem sob o *status* de teoria nos círculos jusfilosóficos, mas sim à luz do contexto social das questões constitucionais, de suas causas, seus custos e suas consequências.

Na realidade, Posner está convencido de que os juízes, principalmente os da Suprema Corte, sequer prestam atenção à teoria moral e constitucional ao decidirem questões judiciais⁵⁴. Por que, então, dar-se ao trabalho de criticar os teóricos? A resposta consiste no fato dele acreditar que a teoria ainda é influente nas faculdades de direito, sendo a influência dela “perniciosa”, pois afasta os juristas acadêmicos de sua função fundamental: a de gerar conhecimento de que os juízes e demais profissionais práticos precisam para poder maximizar a utilidade social do direito.

1.4 Pragmatismo e moral

A “antiteoria” defendida pelo pragmatismo de Posner certamente tem relação direta com a forma segundo a qual esse pragmatismo enxerga a moral e sua relação com o direito.

Quais motivos estão por trás e sustentam o argumento “forte” e, principalmente, o “moderado” da antiteoria posneriana? Os motivos são variados, mas destacam-se alguns:

Em primeiro lugar, o pragmatismo jurídico é descrente na existência de um realismo moral. Rejeita a ideia de que exista uma ordem moral acessível à inteligência humana, a qual seria capaz de fornecer critérios objetivos para se avaliar tanto condutas humanas quanto instituições jurídicas. O próprio Posner (2012) admite que aceitar um realismo moral é uma

⁵⁴No segundo capítulo será exposto como Dworkin, Charles Fried e outros teóricos tratam esse argumento como falacioso. Para Dworkin (2010), por exemplo, a teoria não é somente indispensável, como também intrínseca às decisões judiciais que afirmam direitos. Para o jusfilósofo, quando os juízes constitucionais não acatam certo raciocínio jurídico – em prol da eutanásia por exemplo – não quer dizer que esse raciocínio foi ignorado, mas tão somente não aceito.

crença que reverbera ao longo da história intelectual do Ocidente, embora ele não aceite. Nesse sentido, tanto a ideia originária de realismo – desde a época de Aristóteles – bem como as doutrinas filosóficas e jurídicas que a desenvolvem e a aplicam seriam falsas.

A moral é vista pelos pragmáticos como um fenômeno local e variável, daí extraírem que não há que se falar em moral universal. Existiriam, na verdade, tão somente universais tautológicas, dos tipos: “é errado cometer homicídio”, ou “é errado subornar”, onde entende-se por homicídio o assassinato injustificado e suborno um pagamento injustificado. Porém, entendem que aquilo a que se dá o nome de homicídio ou suborno varia enormemente nas diversas sociedades.

Posner (2012) aceita, entretanto, a universalidade de certos princípios os quais ele denomina de “princípios rudimentares de cooperação” – como não mentir o tempo todo, não romper acordos sem nenhuma razão ou não matar indiscriminadamente os parentes ou os vizinhos. Tais princípios podem, segundo ele, normalmente levar o nome de “lei moral universal”, porém, considera-os abstratos demais para servirem de critério.

Os sentimentos morais, ou seja, as emoções morais, também seriam universais. Sentimentos como: a culpa, a indignação e certas formas de repugnância. Contudo, tais sentimentos morais são neutros no que diz respeito a seus objetos particulares; logo, não seriam de fato morais, mas sim “moralísticos”. A compaixão e o ódio, por exemplo, podem ser universais, mas os seus objetos não são.

A inexistência de universais morais faz com que o pragmatismo posneriano afirme não existir um realismo moral que tenha algum significado, restando apenas uma forma particular de relativismo moral. No mesmo sentido, o relativismo moral implica que a expressão “progresso moral” seja utilizada com extrema cautela, por não ser objetiva e depender de uma perspectiva particular. O progresso moral, afirma Posner, “está nos olhos de quem vê” (POSNER, 2012, p.7-8).

O relativismo moral, aliás, é característica marcante na posição metaética defendida por Posner, a qual certamente serve de sustentáculo para sua aversão à teorização moral e constitucional, denominada pelo próprio de “ceticismo moral pragmático”.

1.4.1 O ceticismo moral pragmático

Na construção do ceticismo moral pragmático, Posner pauta-se em certa modalidade de relativismo moral. Acredita que os critérios de validade de uma pretensão moral são dados pela cultura em que essa pretensão é afirmada e não por uma fonte transcultural (“universal”) de valores morais. Entretanto, rejeita o “relativismo vulgar”⁵⁵ que prega que temos o dever de tolerar culturas cuja visão moral é diferente da nossa. O relativismo adotado por Posner diz que somente é possível chamar uma cultura de imoral se for acrescentado o termo “a nosso ver”.

O ceticismo moral pragmático sustenta a ideia de que os valores morais são plurais de tal modo que “justiça” e “lealdade”, por exemplo, não podem ser ponderadas uma com as outras para resolverem questões morais. Esse posicionamento tem relação com o relativismo moral, servindo-lhe de suporte. Mas não é idêntico, contudo, tendo em vista que muitos pluralistas acreditam que a razão pode nos permitir a decidir entre duas coisas incomensuráveis

Portanto, Posner (2012) defende tanto uma forma de relativismo quanto de pluralismo moral. Apesar de serem conceitos próximos, existe uma diferença entre ambos, bem delimitada por Isaiah Berlin (1990), segundo o qual “gostos” ou “preferências” distintas sustentam um relativismo. Entretanto, quando se admite que existem fins diversos que podem ser seguidos, sendo que todos eles são plenamente racionais, nesse sentido estamos diante de uma pluralidade ou “pluralismo”⁵⁶.

O ceticismo pragmatista é simpático ao subjetivismo moral - a ideia de que os enunciados morais são puramente subjetivos, sendo a moral uma função das crenças de cada indivíduo. O sujeito somente agiria de forma imoral quando contrariasse a moral que adotou para si – mas não aceita-o em sua totalidade. Adota uma “versão diluída” do subjetivismo moral, compatível com o relativismo moral que coloca em evidência a rejeição de verdades morais transculturais⁵⁷.

⁵⁵Posner denomina de “relativismo vulgar” certa escola do moralismo acadêmico, assim como o kantismo ou o aristotelismo (POSNER, 2012, p. 11).

⁵⁶Nesse sentido, Isaiah Berlin destaca a diferença entre relativismo e pluralismo moral: “Eu prefiro café, você prefere champanhe. Nós temos gostos diferentes. Não há mais nada a ser dito. Isso é o relativismo. Mas a opinião de Herder e Vico não é isso: é o que eu deveria descrever como o pluralismo - isto é, a concepção de que há diferentes fins que os homens podem procurar e ainda serem totalmente racionais [...]. Do original: “I prefer coffee, you prefer champagne. We have different tastes. There is no more to be said. That is relativism. But Herder's view, and Vico's, is not that: it is what I should describe as pluralism - that is, the conception that there are many different ends that men may seek and still be fully rational [...]”(BERLIM, 1990, p. 11)

⁵⁷Isso porque, para Posner, a moral que condena um traidor, por exemplo, somente seria possível se existissem verdades morais transculturais precisas e passíveis de serem utilizadas. Se uma pessoa decide se afastar da moral de sua sociedade, como fizeram os que conspiraram contra Hitler, por exemplo, não seria possível demonstrar que essa pessoa está moralmente errada, desde que ela esteja sendo fiel a si mesma e que essa fidelidade seja um elemento de seu código moral pessoal (POSNER, 2012, p. 12).

Posner diz ser cético moral, mas não um cético moral no sentido estrito. O ceticismo moral pragmático distancia-se do ceticismo moral no sentido estrito pelo seguinte motivo: o cético moral no sentido estrito acredita que a verdade seja incognoscível. O pragmatismo posneriano, contudo, acredita que certas verdades – em situações muito específicas - possam ser alcançadas. Nesse ponto em particular, inclusive, Posner diz-se adepto do realismo moral, posicionamento refutado por ele anteriormente⁵⁸.

Todavia, trata-se de um realismo moral com características bem particulares. Diz que nos Estados Unidos da América, por exemplo, é seguro afirmar que qualquer um que pratique o infanticídio – a matança de bebês normais, excluindo os que tenham anencefalia ou alguma outra deficiência profunda – será considerado imoral por praticamente qualquer pessoa a quem a questão for colocada. Nessa medida, tão somente, Posner considera-se um adepto do realismo moral, pois acredita que algumas proposições morais têm por trás de si uma realidade factual.

Contudo, diz respeito a uma realidade factual sempre local – com exceção do que ele denomina de “princípios rudimentares de cooperação social”, inúteis para resolver qualquer questão moral concreta – do mesmo modo que a frase “faz 2 graus Celsius em Chicago” afirma um fato local. A esse realismo particular, que se distancia do realismo moral em sua completude, Posner denomina de “realismo local moderado”.

Entre o realismo local moderado, aceito por Posner, e o realismo moral metafísico – a doutrina católica do direito natural, por exemplo, embora também existam versões laicas – encontra-se o que Posner taxou como o “realismo das respostas corretas” (*right answers moral realism*), doutrina que seria defendida por teóricos como Ronald Dworkin, Thomas Nagel e outros. Esse tipo de realismo também pode ser caracterizado como um jusnaturalismo sem metafísica⁵⁹ (NAGEL, 1996) ou direito natural sem natureza. O realismo das respostas corretas sustenta que as perguntas morais possuem respostas convincentes.

No presente trabalho, entretanto, optamos por não classificar a posição de Dworkin em relação à moral de “realismo das respostas corretas”, tendo em vista que o próprio autor utiliza a expressão “independência metafísica do valor”. Esse posicionamento de Dworkin em

⁵⁸Não visualizamos nessa afirmação, contudo, uma contradição. Posner aceita o realismo em um ponto específico e de maneira muito particular. O realismo moral em sua forma mais pura, segundo a visão de que existem conhecimentos morais, independentes de nossas mentes, sendo objetivos e verdadeiros não é aceito por ele.

⁵⁹Conforme defende Thomas Nagel: “O realismo [moral] não precisa (e não [...] deve) ter absolutamente nenhum conteúdo metafísico. Só precisa sustentar que as perguntas morais têm respostas e que não são redutíveis a nenhuma outra coisa”. Do original em inglês: “But a substantive realism need not (and in my view should not) have any metaphysical content whatever. It need only hold that there are answers to moral questions and that they are not reducible to anything else” (NAGEL, 1996, p. 205).

relação à moral foi construído ao longo dos anos: ganhou destaque em 1996 com o artigo de nome *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It* e concretizou-se no penúltimo livro anterior ao seu falecimento, *Justice for Hedgehog* (2011)⁶⁰. A independência metafísica do valor será discutida no próximo capítulo.

No que diz respeito ao não cognitivismo moral⁶¹, o ceticismo moral pragmático trata-o da mesma maneira que o faz com o ceticismo moral: a rigor, o considera falso, pois na medida em que uma afirmação moral incorpora uma avaliação de conduta, ela possui um conteúdo cognitivo.

Por fim, no que diz respeito ao particularismo moral, o juiz Posner alega rejeitar a vertente do particularismo a qual crê que existem verdades morais universais, mas que afirma que aquele que as aplica a questões morais particulares deve usar de mais sensibilidade ao contexto social do que a demonstrada, por exemplo, por Kant e seus seguidores⁶². Essa vertente não é aceita por Posner pelo fato de o mesmo não acreditar em verdades morais universais minimamente significativas. Tal versão do particularismo moral, afirma ele, tende a ser na prática semelhante ao pluralismo moral: indisciplinada e *ad hoc*, um jogo sem regras⁶³.

Comparada com outras posições metaéticas, o ceticismo moral pragmático pode assim ser sintetizado: ele adota uma modalidade de relativismo moral, rejeitando o particularismo moral em seu sentido mais ambicioso; aceita a precisão descritiva – mas não a autoridade normativa – do pluralismo moral e aceita versões diluídas do subjetivismo, do ceticismo e do não cognitivismo morais.

A posição metaética posneriana descredencia a capacidade da moral em resolver conflitos, sejam eles morais ou jurídicos. Para Posner, mesmo que não aceitem sua posição metaética, ainda assim o “moralismo acadêmico” não deixa de ser inútil, uma absoluta nulidade. Ou seja, afirma que mesmo que ele esteja errado acerca da inexistência de morais

⁶⁰Traduzido em 2012 pela editora portuguesa Almedina com o título “Justiça para ouriços” e, em 2014, pela editora Martins Fontes com o título “A raposa e o porco-espinho: justiça e valor”.

⁶¹O não cognitivista (ou expressivista) acredita que as afirmações morais são referenciais (não fazem referência a uma realidade objetiva), mas sim expressivas; e crê que o que elas expressam é uma atitude ou emoção desprovida de conteúdo cognitivo. Os denominados emotivistas, por exemplo, que são uma subclasse dos não cognitivistas, creem que uma afirmação do tipo “você é injusto” não passa de uma expressão de raiva, que do ponto de vista cognitivo em nada se diferencia de um tapa na cara (POSNER, 2012, p. 16).

⁶²Uma outra vertente afirma que não existem princípios morais gerais, mas somente intuições morais particulares. Essa vertente é aceita por Posner (POSNER, 2012, p. 14).

⁶³A analogia feita por Richard Posner, para demonstrar a imprecisão dessas correntes que ele não aceita, é a de uma decisão confiada à discricionariedade irrestrita do juiz, como um despacho que determine a data de uma audiência ou a decisão de finalizar um interrogatório a uma testemunha que já tenha se prolongado demais. Não existem critérios nem métodos para tais decisões serem ponderadas, inviabilizando a possibilidade de avaliação racional.

universais interessantes, os acadêmicos não teriam proveito nenhum em um argumento moral, a menos que fosse possível determinar o que eles são; caso contrário, seria como se não existissem. As difíceis questões morais, afirma Posner, são impossíveis de serem respondidas com nossos métodos de investigação atuais.

Além do mais, nos casos de controvérsias morais, o público dos debates acadêmicos tende a ser indiferente, ou por causa de seus interesses ou intuições morais, a já ter opinião formada.

Os que têm opinião formada não poderiam ser convencidos por argumentos sobre os deveres morais de cada um, enquanto os indiferentes nunca seriam persuadidos a se interessar por esses argumentos. Daí a inutilidade, segundo Posner (2012), do debate moral, principalmente no percurso que antecipa a decisão judicial.

Não que não haja utilidade em nenhuma teoria. Na realidade, restou demonstrado em tópico anterior (1.2) a utilidade de algumas teorias na condução do raciocínio jurídico pragmático, como certas teorias científicas, sociais e a teoria econômica. O pragmatismo posneriano valoriza até mesmo muitos aspectos da teoria do direito de Ronald Dworkin, um de seus principais críticos, na sua contribuição ao pós-positivismo. Questiona-se, tão somente, o valor da teoria moral e outras de conteúdo “abstrato”, consideradas por ele inúteis.

Ante ao exposto, tem-se que a relação entre moral e o pragmatismo é a seguinte: o pragmatismo posneriano não nega que a moral seja um elemento social, sendo um tema legítimo de reflexão teórica. Todavia, para Posner, existem diferenças entre teorizar sobre a moral e exercer uma teoria moral. Ele afirma que o que faz ao construir sua posição metaética, por exemplo, é teorizar sobre a moral, sendo que o ele teme é a valorização de uma teoria moral que diz sobre como nós devemos nos comportar, ou seja, que procura captar a verdade no que diz respeito a nossas obrigações. Embora aqui caiba um adendo: em tópico específico, será demonstrado como Dworkin acusa Posner de fazer confusão também nessa afirmação. Para Dworkin (2010), embora Posner não perceba, suas principais afirmações são mais “de” moral do que “sobre” a moral (vide o tópico “o novo buldogue de Darwin”).

1.5 A relação entre direito e moral na perspectiva pragmática

A problemática da relação entre direito e moral não é novidade na teoria do direito. Há muito, discute-se se a conexão entre direito e moral não existe, é necessária, contingente ou

uma mera coincidência. Uma discussão que ficou famosa em relação à temática foi travada entre H.L.A Hart e Ronald Dworkin.

Hart (1994), em “o conceito do direito” defendeu que embora existam várias e diferentes relações contingentes entre o direito e a moral, não há uma conexão conceitual necessária entre seus conteúdos. Isso porque disposições moralmente iníquas, por exemplo, podem ser válidas como normas ou princípios jurídicos. Com efeito, Hart acredita na existência de direitos e deveres jurídicos que sejam destituídos de qualquer justificativa ou força moral.

Em contrapartida, Dworkin (2002) repudiou a visão de Hart em favor da opinião de que deve haver, no mínimo, uma fundamentação moral aparente para que se afirme a existência de direitos e deveres jurídicos. Em Dworkin, os direitos jurídicos são entendidos como uma espécie de direitos morais.

Richard Posner também sustenta uma tese particular acerca da relação entre direito e moral, sendo que a maneira segundo a qual ele enxerga essa relação tem ligação direta com os argumentos sustentados em sua “antiteoria”.

Posner (2012) entende que é equivocada a afirmação defendida por tantos teóricos – como Dworkin, por exemplo- de que a moral possui relação intrínseca com o direito. A moral não está intrinsecamente ligada ao direito e, portanto, a teoria moral não está inextricavelmente ligada ao direito.

A relação entre direito e moral para o pragmatismo de Posner é uma coincidência, a qual ocorre até mesmo em sistemas jurídicos predominantemente positivistas. Por exemplo⁶⁴: a responsabilidade civil extracontratual e o direito penal giram em torno da responsabilidade por atos que geram dano e também da responsabilidade – ou da falta desta – pela não prevenção desses atos, como no caso em que se procura responsabilizar uma pessoa que poderia ter ajudado outra sem correr perigo, mas não o fez. Na maioria das vezes, a responsabilidade penal baseia-se na culpabilidade dos estados mentais. O direito contratual, por sua vez, gira em torno do caráter vinculante das promessas. O próprio direito das sucessões enfrenta questões como a de saber se o assassino deve herdar da pessoa que assassinou⁶⁵.

⁶⁴Os exemplos utilizados por Posner referem-se ao sistema jurídico norte-americano. Contudo, tais exemplos não se distanciam muito do que nós temos no direito brasileiro.

⁶⁵Esse caso é classicamente utilizado por Dworkin (2002, p. 37) na demonstração da ligação direta entre direito e moral. Vide o *leading case Riggs vs. Palmer NY 506 (1889) nº 115*, no qual um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo.

Outra questão que relaciona direito e moral é a de saber se o título de propriedade dá ao proprietário o direito de despejar um inquilino que está passando fome; os exemplos nos quais o direito coincide com questões morais são *ad infinitum*. Segundo Posner, “a razão da coincidência entre a moral e o direito é que os dois são métodos paralelos (sendo a moral o mais antigo) para propiciar o tipo e o grau de cooperação que a sociedade humana precisa para prosperar” (POSNER, 2012, p. 170).

Entretanto, essa relação coincidente entre direito e moral, não quer dizer que o primeiro *respalda* a segunda no sentido de disto decorrer que os juízes de um sistema complexo, como o norte-americano – ou outros, como o Brasil, acrescento – os quais têm muito poder para moldar o direito⁶⁶, teriam, necessariamente, de tempos em tempos, que decidir a respeito de questões morais controversas a fim de determinar qual sistema moral o direito deve seguir. Cabe enfatizar: para Posner, não é útil descrever o direito como um “respaldo” à moral e, mesmo que fosse, disso não decorreria que, quando os princípios morais pertinentes são controversos, os juízes devem escolher entre os lados concorrentes.

Para provar o seu ponto de vista, acerca da (não) relação necessária entre direito e moral, Posner destaca que muitos princípios morais não são respaldados pelo direito. Por exemplo: mentir não é um crime nem delito civil – na maioria das circunstâncias, pois não é permitido mentir sob juramento – nem a caridade é um dever legal. O direito também é indiferente à maioria das promessas não cumpridas. A própria sedução, na maioria dos lugares, não é um delito civil e o adultério, na prática, já não é objeto de quase nenhuma sanção jurídica.

Posner (2012) alega que, por um lado, o direito não dá respaldo à moral em geral e, por outro, muitas condutas punidas com sanções legais são moralmente indiferentes. É até mesmo duvidoso alegar que as leis que punem a venda e o consumo de “substâncias controladas” tenham fundamento moral, uma vez que a venda de cigarros e de bebidas alcóolicas é legalizada, assim como a de tranquilizantes e antidepressivos que, em muitos casos, possuem efeitos semelhantes aos das drogas proibidas.

O que acontece, na maioria das vezes, é que a criminalização de um serviço ou atividade torne-o imoral. Posner acredita que a criminalização possui um “efeito selecionador”: os serviços taxados como ilegais passam a ser oferecido por criminosos,

⁶⁶Principalmente os que se encontram no “topo” do judiciário, como é o caso, no Brasil, dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

adquirindo, assim, uma “aura” repugnante ou desagradável. Basta pensar em quem distribuía bebidas alcoólicas antes e depois da Lei Seca⁶⁷ e quem as distribuía durante a vigência da lei.

Há muito tempo, já delimitaram a discrepância entre o direito e a justiça. Para Hans Kelsen (2003), por exemplo, a problemática da justiça é de importância decisiva para a política jurídica, contudo, por ser um problema valorativo – ou seja, a justiça é uma virtude de qualidade moral e, portanto, encontra-se no domínio da moral - situa-se fora da teoria “pura” do direito, a qual se limita à análise do direito positivo.

Contudo, Posner acusa essa separação entre direito e justiça de ser obscurecida pelo fato de que o direito, constantemente, utiliza-se de uma terminologia moral. Na língua inglesa, por exemplo, temos nomenclaturas como *fair* (justo), *unjust*(injusto), *inequitable* (“não equitativo”) e *unconscionable*(“inescrupuloso” ou “exorbitante”)⁶⁸. Essas terminologias devem-se, sobretudo, à origem eclesiástica dos tribunais de equidade da Inglaterra e Posner afirma que Dworkin, assim como outros, por tal motivo, foram induzidos ao erro de pensar que o direito é embebido de teoria moral.

Mas, para Posner (2012), levar demasiadamente a sério o vocabulário moral do direito pode nos fazer entendê-lo mal. O fato de o direito utilizar terminologias de conteúdo moral não faz com que o mesmo tenha relação direta com a moral. Para ele, o direito usa termos morais por três motivos: i) primeiro por causa de suas origens; ii) segundo, para “impressionar”; iii) e, também, para utilizar de uma linguagem que os leigos, a quem se dirigem os comandos da lei, tenham capacidade de entender.

O pensamento de Posner (2012) assemelha-se ao de Hart (1994), quando o primeiro diz que devido à essa relação tão somente coincidente entre direito e moral, não causa escândalo que o direito deixe de cominar sanção a uma conduta imoral ou que comine sanção a uma conduta que não é imoral.

Posner está convencido de que é plenamente possível abster-se de argumentos morais - até mesmo em *hard cases*– quando da aplicação do direito. Como a conexão entre direito e

⁶⁷A Lei Seca também ficou conhecida como *The Noble Experiment*, e caracteriza o período de 1920 a 1933, durante o qual a venda, fabricação e transporte de bebidas alcoólicas para consumo foram banidas nacionalmente como estipulou a 18ª Aditamento da Constituição dos EUA (ROSENBERG, 2014).

⁶⁸A maneira como essas palavras levam muitos a acreditar que o direito está imerso na teoria moral é bem explícita em um artigo de Gregory C. Keating. Este realizou a tentativa de usar *fairness*(justiça ou equidade) como princípio organizador da responsabilidade civil extracontratual. Nesse sentido, o *abstract* de seu artigo já traduz bem a intenção: “Este artigo argumenta que, ao contrário deste consenso, há um caso de justiça poderoso e importante a ser feito para a responsabilidade da empresa”. Do original: “This paper argues that, contrary to this consensus, there is a powerful and important fairness case to be made for enterprise liability”. (KEATING, 1997, p. 1266).

moral não é necessária, mas tão somente coincidente em alguns casos, a argumentação moral não é indispensável e, muitas das vezes, é até mesmo inútil.

É perfeitamente plausível, a partir de uma perspectiva posneriana, decidir tratar criminosos com dignidade, ao prolatar uma sentença, não porque aceita-se a ideia kantiana de que as pessoas têm o direito de serem tratadas como fins e não como meios⁶⁹, mas porque pensamos – sem saber nada a respeito de Kant, talvez, não devendo nada, portanto, à certa teoria moral – que o cultivo de uma mentalidade de punição criminal, baseada na dicotomia entre “nós” e “eles”, ou na ideia de “inimigo interno”, ou mesmo de uma mentalidade “médica” ou “terapêutica”, pode ter consequências políticas adversas e até prejudicar na prevenção e dissuasão da atividade criminosa.

É possível fazer três distinções dos modos pelos quais uma questão moral pode se inserir em uma causa judicial: (1) em primeiro lugar, a causa pode ter importância moral para certo segmento da comunidade. A questão jurídica do aborto, por exemplo, tem relevância moral para os que condenam e para os que defendem o aborto; (2) em segundo lugar, os juízes podem tomar a moral como fundamento para a decisão de algumas causas; (3) por último, os juízes podem decidir algumas causas utilizando métodos de argumentação do moralismo acadêmico.

Posner diz admitir a primeira (1) relação entre o direito e moral e também a segunda (2), eis que, conforme comentado anteriormente, alguns princípios jurídicos, especialmente os do direito penal, claramente dependem das opiniões morais da comunidade. Entretanto, não admite a terceira relação (3), pois “aplicar um princípio moral a uma questão jurídica não é a mesma coisa que tomar partido em questões morais controversas e usar a filosofia moral normativa para resolver a disputa” (POSNER, 2012, p. 180).

O importante é que fique claro que Posner não rejeita completamente a relação entre moral e direito, mas ataca enfaticamente a utilidade da teoria moral na resolução de conflitos jurídicos. A teoria moral seria inútil por não ser capaz de fornecer instrumentais eficientes para a resolução de questões morais controversas e, muito menos, jurídicas. Acreditar no

⁶⁹O conceito de dignidade é elaborado por Kant em “Fundamentação da metafísica dos Costumes” a partir do desenvolvimento da ideia de um reino dos fins. Para Kant, no reino dos fins, há dois tipos diferentes de fins, quais sejam, os fins próprios ou pessoais (subjetivos) e os fins em si mesmos (fins objetivos). Segundo ele, os fins em si mesmos possuem dignidade e os fins pessoais possuem um preço ou valor de troca. Para Kant, tudo na natureza age segundo leis. Entretanto, “só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade” (KANT, 2007, p. 47).

contrário seria um erro e, por isso, essa é a relação problemática- na perspectiva de Posner- entre moral e direito⁷⁰.

Tendo em vista a inutilidade da teoria moral na perspectiva posneriana, questiona-se: se a teoria moral não pode ser posta a serviço do direito, o que poderia cumprir esse papel? Posner (2012, p. 223) afirma que questões práticas podem muito bem ser usadas para resolver muitos casos constitucionais que não giram em torno de um desacordo sobre premissas morais ou políticas.

Todavia, e as questões que não podem ser resolvidas desse modo? Nesses casos, o professor de Chicago afirma que o juiz tem duas opções: (1) a primeira consiste em dizer que, se a opinião pública está dividida em uma questão moral, os tribunais devem deixar que o processo político resolva o assunto; (2) a outra é assumir que, embora o processo político seja ordinariamente o caminho correto a trilhar, de vez em quando uma questão que divide a opinião pública excita a tal ponto as emoções morais do juiz que ele simplesmente não é capaz de “engolir” a solução política cuja constitucionalidade foi posta em questão – o que demonstra que os cétricos e os relativistas morais têm as mesmas emoções que todos os outros, mas se diferenciam por pensar que os desacordos morais podem ser solucionados pelo raciocínio moral. Posner afirma preferir o segundo caminho.

O Segundo caminho deixa mais espaço para a consciência. Acontece que alguns profissionais do direito, especialmente os que gostariam de aumentar o poder do Judiciário - os quais Posner considera ativistas judiciais - seriam resistentes à ideia de que a decisão constitucional contém um elemento irreduzivelmente discricionário, sendo “subjetiva” em algumas situações e, até mesmo, sem regras. Para o pragmatismo posneriano esse fato deve-se em parte ao orgulho profissional e ao interesse próprio, mas também por acreditarem que a filosofia moral tem a possibilidade de servir de arma com a qual os juízes podem provar que certos atos estão errados ou corretos. Posner acusa estar em voga, na atualidade, esse “ativismo judicial liberal” entre os profissionais do direito e, principalmente, entre os professores universitários.

Ele afirma que muitos moralistas acadêmicos são pessoas inteligentes e analistas cuidadosos, mas ainda assim não dispõem dos instrumentos que lhes permitiriam resolver desacordos morais. Não são capazes de ajudar os profissionais do direito, muito menos os juízes, “os quais devem buscar ajuda em outro lugar, ou, talvez, terão de restringir suas ambições de remodelar a sociedade” (POSNER, 2012, p. 225).

⁷⁰Por isso o título da obra utilizada para atacar a teoria moral aplicada ao direito: “*The Problematics of Moral and Legal Theory*”, ou “A problemática da teoria moral e jurídica”.

2 ANÁLISE CRÍTICA DO PRAGMATISMO ANTITEÓRICO DE RICHARD A. POSNER

Os argumentos de Posner estão a serviço de um movimento antiteórico populista que hoje é poderoso na vida intelectual norte-americana. [...] Esse movimento consome nosso tempo, pois boa parte dele, como no caso dos argumentos de Posner, consiste em exortações vazias à ação em busca de objetivos que eles nem conseguem descrever, muito menos justificar. Pior ainda, os antiteóricos zombam de uma ideia sobre a qual eles não se detêm para tentar compreendê-la, mas que constitui um predicado crucial de qualquer busca responsável de justiça social. Qualquer princípio moral, por mais que esteja completamente inserido em nossa cultura, língua e prática, pode ser falso – ou, por mais que seja completamente rejeitado, pode ser verdadeiro. Não sei quando a aventura antiteórica de nossa história intelectual terá esgotado sua vigência; é possível que já tenha começado seu já tardio declínio. Mas não devemos deixar de questionar nenhuma informação importante de seu credo.

Ronald Dworkin

O presente capítulo desta dissertação possui conteúdo crítico, no sentido de debater a plausibilidade do discurso da abordagem judicial pragmática pregada por Posner, a partir de perspectivas distintas. Serão apresentadas críticas de cinco autores acerca do pragmatismo jurídico e sua “antiteoria”. São eles: Ronald Dworkin⁷¹ – o jusfilósofo que é o principal alvo e rebatedor de Richard Posner, por isso foi reservado a ele um espaço maior – Charles Fried, Anthony Kronman, John Noonan e Martha C. Nussbaum.

2.1 Ronald Dworkin

As divergências entre Dworkin e Posner são muitas. Este trabalho preocupa-se em apresentar as discordâncias de Dworkin em relação ao pragmatismo jurídico, assim como expor os (contra)ataques diretos deste autor a Richard Posner.

⁷¹O objetivo não será explicitar a teoria jurídica de Dworkin de maneira exaustiva, mas tão somente apresentar os pontos de sua teoria que descontroem o pragmatismo jurídico, assim como explicitar seus ataques diretos à Richard Posner e sua abordagem pragmática.

A divergência com o pragmatismo inicia-se pela crença de Dworkin de que a moral está intrinsicamente ligada ao direito, ao invés de ser uma mera relação coincidente, como acredita Posner. Além desse fato, Dworkin está certo de que existem afirmações morais verdadeiras e objetivas, tese sustentada com base em sua posição em relação à moral⁷² denominada de “independência metafísica do valor”. Essa relação entre direito e moral na perspectiva dworkiniana é a base de Dworkin para a elaborada resposta à abordagem de Posner, denominada de “o elogio da teoria”, na qual o jusfilósofo ressalta a crucial importância do raciocínio teórico e da teoria moral como instrumentais para os juízes na decisão de casos jurídicos.

2.1.1 Crítica à classificação de Posner quanto a relação entre direito e moral

A tese da necessária conexão entre direito e moral é antiga em Dworkin e ela é essencial para o entendimento da rejeição do pragmatismo enquanto forma de abordagem para a decisão judicial e, conseqüentemente, do reconhecimento no grande valor da teoria moral, segundo a perspectiva do autor. Na década de 1960, Dworkin já vinha escrevendo artigos que exporiam a faceta inicial de sua teoria do direito, mas foi na década de 1970 que, em *Taking Rights Seriously*⁷³ ela ficou mais patente com as críticas que apontavam as insuficiências da teoria descritiva de Hart, dentre elas a que diz respeito à sua tese de separação entre direito e moral⁷⁴.

Para ilustrar uma das principais características de sua teoria do direito – a de que este é um modelo de regras e princípios morais e não apenas de regras, como pregava o positivismo

⁷²Para alguns, posição “metaética”, embora Dworkin (2012) dê a entender que não prefira essa terminologia, pois acredita que não existem questões filosóficas importantes sobre o valor – ética e moral - que possam ser respondidas sem juízo de valor.

⁷³Traduzido para o português como “Levando os direitos a sério”. Esta dissertação utiliza a versão de 2002, tradução da editora Martins Fontes.

⁷⁴Hart nega a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, apesar de admitir que haja ligações contingentes; nesse sentido, o positivista acredita que certas regras possam ter validade ainda que sejam moralmente injustas. Além disso, existem direitos e deveres jurídicos sem qualquer justificação moral. Segundo a teoria de Hart, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referências às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito (HART, 1994, p. 332).

tradicional - Dworkin destaca dois casos ocorridos no Estados Unidos: o caso *Rigg vs. Palmer*⁷⁵, bem como o caso *Henningsen vs. Bloomfield*⁷⁶.

O caso *Rigg vs. Palmer* resume-se na pretensão de um neto - demandante da ação - o qual era beneficiário do testamento de seu avô. A questão problemática do caso gira em torno do fato de o neto ter matado o avô justamente com a intenção de herdar a herança. Quando analisada a pretensão arguida em juízo - em 1889 - e tendo em vista a lacuna legislativa em relação ao testamento em situações como esta, a corte de apelação do Estado de Nova Iorque decretou que o demandante, Elmer Palmer, não tinha o direito de herdar, tendo em vista o princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, favorecendo, assim, os demais herdeiros.

O segundo caso dado como exemplo é *Henningsen vs. Bloomfield*. O litígio gira em torno de uma situação em que certo demandante-consumidor processa um fabricante de automóveis que restringiu por meio de contrato a possibilidade de o comprador obter indenização para outros defeitos que não fossem o do conserto das partes defeituosas do veículo. *Henningsen* afirmou que a indenização pelo acidente que sofreu era pertinente, apesar da restrição da cláusula, por questões particulares ao caso. O tribunal confirmou a responsabilidade do fabricante, dando ganho de causa ao demandante.

A peculiaridade, em ambos os casos, concentra-se na afirmação de Dworkin de que neles os tribunais utilizaram mais do que as regras jurídicas para resolvê-los. Com base nesses dois casos paradigmáticos, principalmente, Dworkin defende que a teoria hartiana ignorou a importância dos princípios como “fontes do direito”.

Isso é bem visível em “o modelo de regras I”⁷⁷ reproduzido em *Levando os direitos a sério*. Dworkin assinalou que a teoria tradicional positivista, mesmo a mais sofisticada de Hart, simplifica o direito a ponto de descrevê-lo como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas somente quando respeitam ao critério formal do *pedigree*⁷⁸, a partir do qual essa validade ou invalidade é mensurada. Mas, para Dworkin, o direito não se restringe à essa descrição limitada, pois existem normas diferentes das regras tradicionais, tais como os

⁷⁵*Riggs vs. Palmer NY 506 (1889) n° 115.*

⁷⁶*Henningsen vs. Bloomfield 32 N.J. 358 (1960) 161 A.2d 69.*

⁷⁷“O modelo de regras I: Regras, princípios e políticas” constitui o segundo capítulo de “Levando os Direitos a sério”.

⁷⁸Nesse sentido: “Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras de advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público” (DWORKIN, 2002, p. 28).

princípios e as políticas, que extrapolam a seara da formalidade das regras. Nesse sentido, Dworkin sustentou que o direito é composto: por um conjunto de regras jurídicas, mas também por princípios “morais”, os quais não são remissíveis a um critério de validade como o da regra de reconhecimento de Hart⁷⁹.

A ênfase na existência de princípios morais como componentes do direito foi apenas o momento inicial do argumento de Dworkin no sentido de haver uma conexão necessária entre direito e moral. Em *A justiça de toga*⁸⁰, por exemplo, Dworkin faz um inventário de várias interseções possíveis entre direito e moral, as quais são diversas.

Pode-se citar a crença de Dworkin de que alguns países – dentre os quais o Estados Unidos – têm Constituições que podem ser corretamente interpretadas como instâncias que impõem limites morais a quaisquer leis que possam ser validamente criadas neste ou naquele país. Assim, a Constituição pode determinar, por exemplo, que qualquer lei aprovada pelo poder legislativo que negue a “igual proteção das leis” a qualquer grupo é inconstitucional e nula. Dessa forma, a validade da lei segundo a qual os homens, mas não as mulheres, devem prestar serviço militar compulsório, poderia ser vista como algo que depende de se saber se tal distinção é ou não injusta (DWORKIN, 2010, p. 11). A questão é que tal juízo de (in)justiça, para Dworkin, está relacionado à questão moral. Dizer se certo direito é justo ou injusto, necessariamente invoca um juízo moral.

Outra interseção entre direito e moral está relacionada ao fato de que, para Dworkin (2010), o direito depende daquilo o que ele deveria ser em outros sentidos. Por exemplo: boa parte do direito de nações “maduras” existe em forma de leis aprovadas por um órgão legislativo, regulamentações e outras formas de legislação escrita, sendo que o texto dessas legislações pode ser abstrato, vago ou ambíguo.

Certo texto legal pode estabelecer, por exemplo, que os abortos só são legalmente permitidos quando “necessários para proteger a saúde da mãe”. Dworkin acredita que, nesse caso, pode ocorrer que o fato de a lei permitir ou não o aborto para proteger a estabilidade emocional de uma mulher, e não sua saúde física, esteja na dependência de se saber se a lei deve, ou não distinguir entre a saúde mental e física em questões dessa natureza. Por mais que

⁷⁹Dworkin afirmou que os princípios jurídicos não podem ser identificados por critérios derivados de uma norma de reconhecimento manifestada na prática dos tribunais e que, uma vez que os princípios constituem elementos essenciais do direito, deve-se abandonar a doutrina que postula a existência de uma norma de reconhecimento. Para Hart, o remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução de regras de reconhecimento. Cabe à regra de reconhecimento “especificar alguns aspectos, ou aspectos, que identificam uma regra como pertencente ao grupo das que deve ser apoiada pela pressão social que ela exerce” (HART, 1994, p. 104).

⁸⁰Do original *Justice in Robes* (2006).

o texto de uma lei possa parecer suficientemente claro, é possível que, quando interpretado literalmente, apresente um resultado surpreendente.

Para demonstrar a veracidade dessa afirmação, Dworkin apresenta um caso que aconteceu em Bolonha, no passado: certa lei considerava criminoso o fato de “derramar sangue nas ruas”. Mas qual era a verdadeira intenção dessa lei? Será que ela teve o resultado involuntário de tornar ilegal a prática, comum na época, da odontologia exercida a céu aberto? A ocorrência ou não desse resultado dependia de o quanto ele era considerado injusto. E dizer se essa prática é justa ou injusta, com a finalidade de alcançar a interpretação adequada da lei, necessariamente nos leva a um juízo de natureza moral.

É nesse sentido que Dworkin (2010) afirma que a veracidade das proposições de direito pode ser entendida como dependente da veracidade das alegações morais em tais sentidos. O próprio Hart afirmou - em seu pós-escrito⁸¹ de “o conceito de direito” - que Dworkin repudiou a ideia da possibilidade de existirem direitos e deveres jurídicos destituídos de qualquer justificativa ou força moral. Para Hart, Dworkin rejeita essa ideia em favor da opinião – derivada, em última análise, de sua própria teoria interpretativa do direito⁸² - de que deve haver, no mínimo, uma fundamentação moral aparente para que se afirme a existência de deveres jurídicos.

Assim, ele considera o fato de que “os direitos jurídicos devem ser entendidos como uma espécie de direitos morais como um elemento crucial em sua teoria do direito; e afirma que a doutrina positivista contrária pertence ao mundo peculiar do essencialismo jurídico, no qual é dado apenas saber, pré-analiticamente, que podem existir direitos e deveres jurídicos sem nenhuma base ou força moral” (HART, 2012, p. 346).

Um outro exemplo é constantemente citado por Dworkin para explicar a sua tese de conexão entre direito e moral. Trata-se do *hard case* fictício⁸³ da Sra. Sorenson. Segundo Dworkin (2010), a Sra. Sorenson sofria de artrite reumatoide e, durante muitos anos, tomou um medicamento genérico – denominado “Inventum” – para aliviar seu sofrimento. Ao longo desse período, o Inventum foi fabricado e comercializado com nomes comerciais distintos por onze farmacêuticos diferentes. Acontece que o medicamento apresentava efeitos colaterais

⁸¹*O conceito de direito* foi publicado pela primeira vez em 1961. Entretanto, uma segunda edição da obra foi formatada em 1994, com o acréscimo de um “pós-escrito”. Redigido pelo próprio Hart, o pós escrito só foi descoberto depois de sua morte, tendo sido organizado e preparado para publicação pelas mãos de Joseph Raz e Penelope Bulloch. Nele, Hart responde algumas críticas propostas por estudiosos como Lon Fuller, John Finnis e o próprio Dworkin.

⁸²Em grande medida lapidada na obra *Lawsempire* (1986), traduzida como “*O império do direito*”.

⁸³Esse exemplo é inventado por Dworkin. Mas existe um caso real muito semelhante a este, o qual envolve a questão da responsabilidade civil baseada na participação de mercados. Trata-se do litígio *Sindell vs. Abbott Labs 3d 588 (1980) n° 26*.

graves e não divulgados, dos quais os fabricantes deveriam ter tido conhecimento e informado aos usuários. Com o uso do produto, a Sra. Sorenson passou a ter problemas cardíacos permanentes, mas não conseguiu provar quais os comprimidos de quais fabricantes havia tomado, nem quando. Evidentemente, também não conseguiu comprovar quais comprimidos e de quais fabricantes tinham realmente causado o problema.

Sorenson processou todos os laboratórios que haviam fabricado o Inventum, sendo que seus advogados argumentaram que todos eram responsáveis perante ela de acordo com sua participação no mercado do medicamento durante os anos de tratamento da Sra. Sorenson.

Houve a contestação por parte dos laboratórios no sentido de que a pretensão da demandante era completamente inédita e contradizia a antiga premissa de que ninguém é responsável por danos que não consigam comprovar que tenha causado. Dessa forma, como a sra. Sorenson não tinha meios para provar que nenhum demandado em particular a havia prejudicado, ou mesmo fabricado o Inventum por ela tomado, não era possível exigir que ela fosse indenizada por nenhum deles.

Ante à difícil questão, pergunta-se: como os advogados e os juízes poderiam decidir qual das partes – a sra. Sorenson ou os laboratórios farmacêuticos – estava certa em suas afirmações sobre o que é, de fato, exigido pelo direito? Dworkin está convencido de que tudo depende da melhor resposta à difícil questão de saber qual conjunto de princípios oferece a melhor justificação para essa área do direito como um todo. Nesse sentido:

Em minha opinião [...] eles deveriam tentar identificar os princípios gerais que fundamentam e justificam o direito estabelecido de responsabilidade civil do fabricante de um produto, e depois aplicar esses princípios ao caso. Eles poderiam descobrir, como insistiam os laboratórios, que o princípio de que nenhuma pessoa é responsável por danos que não se possa provar que tenham sido causados por essa pessoa ou por qualquer outra encontra-se tão solidamente arraigado no precedente que a sra. Sorensen deve, portanto, ter suas pretensões categoricamente recusadas. Por outro lado, eles também poderiam encontrar apoio considerável a um princípio antagônico – por exemplo, aquele segundo o qual quem lucrou com algum empreendimento também deve arcar com seus custos – que possa justificar a ação judicial do problema inédito da participação de mercado (DWORKIN, 2010, p. 204).

Ante à sua exemplificação, Dworkin (2010) suscita a pergunta: em que sentido os juristas e juízes devem emitir “juízos de valor” a fim de identificar o direito em casos particulares? Em sua opinião, o argumento jurídico é um argumento tipicamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos concorrentes de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais peremptória em termos

morais. Daí dizer que existe, a partir de uma perspectiva dworkiniana, uma relação de indissociabilidade entre direito e moral.

Nesse aspecto já encontramos uma forte divergência entre Richard Posner e Ronald Dworkin no que diz respeito à relação entre direito e moral. Enquanto o primeiro afirma que a conexão entre a moral e o direito é apenas coincidente e, portanto, não necessária, o segundo defende que esta relação é necessária, indissociável. Esse é o ponto de partida para explicitar as refutações dworkinianas à abordagem judicial pragmática e “antiteórica” proposta por Posner.

2.1.2 Objetividade e verdade na moral

Em etapa anterior, restou demonstrado como Posner não acredita na existência de um realismo moral. O pragmatismo posneriano rejeita a ideia de que exista uma ordem moral acessível à inteligência humana, a qual seria capaz de fornecer critérios objetivos para se avaliar tanto condutas humanas quanto instituições jurídicas (vide tópico 1.4). Disso resultar na construção do ceticismo moral pragmático, posição do autor em relação à moral que serve de sustentáculo para sua “antiteoria” da decisão judicial, referente à aversão pela teorização moral utilizada pelos juízes.

Entretanto, parafraseando Dworkin (1996, p. 87), será que existe alguma verdade objetiva? Ou devemos finalmente acreditar que no fundo, no fim das contas, filosoficamente falando, não existe verdade “real”, ou “objetiva”, ou “absoluta”, ou “fundacional”, ou “questão verdadeira”, ou “resposta certa” sobre nada; que mesmo que as nossas convicções mais confiáveis sobre o que já aconteceu no passado, ou do que o universo é feito, ou sobre quem somos, ou sobre o que é bonito, ou quem é mal, são somente nossas convicções, somente convenções, somente ideologia, somente insígnias de poder, somente regras de jogos de linguagem que decidimos jogar, somente o produto de nossa disposição irrefreável de nos enganarmos de que seja possível descobrir “lá fora”, em algum mundo objetivo, atemporal, independente da mente, que nós mesmos tenhamos de fato inventado, por instinto, imaginação e cultura⁸⁴?

⁸⁴Esses questionamentos foram lançados por Dworkin na introdução de um dos seus artigos de maior relevância, denominado *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it* (1996).

Dworkin (1996) afirma que o estilo intelectual que está na moda é o que acredita na inexistência de verdades objetivas. Esse estilo é fruto de perspectivas diversas como o “pós-modernismo”, o “antifundacionalismo” e, principalmente – dada à importância do foco da nossa discussão – o “neopragmatismo”⁸⁵. Os departamentos acadêmicos estão recheados dessas perspectivas, em especial os departamentos de história da arte, literatura, antropologia e também nas faculdades de direito. Trata-se de um ceticismo⁸⁶ profundo, o qual tem sido influente na filosofia acadêmica por muitos séculos. Este ceticismo aparece em duas versões: (i) uma geral, indiscriminada, que engloba tudo, a qual ataca a própria ideia de verdade objetiva sobre qualquer coisa; (ii) e uma versão limitada, seletiva, que aceita a verdade objetiva nas afirmações “descritivas”, incluindo aí as matemáticas, mas nega a objetividade nas verdades “valorativas”, como as morais, éticas, interpretativas ou estéticas.

Ronald Dworkin (1996) denomina essas versões, seja a indiscriminada ou a seletiva, de “arquimedeanas”, as quais possuem as seguintes características: elas pretendem afirmar que estão fora de todo o conjunto de crenças e que é possível julgá-lo, como um todo, a partir de premissas ou atitudes que nada tem a ver com ele.

Contudo, Dworkin acredita que tanto a versão indiscriminada quanto a seletiva não podem estar fora do pensamento como um todo, negando a verdade real a cada pensamento. Dessa forma, mesmo os “arquimedeanos” precisam de algum lugar para estar. Devem assumir que ao menos algo daquilo que pensam – mesmo que em um nível absolutamente mínimo – não é apenas sua própria invenção ou de sua cultura, mas verdadeiro ou válido de fato, objetivamente. Nesse sentido, até mesmo o ceticismo, no sentido da descrença, deve ser construído a partir de alguma crença, qualquer que seja; ele não pode ser cético até as últimas consequências.

A versão seletiva do arquimedeanismo é a mais criticada por Dworkin. Ela propõe-se a ficar de fora de todos os campos valorativos. Os arquimedeanos céticos seletivos acreditam ser possível justificar suas afirmações céticas – a de que não existem verdades objetivas – a partir de premissas que não são, elas próprias, valorativas. Eles dizem que seus argumentos

⁸⁵Embora alguns autores utilizem a terminologia “neopragmatismo” para destacar o ressurgimento com maior intensidade do pragmatismo, Posner (2009, p. 416) afirma que não devemos pressupor a existência de duas escolas pragmáticas distintas. Na verdade, nenhum dos dois pragmatismos – o tradicional e o “novo” – é uma escola, embora existam, sim, diferenças entre autores, por exemplo, entre Peirce e James, assim como há entre James, Dewey e outros. Para Posner, o pragmatismo, mesmo hoje, é mais uma tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina.

⁸⁶A palavra “ceticismo” é utilizada de diversas maneiras. Dworkin a utiliza no sentido de rejeição e não de agnosticismo. Ele enfatiza que céticos diferentes, mesmo sobre a moralidade, possuem diferentes alvos. Os céticos discutidos por ele afirmam rejeitar não a moralidade, mas certas opiniões filosóficas sobre ela (DWORKIN, 1996, p. 87).

não partem de suposições morais, ou éticas, ou estéticas, mas de teorias não valorativas sobre quais tipos de propriedades existem no universo, ou de como podemos ter conhecimento ou crenças confiáveis sobre qualquer coisa.

O argumento de Dworkin é no sentido de que mesmo a forma seletiva do ceticismo arquimedeano é mal concebida, pelo seguinte motivo: todo argumento – na verdade, todo argumento inteligível – bem sucedido de que proposições valorativas não são verdadeiras nem falsas, deve ser interno ao próprio domínio valorativo, ao invés de ser arquimedeano. Assim, Dworkin acredita, por exemplo, que a tese de que não existe resposta certa sobre se o aborto é mal é ela própria uma afirmação moral substantiva, a qual deve ser julgada e avaliada da mesma forma como qualquer outra asserção moral substantiva. E continua: a tese de que não há resposta certa para a pergunta sobre como um artigo da Constituição deve ser compreendido é uma afirmação jurídica que deve, novamente, ser julgada ou avaliada como outras afirmações jurídicas; “Assim, mesmo essa forma seletiva de ceticismo deve ser limitada. Não podemos ser céticos, mesmo sobre os valores, até as últimas consequências” (DWORKIN, 1996, p. 89).

Essa sustentação de Dworkin irá culminar, como veremos mais à frente, na acusação de que Posner - ao apostar em uma “antiteoria”, a partir da rejeição da teoria moral para a solução de conflitos jurídicos e com embasamento em um “ceticismo” moral pragmático – está ele mesmo preso à uma afirmação moral substantiva (ver o tópico 2.1.4 “o novo buldogue de Darwin”).

A crença de Dworkin na existência de objetividade e verdade na moral ganhou ênfase com seu artigo *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it* (1996) e teve seu amadurecimento em *Justice for Hedgehogs*, de 2011 (Justiça para Ouriços, 2012). Dworkin acredita na existência de verdades objetivas sobre o valor⁸⁷. Afirma que algumas instituições são de fato injustas e que algumas ações são realmente erradas, independentemente de haver muita gente que acredite o contrário (DWORKIN, 2012, p. 19).

Dworkin (2012) afirma que, hoje em dia, grandes filósofos adotam uma perspectiva antagônica: acreditam que os juízos de valor – portanto, morais - devem ser compreendidos de uma forma totalmente diferente, a partir da admissão de que não há verdade objetiva sobre o valor que seja independente das crenças ou atitudes das pessoas que ajuízam o valor; defendem que devemos compreender as suas afirmações sobre o que é justo ou injusto, certo

⁸⁷Quando Dworkin utiliza o termo “valor”, refere-se aos valores éticos e morais que, para ele, formam uma unidade e são interdependentes. Um juízo ético refere-se àquilo que as pessoas devem fazer para viverem bem: aquilo a que devem aspirar ser e conseguir nas suas próprias vidas. Um juízo moral faz afirmação sobre como as pessoas devem tratar os outros (DWORKIN, 2012, p.13 e 36).

ou errado, como meras “expressões das suas atitudes ou emoções, ou como recomendações a serem seguidas pelos outros, ou como compromissos pessoais que assumem, ou como construções propostas de guias para suas próprias vidas”.

Entretanto, os filósofos que adotam tal posicionamento pensam que podemos viver vidas perfeitamente boas e intelectualmente mais responsáveis se abandonarmos o mito dos valores independentes objetivos e admitirmos que os nossos juízos de valor exprimem apenas as nossas atitudes e compromissos. Para Dworkin (2012), não poderiam estar mais completamente enganados em defender essa tese, seja em relação à nossa vida privada ou à nossa vida política.

Em relação à nossa vida privada, por exemplo, Dworkin acredita que a nossa dignidade exige que reconheçamos que o fato de vivermos bem não é apenas questão do fato de pensarmos que vivemos bem; no que diz respeito à política, seria a nossa política, mais do que qualquer outro aspecto de nossas vidas, que nos impede de repousarmos no luxo do ceticismo sobre o valor. Isso porque a política é coerciva: somente podemos estar à altura da nossa responsabilidade como governantes ou como cidadãos se supusermos que os princípios morais e outros em nome dos quais agimos ou votamos são objetivamente verdadeiros.

Nessa mesma perspectiva, a verdade de valores em nossas vidas privadas e na política está diretamente ligada à aceitação de uma teoria da justiça que também acredite na objetividade e verdade moral. Para Dworkin, numa sociedade, não basta que um governante ou votante declare que certa teoria da justiça em nome da qual age lhe agrada, ou que a teoria adotada exprime princípios políticos das tradições da nação e, por isso, não exigem maior verdade. Como bons cidadãos ou governantes, ter como pressuposto a crença na verdade é fundamental e esta é alcançada a partir da correta interpretação dos princípios conflituosos.

A história e política contemporânea de uma nação constituem um caleidoscópio de princípios conflituosos e de preconceitos mutáveis; qualquer formulação das tradições da nação deve, portanto, ser uma interpretação que tem de estar enraizada em assunções independentes acerca daquilo que é realmente verdadeiro. É claro que as pessoas discordarão sobre que concepção de justiça é realmente verdadeira. No entanto, aqueles que estão no poder têm de acreditar que o que dizem é verdade (DWORKIN, 2012, p. 20).

Portanto, Dworkin defende que a velha questão dos filósofos – os juízos morais podem ser realmente verdadeiros? – é uma questão fundamental e inevitável na moralidade política. Não se pode defender uma teoria da justiça sem defender, também, como parte do mesmo empreendimento, uma teoria da objetividade moral. Seria irresponsável tentar fazê-lo sem uma tal teoria.

2.1.2.1 A independência metafísica do valor

Na obra “justiça para ouriços” - penúltima de grande relevância de Dworkin antes de seu falecimento – o filósofo do direito sintetizou seu posicionamento a respeito da objetividade da moral⁸⁸ por meio da tese que ele denominou de “independência metafísica do valor”⁸⁹. Segundo Dworkin, trata-se da ideia familiar e absolutamente vulgar de que algumas ações – torturar bebês por divertimento, por exemplo – são erradas em si próprias, e não só porque as pessoas as consideram erradas. Continuariam a ser erradas mesmo que ninguém assim as considerasse. Portanto, “[...] qualquer princípio moral, por mais que esteja completamente inserido em nossa cultura, língua e prática, pode ser falso – ou, por mais que seja completamente rejeitado, pode ser verdadeiro” (DWORKIN, 2010, p.108).

A comprovação de que uma afirmação moral é verdadeira ou falsa é questão de juízo moral e de argumentação. Ao contrário do que muitos filósofos pensam, a verdade moral – independente da mente – contida em algum juízo moral, somente é inteligível a partir de um argumento moral que mostre que esse juízo continua a ser verdadeiro mesmo quando ninguém pense que o seja. Nesse sentido, não é possível sair do campo da moral. Ou seja, para Dworkin, trata-se de uma argumentação moral em defesa da afirmação moral que se questiona. Os juízos de valor são verdadeiros, sustenta Dworkin, quando são verdadeiros, não em virtude de alguma correspondência, mas sim face à defesa substantiva que deles pode ser feita. “O domínio moral é um domínio do argumento, e não do fato bruto e material” (DWORKIN, 2012, p. 21-23).

Uma vasta gama de filósofos morais contemporâneos sustenta que a ideia de verdade moral – que para muitos nem existe - nos leva a sair do campo da moral e entrar na metafísica. Consideram que existem entidades no mundo que sejam meios morais, as quais nos possibilitariam tornar verdadeiras as afirmações morais; mas também meios amorais, que nos permitiriam basear afirmações morais e torna-las objetivamente verdadeiras. Para Dworkin (2012), esse ponto de vista é equivocado e conduz a uma filosofia “colonial”, pois estabelece embaixadas e guarnições da ciência dentro do discurso do valor. Esse argumento ignora a crença de Dworkin de que no valor – moral e ética – existe independência e, por isso, falar-se em “independência do valor”.

⁸⁸De acordo com o próprio Dworkin, parece ser filosoficamente a ideia mais radical defendida por ele (DWORKIN, 2012, p. 20).

⁸⁹ Do original “metaphysical independence of value” (DWORKIN, 2011, p. 9).

A independência do valor, na perspectiva dworkiniana, acarreta em outra tese: a de que os vários conceitos e departamento do valor estão ligados e apoiam-se mutuamente. Por isso Dworkin acredita que não existem verdades não valorativas, de segunda ordem e metaéticas sobre o valor. Os juízos de valor podem ser verdadeiros e a verdade independe da correspondência com entidades morais especiais (DWORKIN, 2012, p. 23). Como as verdades morais são próprias do campo da argumentação, não dependem de instâncias metafísicas, daí a “independência metafísica do valor”.

Em síntese, as razões que temos para defender a falsidade ou veracidade de uma proposição moral são internas ao próprio domínio da moral e seria equivocado buscar um ponto de vista externo para sustentá-las. As razões que temos para acreditar que a escravidão é errada, por exemplo, são as razões que podemos expor em um debate moral (DWORKIN, 1996, p. 122).

Se a moralidade e os outros departamentos do valor são filosoficamente independentes, então as respostas às grandes questões sobre a verdade e o conhecimento moral devem ser procuradas nesses departamentos e não fora deles. Uma teoria substantiva do valor deve incluir - e não esperar por - uma teoria da verdade no valor. A inviabilidade de deixar o campo moral ao se realizar assertivas morais é assim esclarecida por Dworkin:

Que existem verdades sobre o valor é um fato óbvio e inevitável. Quando as pessoas têm de tomar decisões, a questão sobre que decisão tomar é inevitável e só pode ser respondida pela enunciação das razões por que se age de uma maneira ou de outra; só pode ser respondida desta maneira porque é aquilo a que a questão, tal como significa, faz inevitavelmente apelo. Não há dúvida de que, em certas ocasiões, a melhor resposta é que *nada* nunca é melhor do que fazer qualquer coisa. Algumas pessoas infelizes consideram inevitável uma resposta mais dramática: pensam que nada é *sempre* a melhor coisa, ou a mais certa, para fazer. Mas são juízos de valor, de primeira ordem, sobre o que fazer tão substantivos quanto as respostas mais positivas. Baseiam-se nos mesmos gêneros de argumento e reivindicam a verdade da mesma maneira. (DWORKIN, 2012, p. 36)

Para finalizar os apontamentos sobre a independência metafísica do valor, cabe salientar que Dworkin prefere que sua “tese independente” não seja classificada com base em nenhuma posição metaética tradicional. Nenhuma das classificações – seja o realismo moral, o construtivismo, o antirrealismo, a teoria metafísica amoral, ou qualquer outra – se adequa de forma exata ou deixa de se adequar exatamente. Todas, para ele, estão eivadas do mesmo erro: o de acreditar que existem questões filosóficas importantes sobre o valor que não devem ser respondidas com juízos de valor.

2.1.3 A abordagem judicial teórica e o elogio da teoria

Uma vez que existe uma necessária conexão entre direito e moral, Dworkin acredita que a teorização que envolve a moral na decisão judicial muitas vezes é indispensável. O papel da teoria no raciocínio jurídico e na prática jurídica é defendida com fervor pelo autor no artigo *In Praise of Theory* (1997), mais tarde incorporado como capítulo do livro *Justice in Robes* (2006)/ *A Justiça de Toga* (2010). Esse artigo consiste em respostas aos ataques pragmáticos de Richard Posner e também, em uma menor medida, aos ataques de Cass Sunstein.

Para demonstrar a imprescindibilidade da teoria, Dworkin retoma o exemplo da mulher que tomou medicamentos genéricos que resultaram em efeitos colaterais muito danosos - o caso fictício da Sra. Sonenson comentado no item 2.1.1 supra e também o conhecido litígio *Sindell vs. Abbot Labs* - além do *hard case* acerca da possibilidade de se queimar bandeiras⁹⁰ e questiona (2010, p. 72): Qual é a natureza de uma afirmação de que, por exemplo, os laboratórios farmacêuticos são, de acordo com o direito, conjunta e individualmente responsáveis? Ou de que a Primeira Emenda da Constituição norte-americana protege a queima de bandeiras? As respostas às perguntas dos exemplos utilizados por Dworkin estão ligadas a outra questão: a de saber qual é a maneira adequada de raciocinar ou apresentar argumentos sobre a veracidade de alegações de direito.

Para Dworkin, existem duas respostas que apresentam soluções distintas para essas perguntas. Uma delas é a abordagem prática, ou pragmática, defendida por Richard Posner. Segundo Dworkin, a abordagem pragmática defende que “uma decisão judicial é um acontecimento político e juízes, advogados e todos os que refletem sobre o direito devem voltar sua atenção para o problema prático imediato que qualquer acontecimento político apresenta. A única questão deveria ser: como podemos tornar as coisas melhores?” (DWORKIN, 2010, p. 73). Em contrapartida, o jusfilósofo destaca a maneira que ele considera adequada e, ao mesmo tempo, indispensável e indissociável de raciocinar e apresentar argumentos sobre as alegações de direito nos casos jurídicos, qual seja, a abordagem teórica:

Raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos, como os que descrevi, uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de

⁹⁰Trata-se do litígio *Texas vs. Johnson U.S 397 (1989) n° 491*.

moralidade política. Na prática, é impossível refletir sobre a resposta correta a questões de direito a menos que se tenha refletido profundamente (ou se esteja disposto a fazê-lo) sobre um vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos acerca do significado da responsabilidade civil, por exemplo, ou do significado da liberdade de expressão em uma democracia, ou da melhor compreensão do direito à liberdade de consciência e à tomada de decisões éticas pessoais. (DWORKIN, 2010, p. 73)

Dworkin sustenta que apesar de a abordagem prática parecer ser tão equilibrada, sensata e norte-americana, enquanto a abordagem teórica possa parecer abstrata, metafísica e deslocada quando se tem um trabalho pela frente, a abordagem teórica é inevitável. Afirma que a alternativa prática padece de um mal irreparável: não possui nada de prática.

No caso ilustrativo da mulher que tomou medicamentos prejudiciais para sua saúde, por exemplo, é possível alcançar o ponto de vista de Dworkin da imprescindibilidade da teoria: se os juízes decidissem, assim como fez a Suprema Corte da Califórnia⁹¹, que os laboratórios farmacêuticos são conjunta e individualmente responsáveis por danos que alguns deles não causaram, que tipo de afirmação seria essa? Segundo Dworkin (2010) essa afirmação seria do tipo interpretativa: ela alega que há princípios de tal modo inseridos em nossa prática jurídica que, quando os aplicamos ao caso em questão, eles dão (ou não) o direito ao demandante a uma decisão contrária aos laboratórios farmacêuticos enquanto grupo.

Portanto, percebe-se em Dworkin que muitas das vezes o direito é fruto de uma atividade interpretativa, capaz de revelar o que ele denomina metaforicamente de “princípios inseridos na prática”⁹². Essa metáfora “[...] pretende sugerir que justificamos as alegações jurídicas ao demonstrar que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificação de uma prática jurídica mais geral na área do direito em que se situa o caso” (DWORKIN, 2010, p. 75).

Assim, é nesse sentido que podemos dizer que, conforme uma concepção dworkiniana, uma alegação de direito é equivalente à afirmação de que um ou outro princípio oferece uma melhor justificação de algum aspecto da prática jurídica. Melhor no sentido interpretativo, isto é, porque tal princípio se ajusta de forma mais adequada à prática jurídica, colocando esta sob uma luz mais favorável. A descoberta da adequação ou não do princípio que se pretende

⁹¹Vide *Sindell vs. Abbott Labs 3d 588 (1980) n° 26*.

⁹²Para Dworkin, é certo que os juristas constantemente discordarão quanto a qual conjunto de princípios oferece a melhor justificação para o direito discutido. No caso dos medicamentos, por exemplo, alguém poderia apresentar o princípio de que as pessoas são responsáveis pelo dano que causam por negligência, ainda que não intencional, mas não por qualquer dano que não causem. Se esse princípio fosse considerado como aquele que oferece a melhor justificação, então os laboratórios farmacêuticos ganhariam e a demandante perderia, eis que ela não teria como provar que qualquer um deles lhe causou qualquer dano. (DWORKIN, 2010, p.75)

utilizar para aplicação em um caso concreto é suscetível ao que Dworkin denomina de “ascensão justificadora”. Por meio dela, “[...] afastamos nosso olhar por um instante dos casos particulares que parecem mais pertinentes no momento e olhamos para as áreas adjacentes ao direito, ou, talvez, quando afastamos bastante nosso olhar e fazemos um exame geral [...]” (DWORKIN, 2010, p. 76).

A ascensão justificadora é um instrumental teórico utilizado da seguinte forma: se formos guiados por uma ascensão justificadora ao interpretar o caso da mulher que tomou os medicamentos, por exemplo, seria necessário fazer um exame da responsabilidade civil por acidentes, do direito constitucional como um todo e até mesmo de nossos pressupostos sobre poder e responsabilidade judicial. Ao imergir na ascensão justificadora, podemos encontrar uma série de “ameaças” ao princípio que utilizaríamos *a priori* para a aplicação em um caso, permitindo, portanto, que enxerguemos nossas práticas jurídicas sob o que Dworkin denomina de “a luz mais favorável”.

O que Dworkin tenta deixar claro é que a concepção teórica defendida por ele não é apenas uma alternativa de abordagem judicial, mas sim uma descrição fidedigna do raciocínio jurídico e de como podemos discutir adequadamente algumas afirmações sobre o que é o direito. O raciocínio jurídico, por sua vez, pressupõe um vasto campo de justificação, aí incluídos princípios bastante abstratos de moralidade política.

Identificar algum direito, para Dworkin, implica em um exercício interpretativo, sendo que essa identificação é, portanto, suscetível à ascensão justificadora. Se a comunidade disser a um juiz que “a Constituição é o direito em seu sentido mais alto, e o seu trabalho consiste em dizer o que ela significa”, então essa orientação exigirá uma necessária “digressão” pelos domínios da moralidade política.

A partir dessa perspectiva, Dworkin rechaça a ideia de que a descoberta e a aplicação do direito possam ser separadas de um campo teórico. Não quer dizer que juristas, juízes ou quaisquer outras pessoas estarão de acordo com quaisquer questões teóricas profundas que a ascensão justificadora venha a interpor em seu caminho. É natural que não estejam de acordo e é por esse motivo que existem votos dissidentes nas Cortes Superiores e até mesmo opiniões contraditórias nas salas de aula. Mas isso não quer dizer que o direito não esteja submerso em um campo teórico. Nas palavras de Dworkin: “Eu apenas quis dizer que o direito é um campo em que as teorias são abundantes, e que os juristas conscientes compreendem isso, ainda que não cheguem a um acordo sobre qual teoria está sendo aplicada neste ou naquele momento” (DWORKIN, 2010, p. 82).

Para Dworkin (2010), a descrença na teoria é uma característica marcante do final do século XX. A rejeição é fruto de ataques provenientes de diversos frentes como: pós-modernistas, pré-estruturalistas, desconstrucionistas, adeptos dos Estudos Jurídicos Críticos, pensadores da teoria racial crítica e milhares de outras legiões do exército antiteórico. Alguns dizem que a teoria é mistificação, outros afirmam que é opressão, e muitos que ela é ambas as coisas. Dworkin afirma que a “horda antiteórica” é vasta, mas que a tendência crítica dominante no âmbito jurídico reside na Escola de Chicago, mais especificamente representada pelo juiz Richard Posner e o professor Cass Sunstein. Ambos apresentam opinião semelhante contra o uso da teoria moral ou abstrata na argumentação jurídica, sendo que, na concepção de Dworkin, esta pode ser reunida debaixo de três tópicos: i) o metafísico, ii) o pragmático e iii) o profissional.

O primeiro tópico, denominado por Dworkin de (i) metafísico, é patente no pragmatismo de Richard Posner, o qual, pretendendo descreditar o papel da teoria no direito, pode ser sintetizado da seguinte maneira: não existe realidade moral ou direitos objetiva e transcendentalmente básicos. Não existem, também, respostas objetivamente corretas sobre a moralidade política que possam ser descobertas por juízes, juristas ou quem quer que seja, pois as afirmações que fazemos sobre nossas convicções são todas simples criações de – parafraseando Wittgenstein – “jogos de linguagem”⁹³.

Nesse sentido, nossas convicções acerca de assuntos fundamentais, como saber se o genocídio é uma iniquidade, se a discriminação racial é injusta ou se a liberdade de expressão é um direito absolutamente fundamental, são apenas criações de nossa “realidade moral” à qual recorreremos. Assim, a liberdade de expressão, por exemplo, é um direito básico somente em nosso jogo de linguagem local, e não um direito objetiva e transcendentalmente básico. Dworkin (2010) acusa Posner de defender a ideia – “espantosa” – de que a linguagem cria o nosso universo moral ao invés de descrevê-lo.

Segundo Dworkin, para o “crítico metafísico”, dizer que “o genocídio é perverso”, ou que “a discriminação racial é injusta” é apenas expressar uma opinião, com a qual a pessoa que faz esse tipo de afirmação e outros membros da comunidade linguística ou interpretativa concordam. Todavia, creemque não é possível afirmar que essas proposições são

⁹³Segundo Glock (1998), é a partir de 1932 que Wittgenstein estende a analogia do jogo à linguagem como um todo, e não só a sistemas axiomáticos, surgindo o termo “jogo de linguagem”, pois, de início, o termo era utilizado sem distinção ulterior, como um equivalente de “cálculo” e tinha como principal função destacar as várias semelhanças entre linguagens e jogos, assim como a analogia com o cálculo delineava semelhanças entre linguagens e sistemas formais. O termo “jogo de linguagem” deve-se ao fato de que, assim como um jogo, a linguagem é composta por regras constitutivas, as regras de gramática “profunda” que tornam inteligível a comunicação e possível a interação. O jogo de linguagem é uma categoria central em Wittgenstein (1999) e seu propósito central é chamar a atenção para as semelhanças entre a linguagem e os jogos.

objetivamente verdadeiras e que sua veracidade se baseia na realidade. Richard Rorty, um dos representantes do pragmatismo, é duramente criticado por Dworkin⁹⁴ justamente por sustentar essa ideia.

Rorty também é defensor da tese metafísica e formulou essa distinção da seguinte maneira: afirmou que, como todos sabemos, é claro que as montanhas existem. Já existiam antes dos seres humanos, e provavelmente continuarão a existir por muito tempo depois do desaparecimento deles. Todavia, disse que se o questionássemos: as montanhas existem como parte da “Realidade Como Ela Realmente É?”, exatamente dessa forma, então ele diria que “não”, que “afirmar isso é ridículo”. Para Rorty, a existência das montanhas não faz parte da “Realidade Como Ela Realmente É”, sendo a sua existência apenas decorrência de um jogo de palavras que fazemos. Para Dworkin (2010), porém, é humanamente impossível perceber que significado se pode dar à segunda proposição que a faça significar algo realmente diverso da primeira. Dworkin acredita que não há diferença entre as afirmações, seja no exemplo das montanhas ou mesmo em outros:

Vamos supor que afirmemos que o genocídio é perverso, ou que a discriminação racial é injusta, ou que a clitorectomia é horrível, ou que a liberdade de expressão é essencial. Em seguida acrescentaremos que cada um desses juízos de valor é apenas a nossa opinião; que nenhum deles é objetivamente verdadeiro. Devemos estar partindo do pressuposto de que há uma diferença de sentido entre as duas proposições seguintes. A discriminação racial é injusta. A discriminação racial é objetivamente injusta. Mas não conseguimos encontrar essa diferença. (DWORKIN, 2010, p. 87)

Dworkin acusa Posner de seguir a linha de Rorty, ao reproduzir o discurso do argumento metafísico de objeção à teoria. O juiz de Chicago diz que não deseja fundamentar suas recomendações em nenhuma tese filosófica: considera que seus pontos de vista sobre a decisão judicial são independentes. São pontos de vista, segundo ele, que estão ancorados não em alguma teoria geral, mas em atitudes: “Os adjetivos que usei para caracterizar a posição

⁹⁴A visão dworkiniana do pragmatismo filosófico de Rorty pode ser assim resumida: segundo Dworkin (2010, p. 54), “Rorty diz que devemos abandonar a ideia de que a indagação jurídica ou moral, ou mesmo científica, é uma tentativa de descobrir o que realmente é assim, o que o direito realmente é, o que os textos realmente significam, que instituições realmente são justas ou como é, de fato, o universo. Deveríamos desistir da ideia de que um vocabulário de conceitos ou um conjunto de proposições pode ser mais fiel do que outro para alguma “realidade” de existência independente. Em vez disso, deveríamos admitir que nosso vocabulário é apenas o único que temos, aquele que parece atender aos nossos interesses ou ser útil para nós. Deveríamos também aceitar o fato de que, quando esse vocabulário de ideias e proposições deixar de parecer útil – deixar de atender aos nossos interesses – podemos e devemos mudá-lo, para ver “como nos saímos” com um vocabulário diferente. Assim compreendida, a indagação é experimental. Experimentamos novas ideias para ver como elas funcionam, para ver quais ideias ou vocabulários se mostram úteis ou interessantes”.

pragmática – prática, instrumental, voltada para o futuro, ativista, empírica, cética, antidogmática, experimental – não são aqueles que vêm à mente quando se considera, digamos, a obra de Ronald Dworkin” (POSNER, 1997, p. 11).

Desse modo, lança mão da segunda frente antiteórica, a ii) “pragmática”. O capítulo 1 deste trabalho cuidou de descrever e apontar as principais características da abordagem judicial pragmática. Foi citado, inclusive, que um dos princípios da adjudicação judicial pragmática é o de que “o pragmatismo legal é empiricista”. Também restou esclarecido em que sentido a abordagem pragmática é experimental. Ora, na concepção de Dworkin (2010, p. 91), a abordagem teórica da decisão judicial também é experimental, talvez até mais que suas concorrentes: “Ela recomenda que a decisão judicial seja imaginativa em relação a princípios, de modo que um juiz possa propor, como a melhor interpretação de uma área do direito, um princípio que não havia sido reconhecido no passado [...]”.

Assim, Dworkin alega que se Posner pretende desqualificar a abordagem teórica por considerá-la insuficientemente experimental, somente pode ter em mente um sentido diferente de experimental: não experimental em teoria, mas experimental no lugar da teoria. Ou seja, na perspectiva de Posner, juristas e juízes devem experimentar soluções diferentes para os problemas com que se deparam para verem quais funcionam, sem levar em consideração quais são recomendadas ou endossadas por alguma teoria de peso. Devem concentrar-se nos problemas práticos que têm diante de si e perguntar-se quais, dentre as soluções disponíveis, realmente tornariam as coisas melhores.

Entretanto, Dworkin formula um questionamento de crucial importância: ser experimental descartando a teoria é um conselho útil? A resposta do jusfilósofo a esse questionamento, ao ressaltar a importância da teoria, chega a ser irônico:

Suponhamos que o seu carro quebrou numa solitária noite de inverno, longe de qualquer possibilidade de ajuda. O motor parou e o carro não dá partida. Pode um bom conselho dizer: “Não reflita sobre a física do motor de combustão interna, apenas tente fazer várias coisas para ver qual delas funciona”. Por exemplo, pode ser que se você virar o chapéu ao contrário, fechar os olhos e girar a chave, o carro se ponha em movimento; se isso acontecer, não discuta com ele, simplesmente comece a dirigir. Em tais circunstâncias, o conselho de Posner pode parecer útil. Mas imagine agora que você é um cosmólogo tentando imaginar qual é a idade do universo. Você ficaria perplexo se Posner lhe dissesse para não se preocupar com o que é realmente verdadeiro, mas somente com o que funciona. É desconcertante que nos digam para não nos preocuparmos com a verdade quando é exatamente ela que nos preocupa (DWORKIN, 2010, p. 91 e 92).

No caso da Sra. Sorenson, sempre utilizado como ilustração, por exemplo, Dworkin nos convida a imaginar o juiz tentando decidir se os laboratórios farmacêuticos são, de fato, conjunta e individualmente responsáveis pelo dano que a paciente sofreu, apesar da circunstância de que a maioria deles não causou esse dano. Seguindo o experimentalismo de Posner, o juiz poderia ser convencido de que ele não deve se preocupar com o que é realmente verdadeiro e sim tentar descobrir o que realmente funciona. Mas, aqui, o conselho demonstra-se inútil, pois o magistrado tem de decidir sobre o que é verdadeiro a respeito de um grande número de questões – por exemplo, a respeito do que é justo no caso concreto – antes de poder decidir sobre o que “funciona”, porque, nesse caso, o juiz não dispõe de nenhum critério independente que lhe diga o que significa “funcionamento” (DWORKIN, 2010, p. 92).

É nesse sentido que Dworkin acredita que um magistrado buscar somente “o que funciona” pode ser absurdo em diversas situações. No caso de se discutir o aborto, por exemplo, a indispensabilidade da teoria é patente. Para Dworkin (2010), em casos como esse, os juízes e juristas, bem como filósofos, na tentativa de resolver a torturante questão, consideram importante buscar uma resposta a questionamentos essencialmente teóricos como: saber se o feto tem interesses próprios durante os dois primeiros trimestres de gravidez. Em nada ajudaria supor que, ao decidir sobre a legalidade do aborto, deveríamos parar de nos preocupar com questões tão difíceis e nos limitarmos a perguntar qual solução funcionaria. Nas palavras do filósofo do direito (2010, p. 93): “No direito e na moral, particularmente, o conselho de evitar questões espinhosas mediante a tentativa de ver ‘o que funciona’ não é apenas inútil. É incompreensível”.

Dworkin denomina a terceira modalidade de objeção à abordagem teórica da decisão judicial de iii) “objeção profissional”.

Nesse tipo de objeção, os críticos afirmam que os juízes e aplicadores do direito são apenas juristas e não filósofos. Argumentam que quando ingressam na faculdade de direito, são ensinados a pensar como advogados, não a filosofar; e que advogados não tentam decidir insondáveis questões teóricas relacionadas à moral ou à política. Professores da Faculdade de Direito de Chicago – destacando-se Richard Posner - são os maiores defensores da objeção profissional à teoria. Edward Levi (2005), outrora reitor dessa universidade, afirmava que pensar como um jurista consiste não em aplicar vastas estruturas teóricas a questões jurídicas distintas, mas sim em raciocinar por analogia, de um grupo de decisões jurídicas concretas a outro. CassSunstein (1996), professor da mesma faculdade, também sugeriu que os juristas e

os juízes devem se abster de aventurar-se nos domínios mais abstratos da teoria moral e política.

Entretanto, Dworkin considera absurda a crença de que o juiz possa escolher quando se abster de entrar nos campos da moral. Não é possível que os juízes, *a priori*, estabeleçam um limite à escalada justificadora para a qual o problema irá leva-los, pois é a natureza da indagação em si – os problemas por ela gerados ao longo de seu desenvolvimento – que irá determinar o nível teórico que deve ser explorado, e isso não pode ser conhecido nem estipulado de antemão.

Dessa forma, decidir, por exemplo, se os laboratórios farmacêuticos são conjuntamente responsáveis exige que o juiz se pergunte se é justo, naquele caso, de acordo com critérios inscritos na tradição em que está inserido este juiz, impor responsabilidade na ausência de qualquer nexos causal. E isso, para Dworkin, é exigência do direito como integridade, que pede ao magistrado que prossiga em sua investigação expandindo seu escopo teórico se e como for necessário.

O direito como integridade é característica marcante na teoria jurídica de Dworkin. A tese do Direito como integridade é profunda e muito bem detalhada na obra *Law's Empire* (1986)/“O Império do Direito” (1999). Em “O Império do Direito”, Ronald Dworkin (2007) afirma ser necessário procurar a melhor concepção de direito no sentido de “construção teórica que mais bem explica” ou “justifica” o uso da “força estatal”.

Para compreender a integridade proposta por Dworkin, é importante ter em mente que “ser íntegro” (além de “honesto”) expressa ser “congruente” em relação a certos princípios de retidão moral. Nesse sentido, “respeitar” ou “ser congruente” com determinadas referências assumidas ou que se deve assumir, faz jus à descrição do direito como integridade. Dessa forma, como virtude política, Dworkin enfatiza que a “integridade” requer que os legisladores criem um direito que seja coerente com a estrutura dos princípios que fundamentam a existência desta prática social; e, por sua vez, que os juízes, ao decidirem, não percam de vista que suas decisões devem fazer parte desse todo coerente (SGARBI, 2009, p. 188).

Para Dworkin, por mais que seja difícil um caso jurídico, os juízes devem sempre buscar em suas decisões a melhor prática interpretativa à luz da perspectiva de integridade: “Os membros de uma sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam” (DWORKIN, 1986, p. 254 e 255).

E, na busca da coerência do sistema jurídico realizada pelo juiz, o legislador contribui substantivamente:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 1986, p. 220).

O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 1986, p. 221 e 222).

Dworkin (2006, p. 133) acredita que a integridade no direito possui várias dimensões. Destacam-se três delas: i) em primeiro lugar, ela insiste em que a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas (e aqui visualizamos uma clara contraposição com a abordagem pragmática que se pauta, basicamente, em estratégias voltadas para o futuro); ii) em segundo lugar, a integridade se aplica verticalmente: se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do nosso arranjo constitucional; iii) em terceiro lugar, a integridade se aplica horizontalmente: um juiz que aplica um princípio deve dar plena importância a esse princípio nos outros pleitos que decide ou endossa.

É a partir dessa perspectiva, da essencialidade da teoria e do direito como integridade, que Dworkin ataca a inviabilidade do pragmatismo jurídico. Nesse sentido, as propostas de Edward Levi e de Cass Sunstein, que afirmam que para decidir casos difíceis os juízes não devem se voltar para níveis teóricos mais abstratos, mas, por analogia, para algo mais próximo da prática advocatícia, é, para Dworkin (2010), um contraste falso, pois, parafraseando Kant, “sem teoria, a analogia é cega”⁹⁵.

Dworkin considera que uma analogia é uma maneira de afirmar uma conclusão, e não de chegar a uma conclusão, sendo que o verdadeiro trabalho deve ser feito pela teoria. Seria impossível encontrar respostas para questões profundas - como: O aborto assemelha-se mais ao infanticídio ou à apendicectomia? O fato de considerar todos os laboratórios farmacêuticos

⁹⁵Existe uma conhecida máxima kantiana que afirma: “a experiência sem teoria é cega, mas a teoria sem experiência é mero jogo intelectual”.

responsáveis seria mais semelhante a considerar responsáveis pessoas que, na verdade, não causam danos, ou mais semelhante a procurar pessoas que não tivessem absolutamente nada a ver com um acidente e fazê-las pagar por seus custos? – sem “mergulhar de forma profunda” na teoria. Outras perguntas básicas, e de fundo teórico, devem ser formuladas antes mesmo de responder as perguntas iniciais, como: perguntas sobre a relação causa e responsabilidade, ou porque a liberdade de expressão tem importância especial, ou de que modo o valor intrínseco da vida é mais bem compreendido e expresso.

Trata-se, portanto, de uma teoria que suscita questões morais e que, para Dworkin, é indispensável para muitas decisões judiciais. Dworkin resume a sua defesa à teoria dizendo que, apesar da revolta contra esta que se enfatizou no final do século passado, tanto no direito quanto no resto do cenário intelectual, ignorar o importante papel da teoria jamais será a solução.

A partir de uma espécie de relativismo filosófico, o qual sustenta que a verdade em geral e em especial a verdade sobre a moralidade política são criadas por nossas práticas e que, no que diz respeito a essas questões, não existe nenhuma verdade que seja independente de uma língua ou cultura específica, uma antiteoria tem se fantasiado de modéstia. A modéstia intelectual pode até parecer o oposto de um enorme leque de males como: o racismo, o sexismo, que pressupõe superioridade, das ambições dos metafísicos e dos criadores de sistemas, que parecem arrogantes.

Entretanto, Ronald Dworkin (2010, p. 104) afirma que é uma armadilha confundir uma postura antiteórica com modéstia. “O experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista⁹⁶ [...]”.

Para Dworkin (2010), a verdadeira modéstia não se reveste de antiteoria. Ao contrário. Na realidade, a verdadeira modéstia é uma atitude, não uma vocação. Assim, ser modesto não significa dar as costas e ignorar difíceis questões teóricas sobre nossos papéis e nossas responsabilidades enquanto pessoas, cidadãos e autoridades, mas sim enfrentar essas questões com uma energia e uma coragem forjadas numa nítida percepção de nossa própria falibilidade.

A alternativa, sugerida por Posner e outros que se dizem práticos, não evitaria a teoria moral, mas manteria o seu uso obscuro, oculto sob o conhecido frenesi jurídico como o misterioso ofício do raciocínio por analogia do direito (DWORKIN, 2010, p. 105). É bem

⁹⁶ Embora Posner não concorde com essa afirmação. Vide tópico 1.1 desta dissertação.

verdade que os juízes não possuem formação em filosofia, e Dworkin até concorda com isso. Mas se ele estiver correto, contudo, não nos resta opção a não ser pedir-lhes que se defrontem com questões que, de tempos em tempos, são filosóficas. O direito está mergulhado no domínio da teoria e aconselhar que juízes sempre busquem, em suas decisões, o que “funciona”, ignorando a teorização e a reflexão moral e filosófica, é inútil e até mesmo prejudicial.

2.1.4 O novo buldogue de Darwin

Outra compilação dos (contra)ataques de Dworkin a Posner encontram-se no artigo denominado *Darwin's new bulldog*⁹⁷(1998), também agregado posteriormente à obra “a justiça de toga” (2006). Neste artigo Dworkin não só ressaltou o importante papel da teoria moral, mas também desqualificou as acusações de Posner dizendo que sua própria abordagem “antiteórica” da decisão judicial está ela própria presa à uma teoria moral. Senão, veja-se:

Para Dworkin, os argumentos levantados por Posner em seus “ataques” são malsucedidos e uma questão premente que deve ser ventilada é: apesar de suas declarações em contrário, Dworkin afirma que Posner “pode estar preso a uma teoria moral substantiva e não instrumentalista que ele próprio não admite plenamente, ou talvez não se identifique” (DWORKIN, 2010, p. 108).

Segue dizendo que embora as conferências⁹⁸ e escritos do magistradotem demonstrar que tanto as pessoas comuns quanto os juízes podem e devem abrir mão da teoria moral, seus próprios argumentos recorrem o tempo todo a essa teoria. Isso porque, para

⁹⁷Posner (2010), acredita que a teoria da evolução de Darwin serviu de apoio para argumentos pragmatistas insurgentes. Ela teria nos feito perceber que nossa inteligência é essencialmente instrumental e não contemplativa. O raciocínio teórico, nesse sentido, dá continuidade ao raciocínio prático, não sendo uma faculdade humana separada. Como, para Darwin, somos apenas animais inteligentes, com capacidades intelectuais voltadas para manipular nosso ambiente físico e social, os pragmatistas acreditam que não podemos ser otimistas sobre nossa habilidade para descobrir entidades metafísicas, se é que elas existem. Acreditam que não devemos ter esperanças de conhecer o universo como ele realmente é, ou seja, o universo metafísico, porque fazê-lo nos exigiria a capacidade de sairmos de nós mesmos e comparar o universo como realmente é, com nossas descrições dele. Aí, talvez, resida a explicação de Ronald Dworkin ter dado o irônico título a um de seus artigos - cujo conteúdo consiste em basicamente criticar as concepções pragmáticas de Richard Posner aplicadas ao direito - de “O novo buldogue de Darwin”.

⁹⁸O livro central em que a tese antiteórica de Posner é sustentada – *The problematics of moral and legal theory/ A problemática da teoria moral e jurídica* – nasceu como fruto de uma série de palestras apresentadas em 1997: duas Palestras “Holmes” em Harvard, a palestra James Madison na Universidade de Nova York e a Palestra J. Byron McCormick na Universidade do Arizona. Por isso, quando nos referimos às afirmações de Posner contidas em suas “conferências” referimo-nos a essas palestras e, por conseguinte, ao seu livro “A problemática da teoria moral e jurídica”.

Dworkin, Posner não consegue perceber uma diferença crucial entre a filosofia moral, por um lado, e a sociologia, antropologia e psicologia morais, de outro. Essa diferença pode ser facilmente percebida da seguinte maneira: imaginemos uma proposição moral específica, por exemplo, que ‘a clitorectomia constitui sempre um erro’.

Tal proposição remete a diferentes domínios intelectuais. Se, com base nessa proposição, fizermos questionamentos do tipo “a maioria das pessoas em todo o mundo tem uma posição consensual acerca de convicções morais importantes?”; “Em caso contrário, quão grande é a diversidade de opinião?”, então estaremos no campo da sociologia moral. Estaremos no domínio da antropologia moral, contudo, se o questionamento for: “o que explica melhor de que modo os seres humanos desenvolveram a tendência a emitir juízos sobre o que é certo ou errado do ponto de vista moral?”. Um terceiro domínio refere-se à psicologia moral, onde podem ser feitas formulações do tipo: “o que leva as pessoas a mudarem seus pontos de vista morais quando estes já estão formados, ou a adquirir outros?”. O quarto e último domínio é o da moral em si. A moral em si questiona: “a clitorectomia é moralmente errada?”; “é errada em toda parte ou em lugar nenhum, ou somente nas culturas sem determinadas tradições ou circunstâncias especiais?”. Para Dworkin (2010) existem ligações entre esses campos, mas ele deixa muito claro a importância em reconhecer que o último domínio, o da moral em si, é conceitualmente distinto de qualquer um dos outros.

O grande argumento de Dworkin é: as principais afirmações de Posner em suas conferências – agregadas à obra *The Problematics of Moral and Legal Theory*(1999)/“A problemática da teoria moral e jurídica” (2012)- são em sua grande maioria relacionadas ao campo da moral em si, e não dos três outros. Suas afirmações são mais “de” moral do que “sobre” a moral⁹⁹ e, segundo Dworkin, se fossem de fato apenas “sobre” a moral, não contestariam a opinião de seus alvos, como o próprio Dworkin.

Segundo Dworkin, toda a construção de Posner – a qual alega, em sua “versão forte”, que a teorização moral não é capaz de fornecer qualquer fundamento útil para os juízos morais – é em si uma afirmação substantiva da moral. Dworkin acredita que o único argumento que poderia sustentar uma posição moral substantiva, inclusive aquelas pelas quais Posner se diz atraído, é um argumento moral (DWORKIN, 1996, p. 87). Nas palavras do teórico, “é evidente que essa própria tese é um juízo moral de natureza teórica e global, pois o

⁹⁹Para Dworkin, talvez o juiz Posner possa até ter dado conta em determinado momento da diferença entre os três primeiros domínios (sociologia moral, antropologia moral e psicologia moral) e o último (moral em si), pois estabelece uma distinção em sua obra entre questões “sobre” a moral, que incluem os três primeiros domínios, e questões “de” moral, que constituem o quarto domínio, declarando que suas conferências só dizem respeito ao “sobre”. Para melhor compreensão, ver o que Posner (2012, p. 21) escreveu a respeito.

fato de se questionar se algum tipo de afirmação moral oferece “base sólida” para outra já constitui, em si, uma questão moral” (DWORKIN, 2010, p.116).

Portanto, conforme Dworkin, Posner somente poderia defender sua “tese forte” com uma teoria moral substantiva de sua própria criação. Uma dessas teorias, por exemplo, é o niilismo moral, que afirma que nada é moralmente certo ou errado; o niilismo, segundo Dworkin, seria capaz de justificar a afirmação de que nenhum argumento teórico pode oferecer uma boa razão para se considerar um ato como certo ou errado.

Todavia, Posner além de negar que seja niilista moral, descreve-se a si mesmo como relativista moral, querendo indicar com isso que acredita que existam afirmações morais válidas, “aquelas que atendem aos critérios para a declaração da validade de uma afirmação moral”. Mas afirma que esses critérios são locais e relativos ao código moral da cultura particular em que se defende tal afirmação. Para Dworkin, Posner é incoerente ao defender essa versão de relativismo.

Se o relativismo anunciado por Posner fosse de fato verdadeiro, dessa forma, junto com as informações gerais sobre “o código moral de uma cultura particular”, ofereceria também uma “base sólida” para afirmações morais no âmbito dessa cultura. Alguns dos próprios alvos de Posner em sua “antiteoria moral”, como John Rawls e Ronald Dworkin, sustentam argumentos que seriam aceitos por relativistas morais, mesmo eles não sendo relativistas. Por exemplo, Dworkin diz que os argumentos de Rawls frequentemente se enquadram como uma demonstração das implicações dos princípios e ideais existentes na cultura pública moderna, enquanto os seus próprios argumentos sobre o direito constitucional são também interpretativos de uma cultura política particular (DWORKIN, 2010, p. 385). Ou seja, um relativista moral não negaria que alguns dos argumentos de Rawls e Dworkin oferecem uma base sólida para juízos morais independentes.

O fato é que, segundo Dworkin, nenhuma forma minimamente plausível de relativismo- entendido por ele como uma teoria moral substantiva, e não apenas como um segmento da sociologia moral - seria capaz de justificar o que está por trás da “versão forte” do argumento de Posner: a de que nenhuma teoria ou argumento moral geral pode convencer uma pessoa a aceitar um juízo moral que ela inicialmente rejeita. A partir da refutação desse argumento de Posner, Dworkin faz uma de suas mais enfáticas defesas à teoria moral. O teórico do direito afirma que as pessoas podem ser convencidas por um argumento moral, desde que este “tome conta” da sua imaginação. E a imaginação, continua, pode assumir várias formas, sendo que uma delas é o anseio de muitas pessoas pela integridade ética e moral:

Elas – as pessoas – querem que suas vidas reflitam suas convicções, e que estas sejam verdadeiras. Isso basta, por si só, para explicar o modo como níveis diferentes de reflexão, e mesmo tipos diferentes de teoria moral acadêmica, podem ter um impacto sobre tais pessoas. Algumas delas querem mais do que integridade: querem uma concepção de um modo de vida – e de vida em comunidade – que possa, ao mesmo tempo, inspirar e justificar, e esse desejo explica por que o que há de melhor na filosofia moral vem sobrevivendo há séculos, e mesmo há milênios (DWORKIN, 2010, p.119).

Dworkin utiliza a sabedoria popular e a opinião de grandes historiadores para afirmar que, no fim das contas, as ideias “às vezes movem montanhas e exércitos” e Posner não pode apresentar nenhuma evidência empírica do contrário. O fato de uma consciência moral ter valor de sobrevivência¹⁰⁰ em nossa espécie dificilmente mostra que essa consciência moral não inclui nenhuma aspiração de integridade e coerência.

O fato de que algumas pessoas de grande cultura terem sido culpadas de crimes morais no passado - como Hitler, por exemplo – fez com que Posner (2012) afirmasse que até mesmo a formação e o estudo da moral pelos juristas e filósofos acadêmicos das universidades ocidentais os tornariam, de algum modo, ineptos para o convencimento moral. Dworkin diz que esses dados não valem como argumento.

Somente um relato absurdamente complexo e discriminador seria capaz de apresentar os impactos da argumentação moral sobre a conduta e a crença; e isso seria feito a partir de uma distinção entre impacto imediato e impacto retardado, registraria a grande variedade de formas em que este último impacto poderia ser mediado através das diferentes culturas popular e levaria em conta tanto a qualidade do argumento quanto a habilidade e a reputação do argumentador, além de chamar atenção para milhares de outras variáveis culturais e sociológicas das quais este impacto dependeria.

Portanto, para Dworkin (2010), questionar se a argumentação moral muda de fato a mente das pessoas não passa de uma questão muito mal colocada, e seria preciso muito empenho para torná-la respeitável. Dessa forma, qualquer resposta nua e crua à pergunta “A argumentação moral muda mesmo a mente das pessoas?”, como “sempre” e “nunca”, devem ser rejeitadas. Isso porque, em suas palavras, somente um “otimista imensamente estúpido poderia pensar que bons argumentos morais sempre derrotam o egoísmo inicial ou a inclinação em contrário”; e, por outro lado, “só um cínico dogmático poderia insistir que os

¹⁰⁰Dworkin faz essa afirmação criticando o posicionamento de Posner (2012, p. 51) ao dizer que o altruísmo entre as pessoas não se trata de uma obrigação moral, mas tão somente uma tendência em ajudar parentes da mesma espécie. Tal tendência seria um mecanismo desenvolvido como adaptação junto com o processo evolutivo do homem.

argumentos morais nunca fazem absolutamente nenhuma diferença, por melhor que sejam os argumentos ou por mais atenuado que seja o impacto”.

Apesar de Posner demonstrar-se claramente atraído pelo último ponto de vista, Dworkin diz que o juiz não oferece nada para sustentá-la além de uma dose mínima de racionalismo *a priori* e de alguns casos ilustrativos dos seus “porquês”.

A tese fraca, ou “versão fraca” do argumento antiteórico de Posner também é refutado por Dworkin. A versão fraca sustenta que, qualquer que seja a força que a teoria moral possa ter na vida comum ou na política, os juízes devem ignorá-la, eis que eles dispõem de recursos melhores para defender seus objetivos especiais. Dworkin diz que esse argumento é falacioso, uma vez que Posner ignora a independência da moral¹⁰¹.

Ronald Dworkin (2010) refuta Posner com o exemplo clássico da Sra. Sorenson e afirma: se os casos difíceis – *hard cases* - do direito não exigem que os juízes tomem decisões morais, então é evidente que não se exige que consultem a teoria moral. Contudo, se eles tiverem de lidar com questões morais, seria um erro de categoria – como dizer a alguém com problemas com álgebra que tente usar um abridor de latas – dizer aos juízes que resolvam essas questões através da história, da economia ou de qualquer outra técnica não moral, como sugere Posner.

Em toda construção antiteórica de Posner (2012), este tenta convencer seus leitores de que os juízes não se defrontam com questões morais, inclusive chegou a acusar Dworkin de ignorante por este imaginar que os juízes se interessam por questões de justiça nos casos concretos. Em sua resposta, Dworkin cita diversos casos em que as decisões judiciais envolvem discussões acerca da justiça para casos concretos¹⁰².

O próprio Posner chega a ser controverso quanto a esse assunto. No início de suas conferências ele afirma que a teoria moral não se mistura com as questões concretas que se apresentam nos casos, todavia, mais adiante, admite que “pode parecer que o juiz esteja mergulhado no domínio da teoria moral”¹⁰³, mas insiste que Dworkin e os outros filósofos morais se enganaram ao pensar que os juízes empregam uma terminologia moral e uma forma moral.

¹⁰¹Vide tópico acima “A independência metafísica do valor”.

¹⁰²Inclusive um estudo de 1991, sobre decisões relativas à responsabilidade civil por defeitos em produtos, que concluiu que a “justiça foi observada com frequência superior a 18% em comparação com a eficiência, e comandou a decisão com frequência superior a 24%” (DWORKIN, 2010, p. 120).

¹⁰³Para Posner, os juízes somente apelam à moral para “serem magnânimos”, para empregar uma linguagem que seja mais facilmente compreendida pelos leigos e, finalmente, “porque existe uma sobreposição considerável entre direito e moral”. Por esse motivo, Dworkin (2010) afirma que Posner é contraditório em algumas de suas afirmações, pois deixa a entender que os juízes empregam uma terminologia moral para remeter a conceitos morais.

A grande indignação de Dworkin com os ataques de Posner reside no fato de que os próprios argumentos do professor de Chicago são argumentos morais. Para Dworkin (2010), quando Posner apresenta, por exemplo, um argumento de como ele teria decidido os casos de suicídio assistido- segundo Posner a Suprema Corte deveria ter apoiado as leis contrárias ao suicídio assistido porque, dado o equilíbrio de poder acerca da questão em todo o país, os valores democráticos são mais bem servidos permitindo-se que a batalha pela eutanásia seja travada no contexto da política comum - esse argumento é moral.

Dessa forma, embora Richard Posner pregue a doutrina de que a teoria moral - assim como todas as questões morais- deva ser descartada quando do processo de tomada de decisões judiciais, contudo, na perspectiva de Dworkin, tal desejo é impossível de se realizar. A relação entre direito e moral é visivelmente patente, sobretudo nos casos difíceis, em que a vagueza das questões discutidas abrem margem para a interpretação moral – e consequentemente discussões morais – com sustentáculo nos princípios jurídicos.

2.2 Charles Fried: a influência da teorização moral sobre a sociedade e os juízes

Charles Fried¹⁰⁴ afirma que o discurso pragmático de Posner contra as teorias consideradas por ele “abstratas” – em especial a teoria moral - é muito grosseiro e generalista para refutar os argumentos dessas teorias, embora provavelmente tenha feito “convertidos” com sua habilidade retórica.

Para Fried (1998) o argumento geral de Posner – que engloba tanto a “versão forte” quanto a “versão moderada” – pode ser assim sintetizado: “a teoria moral não fornece uma base sólida para os julgamentos morais, muito menos para os jurídicos”. Charles Fried acredita que essa tese não se sustenta, pelos seguintes motivos:

A tese principal de Posner subdivide-se em duas teses subsidiárias, quais sejam: (i) a primeira delas diz que a filosofia moral falha em seus próprios argumentos; (ii) a segunda diz que mesmo que a filosofia moral não seja falha ou completamente inútil, ela não provoca nenhuma influência sobre a cultura, a política e, principalmente, sobre o direito.

¹⁰⁴Charles Fried é professor na faculdade de direito de Harvard desde 1961. Foi advogado público nos Estados Unidos - *Solicitor General of the United States* - entre os anos de 1985-1989 e juiz na Suprema Corte de Massachusetts entre os anos 1995-1999. As críticas à “antiteoria” pragmática de Richard Posner foram realizadas em um artigo de sua autoria denominado *Philosophy Matters*(1998).

Essa segunda tese está diretamente ligada ao que Posner denominou de “argumento moderado”, ou “versão fraca” a qual afirma que “mesmo que a teoria moral forneça uma base sólida pra para o julgamento moral, ela não é capaz de fazer o mesmo para os julgamentos jurídicos”.

Entretanto, para Fried, Posner erra tanto ao demonstrar que os argumentos da teorização moral e acadêmica não fornecem nenhuma base sólida para julgamentos morais, como também em demonstrar que esses argumentos devem ser evitados como respaldo para decisões judiciais. Cabe deixar claro que, para Charles Fried, em muitos casos “as decisões judiciais são uma espécie do gênero “juízos morais” (FRIED, 1998, p. 1741).

Fried inicia a construção de suas críticas à Posner refutando a “reivindicação empírica” de que a teorização moral não provoca influências na sociedade e no direito. Para tanto, utiliza uma famosa citação de Isaiah Berlin em “Quatro ensaios sobre a liberdade”:

Há mais de cem anos, o poeta alemão Heine advertiu os franceses a não subestimarem o poder das ideias: os conceitos filosóficos alimentados na tranqüilidade do gabinete de um professor poderiam destruir uma civilização. Citou ele a Crítica da Razão Pura, de Kant, como a espada com que fora decapitado o teísmo europeu, e descreveu as obras de Rousseau como a arma ensanguentada que, em mãos de Robespierre, destruíra o antigo regime; e profetizou que a crença romântica de Fichte e Schelling um dia – e com terríveis consequências – se voltaria, através de seus fanáticos adeptos alemães, contra a cultura liberal do Ocidente. Os fatos não têm ocultado inteiramente essa predição; mas, se os professores podem realmente dispor do controle desse poder fatal, não seria provável que apenas outros professores ou, pelo menos, outros pensadores (e não Governos ou comissões legislativas) pudessem, sozinhos, desarmá-los? (BERLIN, 1981, p. 134).

Ora, para Fried (1998), quando Berlin cita Kant, Rousseau, Robespierre, Fichte e Schelling, ele não está se referindo aos mestres da retórica como Lenin ou Hitler, classificados por Posner (2012) como “empreendedores morais”¹⁰⁵, os quais não utilizam dos argumentos do moralismo acadêmico. Os pensadores a quem Isaiah Berlin se refere, segundo os quais com suas ideias mudaram o mundo, escrevem em um estilo argumentativo

¹⁰⁵Posner (2012) acredita que “uma vez entranhada em nós, a moral é difícil de mudar”. Às vezes ela muda, mas não devido à teoria moral dos moralistas acadêmicos, mas sim graças à atividade de uma certa classe relacionada a um “tipo de paladino moral”, o qual Posner denomina de “o empreendedor moral”. Segundo Posner (2012, p. 65) “o típico empreendedor moral procura alterar os limites do altruísmo, seja ampliando-os, nos casos de Jesus Cristo e Jeremy Bentham, seja estreitando-os, como no caso de Hitler. E não o fazem por meio de argumentos, pelo menos bons argumentos. Antes, mesclam apelos ao interesse próprio com apelos emocionais que passam ao largo de nossa faculdade de estimativa racional e despertam inexprimíveis sentimentos de comunhão – ou de distanciamento – em relação ao povo (ou à terra, ou aos animais) que deve constituir a comunidade que o empreendedor moral está tentando criar – ou da qual deve ser expulso”. Em suma, os empreendedores morais nos ensinam a amar ou a odiar a quem eles amam ou odeiam. Mas suas técnicas de persuasão não são racionais e incluem, em primeiro lugar, o exemplo de seu próprio modo de vida. Não fazem uso, portanto, dos meios de ação habitualmente utilizados pelos moralistas acadêmicos.

semelhante ao de Rawls, isto é, sistematicamente elaborado e fundamentado, o qual atenta cuidadosamente aos métodos e suas premissas. São pensadores que procuram persuadir por meios de argumentos e da razão, não por meio da exortação e da retórica, como os “empreendedores morais” de Posner.

Ou seja, os pensadores apontados por Berlin, certamente aproximam-se aos alvos de Posner e também podem ser taxados de “moralistas acadêmicos”. O apelo à razão e o uso do argumento são características marcantes dos “moralistas acadêmicos” combatidos por Posner, os quais, segundo ele, acreditam que o a teorização moral tem importante papel a desempenhar no aperfeiçoamento dos juízos morais e do comportamento moral das pessoas – deles próprios, de seus alunos, dos juízes, dos norte-americanos e dos estrangeiros (POSNER, 2012, p. 6). O que Fried (1998) pretende demonstrar é que Posner está equivocado quanto à inutilidade do moralismo acadêmico e, portanto, da filosofia moral, tanto para a sociedade como um todo quanto para os juízes.

“O capital”¹⁰⁶ de Marx, por exemplo, tem todas as qualidades desdenhadas por Posner, assim como os próprios escritos de Hegel¹⁰⁷, dos quais, para muitos, Marx utiliza como fundamento e ponto de partida. Como dizer que são filosofias sem consequências? No mesmo sentido, Fried (1998) ressalta que há uma vasta literatura a qual demonstra que os pensamentos de Locke, assim como de outros pensadores sistemáticos do iluminismo, tiveram uma profunda influência sobre a Revolução Americana – ou Guerra de Independência dos Estados Unidos - na qual redigiu-se, debateu-se e aprovou-se a Constituição dos Estados Unidos. As influências da filosofia iluminista também são visíveis nos políticos, advogados e principalmente nos juízes que interpretaram essa Constituição em seus primeiros anos¹⁰⁸.

Para Fried (1998), não existem dúvidas de que os argumentos da filosofia moral, política e jurídica, ajudaram a determinar a maneira que pensamos hoje sobre questões constitucionais e legais.

A filosofia moral não foi somente influente no passado, mas continua, até hoje, fornecendo diretrizes à nossa maneira de pensar. Charles Fried cita sua própria situação como um contra-exemplo a Posner. Ele é um juiz nos Estados Unidos e afirma que a leitura, a reflexão e escrita acerca de questões de filosofia moral, política e legal fazem toda a diferença em seu trabalho (FRIED, 1998, p. 1743).

¹⁰⁶Vide *O capital: crítica da economia política*, de Karl Marx.

¹⁰⁷Vide *Fenomenologia do Espírito* de F.G.W Hegel.

¹⁰⁸Ver, por exemplo, *The Liberal Tradition in America* de Louis Hartz.

Salienta, complementando o raciocínio, que constantemente testa o seu trabalho como magistrado com os argumentos que influenciaram seu pensamento em relação a esses assuntos acadêmicos. Ressalta que, felizmente, a sua filosofia jurídica particular atribui grande importância à fidelidade aos textos, precedentes e à tradição jurídica em que ele está inserido. Mas Fried salienta que essa fidelidade é uma questão de moralidade política, sendo que é a moralidade política que sustenta uma interpretação do direito positivo à luz da moralidade, a qual, em uma última análise, é responsável por ele. Querendo ou não, Fried é um juiz que ocupou uma cadeira em um tribunal de apelação de última instância na jurisdição estadunidense, não existindo motivos, portanto, para Posner tê-lo descartado como contraexemplo de sua “antiteoria”.

Além do mais, o ambiente acadêmico intelectualizado do qual Posner constantemente se queixa, certamente abarcou muitos juízes atuantes durante o período de formação destes profissionais. Como estudantes, professores, ou até mesmo apenas como intelectuais interessados, os magistrados foram expostos e estudaram cuidadosamente muitas obras dos filósofos políticos e jurídicos¹⁰⁹. Fried cita, por exemplo, o caso do juiz Stephen Brayer¹¹⁰ o qual considera extremamente sofisticado e adepto às questões de filosofia contemporânea.

Outro juiz, Clarence Thomas, chegou a dizer em sua audiência de confirmação que ele se envolve com questões de filosofia política e que tem suas preferências¹¹¹. Como Posner pode ter certeza que as leituras e discussões realizadas pelo juiz Thomas não o influenciaram em suas decisões judiciais? Para Fried (1998), certamente influenciaram. Um exemplo claro encontra-se na decisão de *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*¹¹², na qual Thomas afirmou que – dentro do contexto - o desejo do Estado é manter os usuários de certos produtos sob a condição de “ignorantes”, a fim de manipular as suas escolhas no mercado.

Segundo Fried, mesmo os juízes que não sofrem influência direta da filosofia política, moral e jurídica, certamente são passíveis de, ao menos, uma influência indireta. Os magistrados que porventura não tenham estudado os trabalhos de, digamos, Rawls, Dworkin ou Nozick, possuem assistentes (*lawclercks*) que, sem dúvidas, os estudam ou estudaram. Os argumentos desses filósofos estão presente em seus memorandos, projetos e pareceres, sendo que não há como negar que essa influência afeta o trabalho dos juízes.

¹⁰⁹Ver, por exemplo, como Ruth Bader Ginsburg descreve essa relação em *Interdependence of Law Schools and Law Courts* (1997).

¹¹⁰Stephen Gerald Breyer é um Juiz Associado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, apontado pelo então presidente norte-americano Bill Clinton em 1994.

¹¹¹Thomas afirmou, em uma entrevista publicada no “Chicago Sun-Times” -com o título *Thomas backs privacy rights, mum on abortion* (1991) - que se interessa pela doutrina do direito natural, apesar de não utilizá-la como orientação para as suas decisões judiciais.

¹¹²*44 Liquormart, Inc. vs. Rhode Island* 517 U.S. 484 (1996) nº 94-1140.

Em outro exemplo de sua experiência pessoal como juiz, Fried (1998) explica que ficou convencido com os argumentos de que as leis que criminalizavam as relações homossexuais consentidas entre os adultos violavam princípios morais fundamentais e, conseqüentemente, a proteção constitucional dos direitos fundamentais. Diz que era um “Rawlsiano” convencido sobre o tema acerca do princípio da diferença e ao se deparar com os argumentos de Robert Nozick em *Anarchy, State, and Utopia*¹¹³, estes não foram capazes de persuadi-lo de maneira convincente.

O importante é que, para Fried, estamos em um “reino” em que argumentos podem convencer e, ao fazê-lo, podem superar intuições e convicções viscerais apriorísticas (FRIED, 1998, p. 1746). E aqui temos um forte contraste com Posner, segundo o qual os argumentos do moralismo acadêmico seriam impotentes contra “um choque de intuições” dos magistrados (POSNER, 2012, p. 9).

Isso nos leva à outra afirmação de Posner: a de que a filosofia política, jurídica, mas principalmente a moral, não devem influenciar questões práticas, eis que elas são indeterminadas e carecem de métodos certos e seguros a serem levados a sério. Segundo Fried (1998), a objeção mais séria feita por Posner à teoria moral seria a de que ela parece não ter feito progresso no sentido de alcançar consenso em seus debates, enquanto as questões empíricas e científicas, por exemplo, tão aclamadas por Posner como guias úteis para a decisão judicial, possuem pontos claros de convergência e consenso.

Os problemas seriam concretamente resolvidos na ciência, enquanto os debates morais suscitados pela teorização moral jamais alcançariam consenso. Contudo, Fried acredita que também há algum consenso na esfera moral, ainda que Posner insista em dizer que esse consenso decorra da alteração das circunstâncias – como no caso da escravidão – ao invés de ser a convergência de juízos morais comuns.

Para Fried (1998), Posner também ignora a capacidade da filosofia moral em “desmascarar” outras filosofias e argumentos morais por meio da análise e apontamento de suas insuficiências e incoerências. Ora, esse é um papel fundamental da filosofia, conforme já afirmava o próprio Wittgenstein. O mesmo dizia que o “papel terapêutico” da filosofia consiste em descobrir e apontar os absurdos acerca dos nossos entendimentos equivocados¹¹⁴.

Fried esclarece que existem dois tipos de argumentos morais básicos aos quais Posner se opõe:

¹¹³Traduzido para o português como: *Anarquia, Estado e Utopia*.

¹¹⁴“119. Os resultados da filosofia consistem na descoberta de um simples absurdo qualquer e nas contusões que o entendimento recebeu ao correr de encontro às fronteiras da linguagem. Elas, as contusões, nos permitem reconhecer o valor dessa descoberta” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 66).

i) O primeiro deles está inserido nas teorias morais que se propõem “fundantes” e são argumentos que pretendem estabelecer verdades gerais. A lei natural tomista seria uma teoria desse tipo, sendo que o jusfilósofo John Finnis¹¹⁵ é o expoente contemporâneo dessa teoria, o qual Posner escolheu como alvo. A filosofia moral, política e jurídica de Immanuel Kant, da qual Onora O’neill¹¹⁶ é uma expoente contemporânea, é outra filosofia deste tipo. Acontece que ambos os sistemas, para Fried, são complexos e sutis e o que Posner faz, de forma injusta, é pegar frases isoladas desses expoentes contemporâneos na tentativa de leva-los ao escárnio.

ii) O segundo tipo de teoria moral, ou argumento moral, é aquele que se encontra exemplificado, por exemplo, em “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls. Os argumentos de Rawls não reivindicam um fundamento *a priori*, ao contrário, eles são baseados em um método, denominado pelo próprio Rawls de “equilíbrio reflexivo”. Esse método visa alcançar o fechamento lógico por meio da aplicação de testes, mediante estruturas teóricas, nas conclusões decorrentes de suas premissas. O método é semelhante à construção da teoria lógica, da matemática e da ciência. Mais parecido com a lógica e a matemática, em que as premissas e conclusões dadas como aceitáveis são provenientes da intuição ou estipulação e não podem ser testadas pela observação empírica, como nas ciências naturais.

De acordo com Fried (1998), a “não comprovação empírica” dos benefícios da argumentação moral é de fato uma fraqueza e essa fraqueza é explorada por Posner. Entretanto, Fried acusa Posner de exagero, pois ele sequer tenta demonstrar que o “equilíbrio reflexivo” de Rawls, por exemplo, um tipo de método da argumentação moral, disciplina a intuição¹¹⁷ – como é a sua pretensão – e não compreende que ele é capaz de causar convergências pela força contida em si. Para Fried, qualquer um – inclusive ele próprio- já foi persuadido por um bom argumento e isso acontece o tempo todo, até mesmo no banco de uma sala de aula.

Na finalização de seus argumentos, Fried levanta mais algumas questões acerca da argumentação moral contida no equilíbrio reflexivo utilizado por Rawls. Para ele, esse método é perceptível na argumentação jurídica com a qual estamos familiarizados. E não é nenhuma surpresa dizer que o argumento moral e jurídico podem assumir a mesma forma, sendo que o argumento jurídico, muitas das vezes, é apenas uma espécie de argumento moral. A argumentação jurídica, principalmente em *hard cases*, é um tipo ou “aspecto” da

¹¹⁵Vide, por exemplo os argumentos de John Finnis contidos em *Lei Natural e Direitos Naturais* (1997).

¹¹⁶ Vide a obra *Acting on Principle: An Essay on Kantian Ethics* (2014) de Onora O’neill.

¹¹⁷O equilíbrio reflexivo é um método de justificação em ética procurando opor-se ao intuicionismo racional, que toma como ponto de partida a existência de fatos morais que podem ser intuídos, sem, contudo, defender o posicionamento oposto de antirrealismo (relativismo moral), o qual não vê a possibilidade de falar-se em fatos morais independentemente das crenças (SILVEIRA, 2009, p. 147).

argumentação moral, nos levando a conclusões normativas e sendo, assim, prático no sentido técnico (FRIED, 1998, p. 1748).

Além do mais, segundo Fried, os próprios limites aos quais os magistrados geralmente estão submissos – como o respeito ao texto legal, à doutrina jurídica, à tradição, ou o que for – são eles mesmos constrangimentos do tipo político e moral, sujeitos, portanto, à interpretação moral.

Devido à essa relação direta entre direito e moral, também apontada por Dworkin, Fried (1998, p. 1749) não acredita que seja possível abrir mão da teorização moral, se o que almejamos é a racionalidade. Para ele, seria estranho estar disposto a discutir e refletir acerca de quase tudo, mas ignorando o debate moral como se ele fosse um problema irresolúvel. O grande problema de Posner, segundo Fried, é que ele almeja muito da argumentação e da teorização moral: quer que elas nos forneçam respostas inequívocas e inescapáveis embutidas em uma estrutura teórica completa, todas as vezes.

Entretanto, pouquíssimos argumentos têm essa qualidade, sendo que a maioria – seja na ciência, na matemática e na moral – são fragmentos de argumentos, à espera de serem contestados ou agregados a uma rede teórica mais completa. O cético quanto à teorização moral acaba sendo um “absolutista desapontado”, levando sua vingança no mundo por tê-lo privado de todas as respostas certas (FRIED, 1998, p. 1750).

2.3 Anthony Kronman: o valor da filosofia moral

Anthony Kronman¹¹⁸ rebate os dois principais argumentos antiteóricos de Richard Posner, quais sejam: a “versão forte” segundo a qual a teorização moral não fornece nenhum fundamento útil para os juízos morais e não pode nos tornar moralmente melhores nem em nossa vida privada nem em nossa vida pública; e a versão “moderada”, segundo a qual mesmo que a teorização moral possa fornecer um fundamento útil para alguns juízos morais, não pode ser usada para a formulação de juízos jurídicos, pois “ela não é algo com que os juízes se sintam ou possam se sentir à vontade nem algo que saibam ou possam saber usar; causa

¹¹⁸Anthony Kronman é professor na faculdade de direito de Yale, Ph.D. em filosofia pela Universidade de Yale e especializado nas áreas de contratos, falência, teoria social, responsabilidade profissional e outras. As críticas de Kronman a Posner que serão expostas estão contidas no artigo *The Value of Moral Philosophy* (1998).

dissensão social; e não tem nada em comum com as questões presentes nas demandas judiciais” (POSNER, 2012, p. 4)

Kronman (1998) inicia o seu combate à antiteoria pragmática explicando que, de acordo com Posner (2012), os hábitos de conduta de uma pessoa e as crenças acerca do que seja certo ou errado são fixados muito antes dela adquirir uma maturidade intelectual suficiente para envolver-se com questões de filosofia moral, assim como a capacidade de refletir de maneira coerente e organizada acerca dos fins últimos da vida.

Além disso, as crenças e hábitos não necessariamente seriam egoístas, ao contrário, muitos seriam altruístas, eis que, para Posner, o auto sacrifício seria uma condição para a sobrevivência da comunidade humana. As atitudes morais adquiridas no início da vida, não possuiriam conteúdo intelectual, tendo em vista que a maioria dessas atitudes é uma mistura de sentimentos e ideias que se unem no processo de instrução moral primária, por meio da qual cada grupo social induz os mais jovens nas rotinas do grupo dos quais estão inseridos.

Contudo, uma vez que esse processo de instrução moral primária esteja concluído, Posner (2012) acredita que seus resultados não são passíveis de alteração pela filosofia. Os homens e mulheres crescidos até podem, às vezes, serem persuadidos à uma mudança de suas crenças morais mais básicas, mas somente através dos métodos não racionais de grandes líderes carismáticos – os empreendedores morais– que ensinam com base em exemplos e que não exigem de seus seguidores um pensamento crítico. O que Posner enfaticamente nega, portanto, é que as pessoas mudam suas convicções morais de acordo com argumentos racionais, típicos da teorização moral e utilizados pelos filósofos.

Como se não bastasse, além de dizer que a filosofia moral é inútil para mudar as nossas convicções – e aqui incluem-se os juízes – ela teria o vil papel de revestir nossos argumentos morais que são próprios e “imutáveis” com uma roupagem intelectual.

Entretanto, para Kronman (1998), esse argumento central de Posner contra a teoria moral é a chave para o seu real objetivo oculto: sobrepor o valor da economia – e assim da teoria econômica – sobre a filosofia, não expandindo a teoria econômica, mas “esvaziando” a teoria moral.

Para que se entenda essa afirmação de Kronman, as seguintes questões devem ser ventiladas: Posner não é conhecido somente pela sua proposta de abordagem judicial pragmática, mas também por sua “análise econômica do direito”. Em alguns artigos mais antigos escritos por Posner nos anos de 1979 e 1980¹¹⁹, por exemplo, este argumentou que a

¹¹⁹ São eles: *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory* (1979) e *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication* (1980).

economia não é limitada para nos conceder conselhos instrumentais. Ele tentou demonstrar que a economia também oferece orientações úteis para as nossas escolhas, sejam elas pessoais ou sociais. Alegou, inclusive, que o rigor e a precisão contidos na economia são capazes de nos proporcionar uma melhor orientação nas escolhas, enquanto outras disciplinas, inclusive a filosofia moral, não. Com esse argumento, Posner tentou expandir a autoridade da economia, estendendo o seu domínio, e isso implicou em uma tentativa de dar mais prestígio à economia em detrimento do argumento filosófico.

Acontece que Posner foi duramente atacado pelos filósofos¹²⁰ de tal modo que ele mesmo admitiu que seus esforços em elevar o papel da economia falharam. Ora, para Kronman o que Posner faz, atualmente, ao formar um arsenal antiteórico na tentativa de diminuir o papel, por exemplo, da teoria moral, certamente é para que as teorias que são de seu interesse, como a econômica – já defendida por ele há anos – tenham seu espaço no cenário jurídico.

Assim, Posner sustenta que a argumentação moral e o uso da razão nos debates morais não são capazes de mudar nossas convicções mais profundas, pois racionalizar acerca de convicções preexistentes não passaria de uma atitude cega e servil. Posner utiliza esse argumento antiteórico central como se fosse um dado empírico, demonstrando vários exemplos em que a teorização moral é inútil, conforme explicitado com alguns casos ao decorrer desta dissertação.

Todavia, Kronman (1998, p.1754) acredita que o esforço de Posner em apresentar exemplos que comprovem a inutilidade da teoria moral é em vão, pois por mais que se multipliquem os argumentos a favor de seu ponto de vista, sempre existirão exemplos que digam o contrário, ou seja, exemplos que ressaltam a utilidade da teoria moral. E os exemplos que ressaltam a importância da racionalização moral são vastos: vide, por exemplo, o caso dos filósofos estoicos, os quais fundamentaram seus caminhos em uma extraordinária postura de desapego das preocupações humanas comuns¹²¹.

Há também o exemplo da psicanálise, a qual sugere que até mesmo os hábitos mais enraizados, as vezes cedem à razão¹²². Sem contar o exemplo de Sócrates¹²³, o qual sempre será poderosamente lembrado pela potência da racionalização moral, assim como Jesus é lembrado em relação à potência da fé e do carisma.

¹²⁰Incluindo Dworkin, na obra *Is Wealth a Value?* (1980).

¹²¹Narrado por Martha C. Nussbaum em *The Stoic on the Extirpation of the Passions - The Therapy of Desire: Theory and practice in hellenistic ethics* (1996).

¹²²Kronman cita o exemplo da análise de Freud, no caso do “pequeno Hans” narrado em *Dois histórias clínicas: O Pequeno Hans e o Homem dos ratos* (1909).

¹²³Vide a obra de Platão intitulada *Apologia de Sócrates* (2003).

Como Kronman considera a visão de Posner “deprimente” ao considerar que a razão é impotente para nos ajudar em nossas escolhas, ele propõe o seu próprio ponto de vista, que em certa medida é consistente com algumas crenças de Posner. Ele afirma que o seu ponto de vista parte do mesmo pressuposto posneriano de que a educação é fundamental para a formação do caráter, assim como o caráter é fundamental para o comportamento moral.

Contudo, ao contrário de Posner, acredita que quando o indivíduo atinge 25 anos de idade, ou mais, e começa a refletir de forma organizada acerca de questões profundas de filosofia moral, os hábitos que definem o seu caráter já estão formados. Se esses hábitos são ruins, ou seja se o caráter dessa pessoa é vicioso, há pouco o que a filosofia possa fazer para reparar esse dano. Nesse sentido, Kronman (1998, p.1756) acredita que a boa formação do caráter é uma condição necessária para solidez – ou integridade – moral.

Por outro lado, a discordância com Posner é a de que Kronman (1998) não considera a formação do caráter na tenra idade como uma condição suficiente, ou que a filosofia moral não tenha nada a acrescentar na vida de um adulto. Em geral, os bons hábitos podem ser guias confiáveis para a maioria dos desafios insurgentes da vida moral. Entretanto, mesmos as “melhores” pessoas são suscetíveis a certas deficiências e, quando isso acontece, a racionalização é que fornece a suplementação necessária, a correção e o apoio, acrescentando certa profundidade para a vida moral que nenhum conjunto de hábitos – ainda que virtuosos – podem fornecer.

Anthony Kronman acredita que a teorização moral, com seus argumentos racionais, tem utilidade como instrumento de complemento na vida das pessoas, pois ela é capaz de “preencher lacunas e resolver os conflitos existentes entre nossos hábitos morais” (KRONMAN, 1998, p. 1757).

O exemplo que Kronman utiliza para sustentar sua posição é o da história de Leôncios narrada por Sócrates no livro 4 de “A República” (2003). Leôncios, filho de Aglaion, ao voltar um dia do Pireu, seguia pela parte exterior da muralha setentrional quando viu cadáveres estendidos perto do carrasco; ao mesmo tempo que teve um grande desejo de observá-los, sentiu repugnância e afastou-se; durante alguns instantes lutou consigo e escondeu o rosto com as mãos; mas, por fim, dominado pelo desejo, arregalou os olhos e, correndo na direção dos cadáveres, gritou: “Aí tendes, maus gênios, fartai-vos deste belo espetáculo!” (PLATÃO, 2003).

Para Kronman (1998), os sentimentos de Leôncios expressam uma espécie de autocritica, um juízo de culpabilidade que o indivíduo exerce sobre alguns dos seus hábitos. Nem mesmo uma pessoa bem educada moralmente desde a sua tenra idade não está imune a

esses sentimentos, sendo que eles somente podem ser controlados por meio de uma reflexão racional. Assim, somente a razão pode expor e diagnosticar os sentimentos insurgentes, por meio da autocrítica. Como, portanto, dizer que a teorização moral não é importante para as nossas escolhas?

É nesse sentido que Kronman afirma que a filosofia moral não é uma substituta da educação moral que molda nossos hábitos, mas muitas das vezes ela é instrumento essencial para que a educação moral seja bem sucedida, por meio de uma complementação, pois ela nos permite melhor entender as circunstâncias materiais e sociais ao nosso redor. Portanto, a filosofia moral amplia o horizonte do indivíduo bem educado moralmente, permitindo-lhe ver a fundo os pressupostos da sua própria educação (KRONMAN, 1998, p. 1758).

O grande receio de Posner (2012) com a teorização moral é que, por meio de argumentos racionais, os nossos hábitos possam ser influenciados de tal forma que a reflexão moral prejudique a boa ação moral, pois, por meio dela, conseguimos encontrar “desculpas” e acobertar nossas más ações.

Ora, para Kronman (1998), Posner está enganado. O hábito é o fundamento da vida moral, e assim como um bom hábito não pode ser “criado” pela razão, ele também não pode ser desfeito por ela. Entretanto, a reflexão moral pode aperfeiçoar o bom hábito, adicionando profundidade a uma vida de virtude habitual. É nesse sentido que Kronman acredita, assim como Aristóteles (1991), que a razão aperfeiçoa o caráter.

Kronman (1998) ressalta que a objeção que poderia ser feita é a de que Aristóteles, ao falar sobre o papel da razão na vida moral, estava inserido em um ambiente político e social que hoje não existe mais. A reflexão moral teria alguma relevância para nós, hoje, que vivemos em sociedades tolerantes e democráticas, marcadas por um alto grau de diversidade moral que Aristóteles talvez nunca teria aceitado ou compreendido? Posner ressaltou a diversidade moral que caracteriza os Estados Unidos, e Kronman afirma que ele estava certo em fazê-la. Para Kronman, Posner também está correto em dizer que a pluralidade moral é necessária¹²⁴ e que a ausência desta seria prejudicial para qualquer sociedade. Entretanto, questiona: será que a nossa heterogeneidade moral implica em afirmar que a razão – ou a reflexão moral – tem um papel menor a desempenhar na vida moral das pessoas? A resposta dele é: não. Pelos seguintes motivos:

¹²⁴A “pureza” moral é vista pelo pragmatismo como uma ameaça: “uma sociedade de fundamentalistas judeus ou mulçumanos, de *Übermenschen* nietzschianos ou de samurais japoneses não seria tediosa, mas seria frágil, terrificante e perigosa. Na moral, a endogamia pode ser tão perigosa quanto na biologia” (POSNER, 2012, p. 107).

Tendo em vista que, mesmo com várias comunidades de estilos éticos distintos que “povoam o mundo moral contemporâneo”, a conduta correta ainda é fundada sobre o hábito e, assim, a razão - ou teorização moral - continua sendo um instrumento necessário de complemento e guia crítico da moral. Nesse sentido, mesmo os ensinamentos de Aristóteles, concebidos para um mundo mais homogêneo, ainda têm validade. Para Kronman, talvez tenha um papel maior ainda, mais crucial, pois a “razão” seria indispensável para guiar o homem em um mundo de “politeísmo de valores”, segundo terminologia utilizada por Max Weber (2004).

Até esse ponto, restou explicitado os argumentos de Kronman que tentam refutar o argumento de Posner de que a filosofia moral, a teorização e a racionalização moral são inúteis para o indivíduo em sua vida privada. Entretanto, cabe dizer que Kronman também acredita que a teoria moral seja útil para a sociedade, em especial ressalta o importante papel da reflexão moral no trabalho dos juízes e essa parte é a que mais importa. Os argumentos que se seguem, portanto, servem como um “contra-ataque” à “versão moderada” do argumento antiteórico de Posner.

Nesse sentido, Kronman também refuta a afirmação de Posner de que os tribunais devem evitar decidir casos com base em argumentos altamente filosóficos e controversos.

Posner (2012) argumenta que qualquer que seja o efeito marginal da reflexão moral na vida das pessoas, essa reflexão não deve ser utilizada por juízes ao decidirem casos jurídicos, os quais atuam dentro das limitações de suas funções.

Ora, para Kronman (1998), na realidade, o papel exercido pelos juízes é justamente aquele em que mais exige a reflexão moral, sendo ela extremamente necessária e indispensável. Mais do que na vida privada. E assim é por diversas razões:

i) para começar, é possível afirmar que os juízes constantemente são confrontados com lacunas normativas e a conflitos que nós, cidadãos comuns, apenas confrontamos ocasionalmente. Na tentativa de preencher essas lacunas e solucionar esses conflitos, muitas das vezes os juízes devem questionar qual objetivo ou propósito pode ser alcançado.

A economia¹²⁵, assim como outras disciplinas, até pode fornecer uma gama de fundamentos úteis, entretanto, ela não é suficiente para satisfazer o inquérito que deve ser realizado pelos magistrados acerca dos “fins”, nem mesmo é capaz de impedir que uma investigação tome um rumo moral, eis que a interpretação dos juízes em casos como estes frequentemente requer um julgamento moral complexo informado por uma diversidade de

¹²⁵Assim como outras teorias. Kronman enfatiza a economia por acreditar que toda a construção de Posner é feita no sentido de valorizar a teoria econômica em detrimento da teoria moral.

valores básicos. O valor de promover a justiça, por exemplo, o valor de respeitar as decisões dos magistrados anteriores, assim como dos órgãos legislativos; dentre outros.

É nesse sentido que Kronman afirma que “o tipo de dilema moral em que os homens e mulheres se encontram de quando em quando, e que exige o exercício da razão, é para os juízes um problema de rotina” (KRONMAN, 1998, p. 1762). O dilema moral é típico da posição profissional dos juízes e, portanto, exige deles um maior uso da razão moral.

ii) Em segundo lugar, Kronman (1998) afirma que os juízes possuem uma responsabilidade de “custódia especial” para com as pessoas que os indivíduos comuns não possuem. Os magistrados devem fazer de tudo para preservar a forma de vida social que o Estado de Direito exige e isso implica em um esforço reflexivo para a melhor compreensão dos significados das leis, seus propósitos e suas forças de aspiração.

Para Kronman, se um juiz não consegue preservar as leis devido ao fato de não entender o “fundo” que a sustenta, isso é uma falha gravíssima, uma vez que o trabalho de preservação seria um papel especial dos juízes. Assim, os juízes precisam da racionalização – na verdade, todos nós – e da reflexão moral para cumprir com suas responsabilidades de custódia, eis que essas responsabilidades são inerentes à profissão.

iii) Em terceiro lugar, assim como a vida de um indivíduo ganha profundidade com a reflexão moral, ao organizar os hábitos em um esquema racional de valores, Kronman (1998) acredita que a sociedade também adquire profundidade quando os compromissos básicos expressos em suas leis tornam-se mais articulados e suas relações com os outros ficam melhor compreendidas.

Assim, o povo é capaz de alcançar a mesma maturidade autoconsciente de um indivíduo, sendo que a tarefa de descobrir e articular os nossos valores coletivos como um povo recai especialmente sobre determinados indivíduos: talvez a políticos e alguns outros, mas, acima de tudo, sobre os juízes. Para Kronman, “a tarefa dos juízes não é apenas a de decidir casos que vieram antes deles, mas também a de revelar os princípios sobre os quais a nossa ordem jurídica repousa e organizá-los em um sistema articulado de normas que auto conscientemente revela nosso caráter como povo e, portanto, aumenta a integridade das leis, no sentido entendido por Ronald Dworkin” (KRONMAN, 1998, p. 1763).

Dessa forma, a razão – ou a racionalização moral – aperfeiçoa não apenas o caráter individual, mas também o coletivo, sendo que os juízes têm uma responsabilidade particularmente “pesada” no incentivo e orientação desse processo e, portanto, para eles, a reflexão moral é uma técnica essencial de trabalho.

iv) Em quarto lugar, Kronman acredita que a nossa sociedade, moralmente heterogênea, somente sobrevive porquê as diversas crenças e práticas contidas nas comunidades são emolduradas por um sistema nacional de leis que garante um elevado grau de tolerância e paciência mútua por parte das facções morais rivais. Para preservar a paz nas sociedades plurais, é essencial manter um regime de tolerância, e essa também é uma responsabilidade dos juízes. Kronman (1998, p. 1763) acredita que os juízes “têm o dever de policiar o conflito de ideias e de se certificar que ele permanece dentro dos limites”.

Mas, para atingirem esse fim, devem sobrepor-se às comunidades morais rivais, com o objetivo de lidar com os conflitos de uma maneira independente e não partidária. A perspectiva não partidária somente é atingida por um juiz a partir da razão. Então, como dizer que a reflexão moral não é útil?

Se Anthony Kronman estiver correto em seus argumentos, então as duas principais teses antiteóricas de Richard Posner, quais sejam, a de que a teoria moral não é útil para a vida moral dos indivíduos, muito menos para servir de base para as decisões dos juízes, estão erradas e o pragmatismo antiteórico não se sustenta. Ao menos não em sua totalidade.

2.4 John T. Noonan Jr.: críticas ao pragmatismo jurídico de Posner

John Noonan¹²⁶ (1998) afirma que apesar das análises de Posner sobre a moral e suas críticas à teoria moral acadêmica, ele também tem seus “ídolos”, os quais adora, mas que também são limitados.

O primeiro é o método científico, ou a ciência. John Noonan até acredita que o método científico tenha seus benefícios: ele nos deu a penicilina, a televisão e a internet, por exemplo. Entretanto, não pode ser considerado “uma forma universalmente eficaz ou adequada de resolver ou mesmo se aproximar de muitos problemas da humanidade” (NOONAN, 1998, p. 1769). Isso porque onde não se pode controlar experimentos e isolar variáveis, o método científico demonstra-se insuficiente. Ele não tem lugar, por exemplo, na escrita da história, no jogo político ou mesmo na poesia.

¹²⁶John Noonan foi juiz da Nona Corte de Apelações dos Estados Unidos, onde serviu desde 1986. Foi professor de direito em Berkeley e na Universidade de NotreDame. As críticas apresentadas por Noonan à abordagem de Posner que serão expostas aqui estão presentes no artigo *Posner's Problematics* (1998)

Para Noonan (1998), Posner trata o seu campo favorito, a economia, como uma espécie de teoria científica. A beleza das teorias pautadas na ciência, segundo Posner, não reside no fato de produzirem verdades, mas sim porque “elas nos ajudam a controlar o nosso ambiente físico e social”. Entretanto, John Noonan acredita que este critério pragmático de Posner é vazio. Ora, todos os tipos de teoria, seja ela econômica ou política, nos permitem controlar nosso ambiente. Entretanto, a pergunta que persiste é: qual tipo de controle é cabível quando se trata de conflitos inerentes aos seres humanos? Para Noonan, a resposta está na moral, não na economia.

Posner considera a queda do Comunismo, por exemplo, como uma verificação indireta de uma previsão econômica. Entretanto, Noonan ressalta que a história da União Soviética não é uma mera demonstração científica das insuficiências econômicas do socialismo. A herança czarista da Rússia, os recursos geográficos e humanos da nação, o impacto da Segunda Guerra Mundial e a rivalidade com os Estados Unidos na Guerra Fria são variáveis importantíssimas que impedem que a queda do comunismo seja considerada um caso científico didático para ilustração em livros. Para Noonan (1998), aprendemos muito com a lição do Comunismo. Mas o que aprendemos e o que julgamos possui um caráter moral e não devemos confundir nossas conclusões morais com a ciência.

Outro “ícone” idolatrado por Posner seria a Evolução¹²⁷ enquanto força explicativa, sem referência a uma divindade. Segundo Noonan, como a Evolução está, atualmente, sob ataque tanto por criacionistas, fundamentalistas e até mesmo por céticos sofisticados, os seus “adoradores” são espinhosos, sendo perigoso para qualquer um “questionar a propriedade do culto”. Noonan acredita que em um contexto limitado, o da criação planejada dos animais, por exemplo, a evolução pode até ser cientificamente demonstrada.

Entretanto, em um contexto mais amplo da história do universo, a teoria da evolução deixa de ser uma hipótese atrativa para muitos, principalmente por dispensar o conceito de um criador. A intenção de Noonan não é a de entrar nessa celeuma que é um dos pontos centrais

¹²⁷ Para Posner (2010), a teoria da evolução darwiniana sugeriu que o homem tinha se desenvolvido a partir de alguma criatura semelhante ao macaco por um processo de seleção natural que buscava uma adaptação melhorada ao meio ambiente desafiador do homem primitivo e, com isso, presumia-se que a inteligência humana estava adaptada para lidar com o meio ambiente mais do que para alcançar *insights* metafísicos que poderiam não ter qualquer valor adaptativo no ambiente ancestral. Nesse sentido, somente quando o homem atingiu uma fase em que podia ter lazer, seu cérebro passou a não mais ser totalmente voltado para as tarefas cotidianas, o que lhe permitiu se voltar para buscas metafísicas. Posner acredita que Darwin deu “novo fôlego” ao pragmatismo, pois por meio de suas teorias voltou-se a acreditar que o corpo não é um prolongamento pesado da mente, como pensava Platão, mas o contrário: o corpo e a mente se desenvolveram simultaneamente. E isso resulta na crença de que a inteligência humana é melhor para lidar com problemas práticos, a única coisa que preocupava nossos ancestrais na antiguidade, do que para lidar com entidades metafísicas e outras abstrações.

da filosofia secular. Contudo, mostrar que a Teoria da Evolução está longe de ser algo unânime é crucial para expor a fragilidade de um dos sustentáculos dos argumentos de Posner.

Nesse sentido, para Noonan (1998), se o método científico e a Evolução fossem rejeitados, as acusações das inconsistências dos alvos de Posner não seriam prejudicadas, mas as alternativas que ele oferece, contudo, sim.

Noonan analisa mais a fundo dois outros “ídolos” que estão mais enraizados na antiteoria pragmática de Posner e são mais latentes para as bases pragmáticas do que os métodos científicos e a Evolução.

O primeiro deles seria o da neutralidade de julgamentos morais. Noonan acredita que a neutralidade de Posner em relação à moral é muito peculiar. Posner não é um niilista moral, nem mesmo um amoralista. Ele tem a sua própria moral, presa à sua teoria. Uma moral formada pelas circunstâncias de ele ser graduado nas faculdades de direito de Yale e Harvard, ser membro titular da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago e juiz de um tribunal federal de apelação situado em Chicago, Illinois. Posner (2012) afirma que os costumes são locais e, por isso, não são melhores do que outros. Nossos costumes não são melhores do que os dos Astecas, os quais faziam sacrifícios humanos em homenagem aos deuses, nem mesmo superiores aos dos nazistas que foram responsáveis pelo holocausto. Da mesma forma, Posner é descrente em um progresso moral. Assim, um juiz moderno deveria sempre levar em consideração que: tudo é relativo à circunstância do caso, tudo é local e nenhum mal é universal.

Outro “ídolo” mais patente na antiteoria pragmática de Posner seria o ídolo Holmesiano – terminologia derivada do juiz Holmes, grande influência em Posner – da pureza do direito, ou seja o ídolo que prega que o direito é separado da moral. Termos jurídicos devem ser interpretados em sua pureza, sendo perigoso levar o vocabulário moral de algumas normas jurídicas “muito a sério”. Posner até reconhece certa sobreposição, uma relação coincidente, em certos casos, entre o direito e a moral. Entretanto, o raciocínio moral jamais pode ser utilizado para solucionar dilemas jurídicos. Para Noonan, Posner liga a pureza do direito com a neutralidade: se nenhuma moral é melhor, nenhuma moral é útil para decidir casos difíceis.

Explicitados os “ídolos” de Posner, Noonan (1998) passa a dizer que Posner não está confortável com nenhum deles, pelos seguintes motivos:

Posner sugere que é possível criticar o genocídio nazista “em retrospecto”, tendo em vista que ele não era “nenhuma forma de adaptação a nenhuma necessidade ou objetivo

plausíveis ou largamente aceitos da sociedade em questão”¹²⁸. Ora, Noonan acredita que quando Posner age dessa maneira, é óbvio que ele está fazendo um julgamento moral, de acordo com sua própria visão do que é plausível e amplamente aceito. Se os nazistas não acreditassem que suas atitudes eram plausíveis e necessárias, não teriam agido da forma que agiram. Assim, quando Posner faz esse tipo de crítica, ele entra em contradição com a sua afirmação de que a moral é local.

Um pouco mais a frente, Posner sugere que se Hitler tivesse obtido êxito em seus projetos empregados na Alemanha, provavelmente não sofreria tantas críticas¹²⁹. Entretanto, Noonan (1998) acredita que esse critério de Posner apresenta dificuldades porque, a longo prazo, todas as sociedades falham. Hitler teve doze anos de poder, o comunismo durou setenta anos e o Sul escravista dos Estados Unidos duzentos e trinta e cinco. Esses regimes foram imunes às críticas enquanto duraram? Noonan afirma que não conhece ninguém que critique Hitler porque, depois de doze anos de poder, ele não conseguiu liderar a Alemanha a um bom fim. Ele é criticado porque era um homem mau e produzia más ações.

Na opinião de Noonan (1998), os comentários tão convincentes de Posner acerca da Alemanha hitleriana é um sintoma de que existe algo errado em sua abordagem. Posner tenta tecer comentários como um observador externo, sem fazer julgamentos morais sobre Hitler, Stalin ou sobre o Khmer vermelho e os senhores de escravos do sul, mas ele não consegue ser neutro em relação a isso. E a dificuldade de Posner com essa neutralidade afeta diretamente sua pretensão de “Pureza do Direito”.

Percebe-se, portanto, que a crítica de John Noonan à “antiteoria” de Posner é semelhante a de Dworkin (2010): os seus argumentos que tanto desprezam a utilização da reflexão e da teoria moral são, também, argumentos morais.

Posner (2012) tentar refugiar-se no caráter polêmico da moral moderna. Ele argumenta que não existem consensos morais, apenas uma moral de um mórmon em Utah, por exemplo, a moral de um acionista em Nova York e a de um professor universitário em Chicago. Ele insiste na localidade da moral e diz que questões morais difíceis ou controversas são indeterminadas. Teríamos, por exemplo, mais de uma opinião sobre o aborto e, por isso, quem

¹²⁸Segundo Posner, “Um dos motivos pelos os extermínios promovidos pelos nazistas e cambojanos foram tão largamente condenados – embora não fossem inerciais, mas “inovadores” – é que, depois do fato acontecido, ficou claro eles não representavam nenhuma forma de adaptação a nenhuma necessidade ou objetivo plausíveis ou largamente aceitos da sociedade em questão” (POSNER, 2012, p. 31)

¹²⁹“Se Hitler ou Stalin tivessem logrado realizar seus projetos e seus códigos morais tivesse contribuído para esse sucesso (promovendo a disciplina ou a solidariedade, por exemplo), nossas crenças morais provavelmente seriam diferentes” (POSNER, 2012, p. 37).

poderia dizer o que é correto em relação à essa prática? Esse é o questionamento levantado por Posner.

Noonan (1998) acredita, por outro lado, que em questões como esta, queira Posner ou não, o direito faz uma escolha moral: a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, adotou a moral da causa pró-aborto. Hoje, nos Estados Unidos, o aborto é legal, sendo uma espécie de liberdade que tem limitações periféricas. A própria escolha ou alteração da maioria penal é, na concepção de Noonan, uma opção moral. Analogamente, impossível dizer, como sugere Posner, que no caso acerca do suicídio assistido julgado pela Suprema Corte, o Supremo Tribunal ignorou o debate moral. Na verdade, não apenas não ignorou as dimensões morais desse tipo de suicídio, mas aceitou como decisiva a moral incorporada na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos¹³⁰.

Nesse sentido, como a sobreposição entre direito e moral é tão antiga, e, ao mesmo tempo, inevitavelmente contemporânea, não seria mais sensato investigar como as questões morais devem ser respondidas, ao invés de criticar ou tentar desqualificar aqueles que tentam responde-las? (NOONAN, 1998, p. 1772).

Noonan emenda seu argumento dizendo que um dos conflitos que dividiu os Estados Unidos— a escravidão — foi um conflito moral. Emergiram argumentos de ambos os lados até que, em certo ponto, houve algum consenso moral. De início, buscou-se uma expansão do conceito de “humanidade” para que este incluísse os escravos. Os abolicionistas, cristãos dedicados, declararam a escravidão como um pecado nacional, eis que os escravos eram também seus “irmãos” e “irmãs”. Os proprietários de escravos, por outro lado, diziam que eles tinham o direito de fazer o que bem entendessem com os escravos, pois estes eram sua propriedade. Em princípio, a solução veio mediante a força, pois os senhores recusavam enxergar seus escravos como seres humanos. Mas, após a força decidir como deveria ser a lei em relação à questão, um consenso moral surgiu. E é por isso que, para Noonan, o progresso moral existe, apesar de ele acontecer não da noite para o dia, nem por meio de um único debate. Geralmente há, até mesmo, a utilização de violência, mas muito gradualmente, com uma “expansão de visão”, um acordo sobre questões morais aos poucos é alcançado.

Para explicitar seu ponto de vista que defende o progresso da moral, Noonan toma como ilustração a questão da moralidade do suborno, ou “a doação de um incentivo para influenciar no desempenho de um dever público”.

¹³⁰Vide o caso *Vacco vs. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

Ora, nenhuma sociedade primitiva havia construído esse conceito. Pode-se dizer que nessas sociedades era até mesmo impensável aproximar de algum estranho “poderoso” sem um presente. A Bíblia hebraica, por sua vez, introduziu a ideia de uma moralidade diferente em relação à questão, ao apresentar um Deus que, sentado em julgamento, não aceita oferendas.

Os juízes de Israel, por sua vez, foram instruídos a imitar a Deus. Assim, eventualmente – e aqui temos uma longa história – o conceito de suborno é expandido dos juízes para outras autoridades, como os legisladores. Noonan (1998) acredita que, nesse longo processo, a moral dialoga com o direito. E mais: diz não hesitar em proclamar que as atuais leis dos Estados Unidos sobre o assunto são superiores aos do Médio império do Egito, do século XIII da Inglaterra, ou mesmo do início do século XIX na Geórgia. Para ele, certamente a visão moral do juiz Posner acerca do suborno é melhor que a de Francis Bacon, Samuel Pepys ou Warren Hastings. Isso porque o ideal de justiça sem suborno tem sido modelado e vem progredindo com o tempo. Esse ideal, por sua vez, tem determinado a trajetória de evolução das leis e do direito.

As críticas centrais de John T. Noonan, Jr., portanto, concentram-se em desqualificar as afirmações de Posner acerca da inutilidade do debate moral. Primeiro porque a moral e o direito estão diretamente conectados. Depois porque, querendo ou não, as Cortes decidem certos casos, principalmente os *hard cases*, com posicionamentos morais. O consenso moral é possível, assim como um progresso moral, sendo que eles modelam as leis de direito. Sem contar que as “bases” ou sustentáculos da antiteoria pragmatista de Posner, quais sejam, o método científico e a teoria da evolução, não são imunes às críticas e nem sempre são instrumentais seguros. Noonan (1998) também acredita, portanto – assim como a maioria dos críticos de Posner que expomos aqui - no poder do argumento, do raciocínio e da teorização moral, indispensáveis para o “desenvolvimento moral”.

2.5 Martha C. Nussbaum: Posner e os métodos de crítica à teoria moral

Martha Nussbaum¹³¹ parte da afirmação de Posner (2012) segundo a qual uma parte da filosofia moral, denominada por ele de “moralismo acadêmico”, é incapaz de contribuir de

¹³¹ Martha Nussbaum é titular da cátedra *Ernst Freund Distinguished Service Professor of Law and Ethics* na Universidade de Chicago, tendo vínculos com o Departamento de Filosofia, a Escola de Direito e a de

forma significativa na resolução de questões morais e jurídicas, ou para a melhoria do comportamento pessoal. Os filósofos morais não possuiriam argumentos convincentes e, por essa e por outras razões, o moralismo acadêmico não seria um agente de mudança da moral.

Por vezes, os ataques de Posner são mais amplos, negando que “um código moral” possa ser alterado por persuasores racionais que utilizam argumentos refinados com base em Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel ou Mill.

Nussbaum (1998) afirma que o que se esperava de Posner, para sustentar seus ataques, era que ele nos fornecesse: (i) em primeiro lugar, uma crítica fundada sobre a insuficiência dos argumentos utilizados pelos “moralistas acadêmicos” e, tendo em vista a amplitude de seu ataque, uma crítica fundada das grandes figuras da história da filosofia; (ii) em segundo lugar, Posner deveria tecer um exame minucioso de casos importantes em que pontos de vistas filosóficos foram utilizados no intuito de mudar a moralidade pública ou privada. Nesse ponto, ele teria que mostrar que a influência do argumento filosófico era imprecisa ou ineficaz.

Entretanto, Nussbaum afirma que Posner decepciona. Isso porque ele não sustenta seus ataques da maneira que deveria. Nenhum argumento dos grandes filósofos morais na história é analisado na construção da “antiteoria” de Posner, sem contar que os argumentos dos “moralistas acadêmicos”, os quais ele tanto despreza, em sua maioria não são apresentados.

Posner (2012) cria uma lista de moralistas acadêmicos – na qual inclui-se Elizabeth Anderson, Ronald Dworkin, John Finnis, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, John Rawls, Joseph Raz, Thomas Scanlon, Roger Scruton e Judith Jarvis Thomson e a própria Martha Nussbaum - mas faz a eles um ataque muito amplo, sem especificar as ideias de cada um. O mais atacado de forma precisa e um pouco mais analítica talvez seja Ronald Dworkin, o qual, para Nussbaum, é um teórico do direito, mas também é um teórico da moral. Entretanto, outras figuras de grande importância não são analisadas, sequer de forma genérica, tão somente foram citadas como alvo de ataque.

Até mesmo John Rawls, considerado por Nussbaum como um dos maiores filósofos morais contemporâneos, é criticado por Posner de forma genérica e injusta. Para atacar Rawls, Posner cita uma passagem do cientista político Benjamin Barber (1975), a qual zomba da

Divindade. Nussbaum é filósofa, particularmente interessada em filosofia grega, romana, filosofia política e ética. As críticas à antiteoria de Posner feitas por Nussbaum, que serão expostas aqui, estão presentes no artigo *Still Worthy of Praise* (1998).

visão de Rawls acerca da psicologia humana na “posição original”¹³². Mas Posner não oferece qualquer razão ao leitor para acreditar que a descrição de Barber está correta, sendo que para Nussbaum ela é completamente equivocada.

Para Nussbaum (1998) o fracasso de Posner em se envolver com críticas aos argumentos filosóficos parece resultar de sua crença de que as pessoas nunca mudam por meio de argumentos morais. Posner acredita, nesse mesmo sentido, que os moralistas acadêmicos são todos iguais: todos tentam mudar a conduta das pessoas por um dispositivo – o argumento – que é improvável que tenha alguma eficácia.

Ora, para Nussbaum, se Posner faz uma afirmação do tipo: os argumentos morais são ineficazes, ele deveria afirmar concretamente com exemplos essa afirmação, pois é amplamente aceito que os seres humanos, ao menos às vezes, são persuadidos por argumentos morais. Também seria importante que ele examinasse cuidadosamente os casos em que se poderia supor que os argumentos têm importância na vida pública.

Em seguida, Nussbaum fornece alguns exemplos que explicitam como os filósofos tiveram sim alguma influência na vida Pública: Rousseau exerceu influência direta na revolução Francesa; Cícero, Grotius e Kant tiveram influência sobre o desenvolvimento do direito internacional de guerra e do movimento moderno acerca dos direitos humanos¹³³; Cícero exerceu influência sobre o pensamento de inúmeros estadistas de todo o mundo; os pensamentos de Locke e Montesquieu são visíveis na fundação da América, enquanto Marx influencia muitos governos modernos; Burke exerceu influência sobre a política conservadora e Mill sobre o pensamento liberal e libertário moderno; John Dewey, uma das referências pragmáticas de Posner, exerceu influência direta sobre a educação americana¹³⁴.

Quanto aos filósofos morais que lecionam atualmente nas universidades do mundo anglo-americano, Nussbaum ressalta a influência de Amartya Sen sobre a economia do desenvolvimento internacional e de políticas públicas; a influência de Peter Singer sobre o direito dos animais¹³⁵; a influência de Bernard Williams sobre a política britânica na área da pornografia, dentre outros.

¹³²Para Barber (1975), o homem Rawlsiniano em sua posição originária é uma criatura lúgubre: não quer entrar em uma situação que promete sucesso, pois também pode resultar em fracasso. Não quer arriscar a ganhar, porque se sente condenado a perder. Sempre está pronto para o pior, pois não é capaz de imaginar o melhor. Portanto, não é um ser ousado que arrisca a sua liberdade para alcançar o melhor.

¹³³Para compreender melhor a influência de Kant nos direitos humanos modernos, vide a obra de Jürgen Habermas: *Kant's Idea of Perpetual Peace, with the Benefit of Two Hundred Years' Hindsight -Perpetual Peace: Essays on Kants Cosmopolitan Idea* (1977)

¹³⁴Vide obra de John Dewey: *Democracy and Education* (2009).

¹³⁵Vide *Libertação Animal* (2004), de Peter Singer.

Conforme esclarecido, um dos argumentos de Posner contra a teoria moral é sustentado pela afirmação de que nossas convicções morais mais profundas não podem ser alteradas por meio da argumentação moral e, portanto, por meio da teorização moral. Nussbaum acredita que o argumento filosófico não exige das pessoas que elas abandonem suas convicções. Na verdade, mais comumente, ela sistematiza pontos de vista que são desordenados, ou traz à tona uma parte da perspectiva moral das pessoas que porventura esteja obscurecida, subdesenvolvida, ou inconsistentemente aplicada (NUSSBAUM, 1998, p. 1782).

Para dar respaldo a seus argumentos, Posner deveria demonstrar que esse tipo de sistematização filosófico-reflexiva não faz diferença. Mas Posner desaponta justamente por não exercer nenhum tipo de investigação acerca dos argumentos filosóficos, sejam eles os mais antigos ou mais recentes. A fundação da América é até mencionada uma vez por Posner, mas ele sequer fala da importância e influência de Locke ou Montesquieu no pensamento daquela época.

Nussbaum quer deixar claro que, ao contrário do que Posner afirma, os filósofos têm uma direta influência sobre a vida pública. Até mesmo ressalta a existência de parcerias entre filósofos e os médicos, os quais têm influenciado fortemente a prática da medicina, especialmente por meio da vasta expansão dos direitos dos doentes e uma constrição do paternalismo médico. Para Nussbaum (1998) Posner precisaria de refutar essa presunção de que os filósofos, com seus argumentos morais, influenciaram e ainda influenciam a vida pública, mas ele não leva a sério o suficiente a questão ao ponto de refutar os contraexemplos óbvios à sua antiteoria. Nussbaum chega a dizer que, de uma forma geral, o leitor que sabe algo sobre filosofia acadêmica certamente se surpreende com cada ponto das afirmações do professor, devido à imprecisão de seus tratamentos.

Outra falha de Posner apontada por Nussbaum refere-se ao fato de que este distingue os “moralistas” e seus alunos de outras pessoas instruídas, como, por exemplo, os advogados e economistas. O problema nessa afirmação, segundo Nussbaum (1998), é que Posner refere-se somente aos profissionais e estudantes já formados, esquecendo-se dos graduandos. Muitos estudantes ainda graduandos – seja da área das ciências ou outras – elegem cursar disciplinas filosóficas ou são obrigados a ter contato com elas.

As afirmações de Posner que se seguem também estariam equivocadas de erros. Ele afirma, por exemplo, que os moralistas e seus alunos não parecem ter uma conduta mais moral que a de outras pessoas não dedicadas ao estudo da moral (POSNER, 2012, p. 108), mas sequer

oferece meios para acreditarmos em tal afirmação, não explicita nada sobre o papel desempenhado pela educação moral filosófica e sequer sustenta sua afirmação com exemplos.

O mais notável dos ataques inconsistentes de Posner, contudo, na perspectiva de Nussbaum é aquele que afirma que os filósofos morais têm a pretensão de produzir uma sociedade com moral uniforme e, portanto, remover a “variedade moral”. Posner não teria percebido a preocupação quase obsessiva da filosofia moral e da política liberal nas últimas décadas em defender um pluralismo e um tipo de liberalismo que deixam espaço máximo para a variedade humana (NUSSBAUM, 1998, p. 1783).

Vide o exemplo de Joseph Raz, o qual defende uma forma abrangente de liberalismo que faz do autodesenvolvimento autônomo um valor central em *The Morality of Freedom* (1979). Esse tipo de abordagem deixa muito espaço para a variedade humana. Sem contar a teoria da justiça de John Rawls – contida em *Uma Teoria da Justiça* (2008) - a qual sugere uma visão abrangente, por argumentar que o liberalismo anexa uma prioridade muito forte à liberdade e, assim, proporciona aos indivíduos um amplo espaço para perseguir suas próprias concepções do bem.

2.5.1 Relativismo e Subjetivismo na antiteoria de Posner

Nussbaum afirma que Posner possui um posicionamento moral próprio, uma forma de relativismo moral o qual se apoia sobre o ponto de vista de que “os critérios de validade de uma pretensão moral são dados pela cultura em que essa pretensão é afirmada e não por uma fonte transcultural (“universal”) de valores morais” (POSNER, 2012, p. 11).

O posicionamento metaético de Posner, denominado de “ceticismo moral pragmático”¹³⁶, foi delimitado de maneira mais precisa em etapa anterior. Nussbaum acredita que uma afirmação que exemplifica o ponto de vista de Posner é a de que “o aborto é moral nas culturas que têm uma atitude liberal diante do sexo ou que adotaram uma ideologia feminista, mas é imoral naquelas que querem limitar a liberdade sexual, estimular o crescimento populacional ou promover uma crença religiosa na sacralidade da vida humana” (POSNER, 2012, p. 34).

¹³⁶ Vide tópico com esse título, supra.

Cabe, contudo, questionar: Posner defende essa posição como uma descrição da nossa prática moral – e, portanto, está dizendo que julgamos as coisas como imorais com base em critérios locais – ou como uma recomendação normativa para a prática (ou seja, dizendo, portanto, que devemos nos pautar em critérios locais para julgar as questões morais)? Para Nussbaum (1998), o texto de Posner nos leva a enxergar que ele adota ambos os tipos de posicionamento:

Posner sugere que seu posicionamento é apenas descritivo quando ele nega que está adotando um “argumento moral” com base no relativismo moral e afirma que o próprio relativismo é autocontraditório (POSNER, 2012, p. 43). Nesse aspecto, parece que Posner quer deixar claro que qualquer ponto de vista que afirme que não devemos apelar para critérios universais para julgar a prática moral é um ponto de vista moral.

Mas, em alguns momentos, contraditoriamente, Posner dá a entender que pretende endossar o relativismo moral como uma visão normativa. Por exemplo, Posner não faz uma declaração meramente descritiva ao dizer que o aborto é legal em certas sociedades. Ele repetidamente faz uma afirmação normativa que tenta impor o fato de que nenhuma sociedade tem o direito de criticar a outra quanto a legalidade do aborto.

Portanto, segundo Nussbaum, Posner acaba adotando o relativismo como posicionamento moral ao invés de simplesmente descrever a moral como relativa, como era sua pretensão. Acontece que, como o próprio Posner afirma, a versão normativa do relativismo moral é autocontraditória: ele tenta impor a relatividade da moral por meio de um argumento que também é moral. Por que, então, seríamos obrigados a aceitar o relativismo? Sem contar que, para Nussbaum (1998) o relativismo moral está longe de ser o ponto de vista prevalente entre as pessoas na maioria das culturas do mundo.

Além do relativismo, Posner adota uma espécie de subjetivismo moral segundo o qual “a moral é uma função das crenças de cada indivíduo – ele só age de modo imoral quando contraria a moral que adotou para si” (POSNER, 2012, p. 12). Entretanto, Nussbaum (1998, p. 1787) diz que essa forma de subjetivismo é obviamente equivocada ao tentar descrever nossas práticas morais. Se ela fosse correta, então o elogio, a culpa, a educação moral e até mesmo o argumento moral não existiriam. Segundo o subjetivismo de Posner, se A diz que matar uma certa pessoa “x” imediatamente é errado e, ao mesmo tempo, B disser que matar a mesma pessoa “x” imediatamente é correto, então, na realidade, A e B não estão de fato discordando. Uma das versões do subjetivismo irá dizer que a afirmação de A não contradiz a de B. Outro tipo de subjetivismo declara que as afirmações de A e B são realmente contraditórias, mas ambas são verdadeiras.

Para Nussbaum (1998), seja qual for a forma de subjetivismo, ambas nos obrigam a rever toda a nossa compreensão acerca das práticas morais radicalmente, reinterpretando uma contradição como uma não-contradição e um desentendimento como dois relatórios paralelos distintos, sendo que isso nos leva à suspensão de leis básicas da lógica.

Posner, ao tentar desacreditar o papel do debate moral, sustenta que “para cada argumento em um dos lados de uma questão moral, há um argumento igualmente bom do outro” (POSNER, 2012, p. 63). Nussbaum (1998, p. 1788) afirma que essa sustentação foi feita por Pirro, no século IV A.C e também é utilizada por estudiosos atuais do pós-modernismo e dos estudos jurídicos críticos. Entretanto, tanto no passado quanto no presente, em termos descritivos, essa sustentação é falsa. Ora, na realidade, quando as pessoas ouvem dois argumentos conflitantes, elas geralmente não aceitam ambos como sendo igualmente bons. Mesmo quando os dois argumentos aparentam ser inicialmente bons, os ouvintes trabalham nos argumentos de tal forma que possam escolher qual deles realmente devem aceitar. Portanto, para Nussbaum, qual é a vantagem em aceitar o subjetivismo adotado por Posner se ele descreve circunstâncias que não são reais?

Nussbaum (1996) afirma que a lição que se pode extrair dos antigos cétricos Gregos é instrutiva para lidar com a antiteoria de Posner: os cétricos nos diziam para abandonarmos nossos impulsos naturais e aceitar o subjetivismo, tratando todas as reivindicações morais como meros relatos subjetivos e todos os argumentos como declarações de opiniões com o mesmo peso em ambos os lados. Se assim fizéssemos teríamos um surpreendente resultado: a paz de espírito. Não teríamos que nos preocupar com o que é certo e errado e apenas “seguiríamos o fluxo” do sistema predominante, mesmo que fosse ditado por um tirano. Nussbaum (1998) acredita que essa é uma escolha positiva somente se o que almejamos é uma vida com um “sono imperturbável”, em um mundo onde tiranos estão livres para fazer o que bem desejarem.

A antiteoria de Posner reveste-se desse “conforto” pregado pelos antigos. Mas, para Nussbaum, ela é, no mínimo, subdesenvolvida. Posner nada mais é que um cétrico conforme os antigos, que escolheu resolver o problema das reivindicações morais conflitantes adotando uma postura de distanciamento radical das práticas morais. Mas essa é uma posição que busca conforto e não justiça: quando um cétrico se depara com algo imoral, nada perturbará sua paz de espírito. Entretanto, esse é o melhor caminho? Para Nussbaum (1998, p. 1789), se fosse dada a possibilidade de escolha entre um juiz kantiano e um juiz cétrico, para a resolução de um caso específico, ela não teria a menor dúvida no qual escolheria.

2.5.2 A influência da teoria na prática e a importância da filosofia moral

Posner sustenta que a teoria moral nunca influencia a prática. Nussbaum (1998, p. 1792) afirma que essa sustentação é completamente falsa. Em alguns casos os teóricos morais são também políticos influentes: Cícero, Sêneca e Marco Aurélio, por exemplo, promulgaram suas próprias normas éticas por meio de práticas políticas de prestígio. Por outro lado, muitas das vezes certos teóricos morais também são empreendedores morais: vide o exemplo de John Dewey, o qual colocou suas teorias acerca do ensino na prática. Amartya Sen tem sido destaque no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento ao medir o bem-estar por meio de índices resultantes de sua capacidade teórica.

Mas Nussbaum concorda que essas situações descritas acima não são as mais comuns. Teóricos morais, como bem observa Posner, geralmente são inexperientes no campo político. A rota mais comum de influência, portanto, envolve uma complexa divisão de trabalho: os teóricos ensinam os alunos de graduação que, após a graduação, influenciam a vida pública de diversas maneiras distintas.

Os teóricos morais possuem seus leitores diversos espalhados por vários campos de atuação profissional e, assim, as suas ideias acabam sendo disseminadas de uma maneira muito prática. Foi assim que as obras de Grotius e Kant, por exemplo, influenciaram o direito internacional, uma área de atuação profissional com a qual os teóricos originais não tiveram qualquer contato. Também foi assim que as ideias de Locke influenciaram de forma massiva as “fundações” dos Estados Unidos da América.

Importante ressaltar que, para Nussbaum (1998), a influência da teoria moral não exige uma mudança ética generalizada. Por exemplo, Kant não esperava conduzir o mundo a uma paz duradoura, ensinando todas as pessoas a regerem suas condutas pelo imperativo categórico. O que ele esperava, sem dúvida, era que sua teoria moral aumentasse a qualidade média da prática moral em certa parte do mundo. Também esperava – e essa é uma afirmação mais significativa de Nussbaum – que sua teoria influenciasse os legisladores e líderes que estivessem em posição de moldar o desenvolvimento do direito, em especial o direito internacional.

Ora, para Nussbaum (1998, p. 1793), certos profissionais – os advogados, por exemplo – precisam de uma teoria de fundo para dar um sentido ao seu trabalho, fornecendo a ele um núcleo ético. Da mesma forma, Kant também precisava desses profissionais para que suas ideias tivessem um impacto prático.

Sem contar que muitos teóricos têm ou tiveram a intenção de moldar a educação dos jovens, a partir de certo código de conduta. Para Nussbaum, todos os principais teóricos morais fizeram recomendações para a educação moral dos mais jovens. Alguns teóricos como, por exemplo, Platão, Aristóteles, Seneca, Rosseau e Dewey construíram relatos detalhados acerca da boa educação. Outros, como Kant e Rawls, focaram em uma forma mais abstrata do desenvolvimento de motivos morais, deixando os detalhes a serem trabalhados por cada sociedade específica. Nussbaum acredita que os pensamentos desses teóricos certamente têm tido enorme influência sobre a educação das crianças em nossa sociedade. Nada disso teria acontecido, contudo, se a afirmação de Posner segundo a qual o argumento moral não convence as pessoas estivesse correta.

É bem provável que os argumentos da racionalização moral não sejam capazes de convencer as pessoas a se afastarem completamente de seus pontos de vista morais mais enraizados. Entretanto, eles possuem um papel fundamental em “trazer à superfície parte da nossa visão moral que tem sido obscurecida ou inconsistentemente aplicada” (NUSSBAUM, 1998, p. 1793).

Mais ao final de seus comentários à antiteoria de Posner, Nussbaum (1998, p. 1795) ressalta que os filósofos não estão acima de qualquer crítica. Entretanto, os argumentos de Posner são frágeis demais para nos fazer acreditar que a filosofia moral não tem o seu valor. O seu “quadro sombrio” do ser humano enquanto mecanismo controlado por impulsos inatos ocultos revela justamente a necessidade de não exclusão da filosofia. Assim, a nossa humanidade complexa e o nosso senso de que somos seres cuja dignidade deriva do papel penetrante da crítica racional em nossas vidas sociais, apenas ratificam a indispensabilidade da reflexão filosófica. Como sugeriu Cícero¹³⁷, desdenhar da filosofia é desdenhar de uma grande parte de nós mesmos.

Enquanto os seres humanos se importarem com o que é certo e em produzir argumentos para justificar o que fazem, a filosofia moral sempre terá um papel a desempenhar nesse processo. E quando a utilizamos bem, ela – a filosofia moral – ainda é digna de louvor (NUSSBAUM, 1998, p. 1795).

¹³⁷Marco Túlio Cícero, filósofo, orador, escritor, advogado e político romano foi um dos antigos que sempre ressaltou o papel da filosofia na prática pública. Chegou a dizer, inclusive, que não compreende as pessoas que menosprezam o estudo da filosofia e o que, para essas pessoas, seria, portanto, “digno de louvor”. Conforme menção no livro “dos deveres”: “Quanto a pessoa que menospreza o estudo da filosofia, eu realmente não entendo o que no mundo ela iria considerar digno de louvor”. Do original: “As for the person who belittles the study of philosophy, I really do not understand what in the world he would consider worthy of praise” (CICERO, 1991)

3 A INVIABILIDADE DA ANTITEORIA PRAGMATISTA PARA A DECISÃO JUDICIAL

A pretensão principal deste trabalho, até este momento, foi a de apresentar o pragmatismo enquanto teoria descritiva e normativa da abordagem de casos jurídicos pelos juízes e outros tomadores de decisões. Para tanto, destacou-se a abordagem judicial pragmática sugerida pelo magistrado norte-americano Richard A. Posner, explicitando suas características centrais e, em especial, a sua “antiteoria”, consistente no desprezo da teorização, reflexão e debates morais como diretrizes para as decisões, sejam elas pessoais ou – principalmente – jurídicas.

Também restou explicitado como os principais críticos do pragmatismo posneriano atacam com veemência o que acredita-se ser sua principal – e talvez mais radical – característica: a tese antiteórica. Em sua maioria, os críticos ressaltam o importante papel da teoria nas decisões individuais ou públicas, o valor da filosofia moral, assim como a inegável influência desta sobre a sociedade e os juízes.

Ressalta-se que a apresentação da abordagem pragmática posneriana até então foi feita de forma genérica, na tentativa de ser abrangente em relação ao direito, sem a especificação das particularidades dos sistemas jurídicos existentes ao redor do mundo. Entretanto, pode-se questionar: a abordagem judicial pragmática sugerida por Richard Posner seria viável em uma conjuntura institucional brasileira, principalmente no âmbito jurídico e na discussão de causas constitucionais complexas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal?

A hipótese defendida neste trabalho desdobra-se nos seguintes argumentos:

- i) Muitos dos princípios pregados por Richard A. Posner como essenciais ao pragmatismo jurídico enquanto teoria descritiva e normativa para a decisão judicial – como o empiricismo; o experimentalismo; a preocupação em alcançar as melhores consequências sistêmicas para a decisão judicial; o emprego da racionalidade e da análise custo benefício – são compatíveis com o cenário justeórico brasileiro contemporâneo e, até mesmo, são constantemente utilizados pelos magistrados, ainda que não com o rótulo de “pragmáticos”.
- ii) Entretanto, a “antiteoria”, ou seja, a característica pragmática posneriana que defende a inutilidade das teorias consideradas “abstratas” na decisão judicial, como a teoria moral e constitucional, não se sustenta, sendo inviável em uma

conjuntura justeórica contemporânea tanto norte-americana como também para a brasileira.

- iii) Os votos dos magistrados, provenientes das decisões de casos constitucionais paradigmáticos e difíceis do STF nos últimos anos que envolveram conflitos de direitos fundamentais, foram sustentados, em sua grande maioria, por uma abordagem mais próxima à “teórica”, no melhor estilo pregado por Dworkin. Na busca da melhor fundamentação, pautaram-se na valorização de princípios constitucionais de conteúdo moral e “abstratos” que melhor se adequavam às circunstâncias factuais. Não quer dizer que tenham ignorado uma aproximação pragmática por completo, mas não “evitaram” a reflexão, a teorização e o debate moral.

Defende-se, portanto, que o pragmatismo jurídico de Richard A. Posner somente se sustenta em parte, não sendo sua “antiteoria” condizente com as aproximações realizadas pelos juízes na contemporaneidade jurídica norte-americana, jurisdição onde atua Posner, na Europa e, também, principalmente, no âmbito brasileiro.

Essa hipótese começou a ser sustentada no segundo capítulo, com a “desconstrução” da antiteoria pragmatista por filósofos morais e jurídicos da atualidade, os quais fizeram ataques contundentes à (anti)teoria posneriana. Continuará a ser sustentada em parte com os argumentos nas linhas que se seguem e, também, a partir da análise de alguns *hard cases* enfrentados por juízes norte-americanos e – no âmbito nacional - pelo STF, no tópico seguinte.

Portanto, este último capítulo tem a pretensão de refutar a viabilidade da “antiteoria” posneriana em dois contextos:

- i) Em um cenário jurídico contemporâneo ocidental (Europeu¹³⁸ e, principalmente, norte-americano).
- ii) E, também, no cenário jurídico contemporâneo pátrio (brasileiro).

Primeiramente, far-se-á uma exposição argumentativa para ilustrar o quadro teórico no qual estamos inseridos na atualidade - pós-positivismo e/ou neoconstitucionalismo - e esclarecer como esse quadro é incompatível com uma antiteoria pragmatista. Em seguida, alguns casos paradigmáticos (norte-americanos e nacionais) serão discutidos com o fito de

¹³⁸Em relação ao contexto europeu, a explicitação será feita tão somente a partir da ilustração da conjuntura justeórica, deixando a análise de casos apenas para a jurisdição norte-americana e brasileira.

demonstrar que as fundamentações das decisões judiciais contidas nestes casos não abriram mão de uma argumentação, reflexão e debates morais.

3.1 O panorama justeórico contemporâneo e a inviabilidade da antiteoria pragmatista de Richard A. Posner

O alicerce para a construção da antiteoria pragmática de Posner é o ceticismo moral pragmático¹³⁹. Este ceticismo, por sua vez, parte do pressuposto de que não existe relação necessária entre o direito e a moral. A relação entre direito e moral, a partir de uma leitura pragmática posneriana, seria tão somente coincidente. Essa forma de enxergar a relação entre direito e moral é muito semelhante à defendida pela corrente teórica do *positivismo inclusivo*¹⁴⁰.

Acrescenta-se a esse posicionamento a relatividade da moral e a inutilidade de, ao se discutir questões jurídicas complexas, adentrar-se em debates morais “abstratos”, devido à impossibilidade de se alcançar consenso e de produzir respostas morais verdadeiras e inequívocas.

Toda a narrativa antiteórica de Posner tenta converter adeptos ao postulado de que não se deve misturar discussões morais com questões jurídicas. Os operadores do direito devem ser instruídos por outras ferramentas, de viés pragmático e devem atentar-se sempre para as melhores consequências e à racionalidade das decisões judiciais.

Contudo, neste tópico, tem-se a intenção de demonstrar que o quadro justeórico contemporâneo não é propício para a separação entre direito e moral, principalmente quando se tem por objeto questões jurídicas complexas (*hard cases*). Disto resultar na inviabilidade de adesão do discurso antiteórico posneriano tanto como teoria descritiva quanto teoria normativa para a decisão judicial.

A primeira incompatibilidade que pode ser apontada do contexto justeórico contemporâneo com a antiteoria de Posner refere-se ao papel desempenhado pelo texto constitucional em nações de tradição continental¹⁴¹. Maia (2009) fala em “transformações dos

¹³⁹Vide tópico 1.4.1 supra.

¹⁴⁰A qual trabalha com a ideia de que a relação direito-moral é contingente, dependendo da regra de reconhecimento (conforme Herbert Hart, 1994), sendo a moral mero fator social ligado às normas, o principal elemento do direito.

¹⁴¹Como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal.

sistemas jurídicos contemporâneos”, destacando como principal mudança o surgimento de um texto constitucional que estabelece um “programa positivo de valores que deve ser ‘atuado’ pelo legislador” (ARIZA, 1999, p. 130).

Nesse sentido, o constitucionalismo europeu contemporâneo se sustenta na tradição liberal que entende a ordem constitucional como um instrumento de garantia da esfera mínima intangível de liberdade dos cidadãos, mas, também, incorpora as modificações consagradas no perfil do constitucionalismo a partir do modelo das Constituições alemã e italiana do pós-guerra.

Luís Roberto Barroso (2005) leciona que houve uma “reconstitucionalização da Europa”, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, a qual redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas¹⁴².

Essa mudança na seara constitucional acarretou no surgimento de constituições com um denso conteúdo substantivo que passou a ser observado e aplicado pelos juízes nos conflitos jurídicos. A incorporação de conteúdos substantivos nas constituições, por sua vez, refletiu em uma nova forma de enfrentar uma das questões principais da filosofia do direito: a relação entre direito e moral. Acredita-se que os princípios constitucionais, de caráter substantivo, abriram uma via de penetração da moral no direito positivo.

A valorização que as novas constituições deram aos direitos fundamentais foi essencial para essa ligação do direito com a moral, pois, por possuírem conteúdo valorativo, geralmente são tratados enquanto princípios de conteúdo moral. Assim, conforme Alfonso Garcia Figueroa:

Os direitos fundamentais reforçam assim um fenômeno mais amplo: o imbricamento do raciocínio jurídico e raciocínio moral, que apresenta relevância justeórica no sentido de que exige a superação do paradigma que rege a dialética positivismo/jusnaturalismo em favor de um modelo neoconstitucionalista. As consequências no plano justeórico deste posicionamento são: o rechaço ao dualismo direito/moral em favor de um gradualismo entre ambos os termos e o rechaço ao objetivismo em favor da tese da vinculação jusnaturalista; tudo isso com a introdução do construtivismo ético e do constitucionalismo dentro do acervo teórico do direito¹⁴³ (FIGUEROA, 2003, p. 197).

¹⁴²Segundo Barroso (2005, p.3-4), a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

¹⁴³Do original: “Los derechos fundamentales refuerzan así un fenómeno más amplio: la imbricación de razonamiento jurídico y razonamiento moral, que presenta relevancia iusteórica en el sentido de que exige la superación del paradigma que rigela dialética positivismo/jusnaturalismo a favor de un modelo neoconstitucionalista. Las consecuencias en el plano iusteórico de este planteamiento son: el rechazo del

A necessária conexão entre direito e moral também é bem narrada por Ralf Dreier (1994, p. 82-83), o qual defende que as constituições políticas de determinados Estados, ao incorporarem certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade e igualdade) ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como a expressão da ética política moderna, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que graças a ela se exige, por direito próprio, em casos de vaguidade e colisão, aproximar a noção do direito como ele é do direito como ele deve ser.

Essa mudança em tratar o direito apenas como “ele é”, com a valorização da busca de “como ele deve ser”, retrata uma superação da corrente teórica do *positivismo exclusivo*¹⁴⁴ capitaneado por Hans Kelsen. Conforme Moreira (2009, p. 444), o positivismo exclusivo é a opção de entender o direito de acordo com os pressupostos escritos por Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito) e renovados por Alf Ross e Norberto Bobbio (Teoria da Norma Jurídica), entendidos, especialmente, pela separação completa entre direito e moral e pela neutralidade do observador quanto ao objeto-direito. Nessa etapa justeórica, os princípios jurídicos ainda não eram destacados por si, sendo a autoridade competente a garantidora da validade do direito, por ser reconhecida e aceita como tal.

Essas transformações históricas e filosóficas impuseram a necessidade de um novo marco teórico: o pós-positivismo¹⁴⁵, o qual situa o pensamento jurídico para além da tradicional dicotomia jusnaturalismo e positivismo jurídico. Segundo Barroso (2005, p. 6):

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos

objetualismo em favor de la tesis de la disposición a la corrección alternativa tanto a la tesis de la separación positivista como a la tesis de la vinculación iusnaturalista; todo ello con la introducción positivista como a la tesis de la vinculación iusnaturalista; todo ello con la introducción del constructivismo ético y del constitucionalismo dentro del acervo teórico de la teoría del Derecho”.

¹⁴⁴O positivismo exclusivo tem como principal característica a crença de que não há nenhuma relação do direito com a moral. A Sanção e a autoridade competente são elementos de destaque nesse modelo. Ele trabalha a concepção jurídica por meio de uma teoria do ordenamento – entendida na elaboração de Norberto Bobbio em sua clássica Teoria do Ordenamento Jurídico – fundada na teoria das fontes pensadas a partir do direito privado como vetor maior de aplicabilidade (MOREIRA, 2009, p. 450)

¹⁴⁵Nomenclatura utilizada em âmbito nacional primeiramente por Paulo Bonavides, em seu *Curso de direito constitucional* datado de 1995.

fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Na descrição de Barroso, duas ideias centrais do pós-positivismo são conflitantes com a antiteoria de Posner: i) a leitura moral do direito e, ii) a reaproximação entre Direito e a filosofia, sendo a filosofia fundamental na articulação de uma nova hermenêutica constitucional preocupada com a melhor utilização dos princípios morais.

Em relação a i), destaca-se que a leitura moral do direito é influência direta da doutrina pós-positivista de Dworkin, para o qual os dispositivos da Constituição norte-americana que protegem os indivíduos e minorias da ação do Estado – como as partes da Décima Quarta Emenda que protegem as prerrogativas e imunidades dos cidadãos garantem-lhes o devido processo e a igualdade de proteção da lei – estão “vazados” em uma linguagem moral excessivamente abstrata. Dworkin (2006, p. 10) sugere a leitura moral desses dispositivos, que devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: a de que referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado.

Para Dworkin (2006), é claro que sempre existirão discordâncias sobre a maneira correta pela qual esses princípios morais abstratos devem ser interpretados, sendo também evidente que a leitura moral não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém, pois existem muitos dispositivos na constituição que não são nem especialmente abstratos nem vazados na linguagem dos princípios morais. Mas isso não implica em dizer que uma leitura moral não deva ser realizada em certas situações. Ora, a leitura moral da constituição e do direito, muito em voga no cenário justicioral contemporâneo e visível na prática das decisões judiciais, é contra todos os ideais da antiteoria de Richard Posner.

Quanto à ideia ii), vale dizer que a valorização da hermenêutica filosófica e constitucional acarreta, também, na valorização de uma disciplina relacionada ao direito que, até então, nunca havia atingido o papel de protagonismo: a filosofia do direito. Conforme nos ensina Marco Aurélio Marraffon, “mais do que nunca, a filosofia do direito está se construindo com a invasão da filosofia no direito” (MARRAFON, 2008b, p. 125).

Nessa mesma conjuntura, Marraffon (2008b) alerta-nos que disciplinas como a filosofia, a política, a teoria do Estado, a sociologia - entre outras - passaram a se tornar campos de conhecimento que devem informar o filósofo do direito, promovendo clareza categorial sobre o que está falando e em qual medida. Daí o mesmo explicitar, de forma bem

clara, que apesar de o positivismo jurídico ter sido a teoria do direito predominante na maior parte do século XX, é inevitável falar em uma crise de seus postulados.

Esse novo paradigma de valorização da filosofia como norteadora para uma hermenêutica constitucional mais arrojada também é incompatível com a antiteoria posneriana. Para o pragmatismo posneriano, não apenas a filosofia moral, mas também a filosofia “pura” não teria utilidade para guiar as decisões judiciais e seria irrelevante em um nível prático-jurídico¹⁴⁶.

Posner (2009) acredita que a importância da filosofia encontra-se em outro âmbito, que não é o da prática jurídica e da aplicação do direito. Segundo o magistrado, embora a filosofia seja importantíssima no sentido de seu conteúdo revelar “intuições extraordinárias sobre a personalidade e dilemas humanos”, nada “[..] sugere que seja possível e proveitoso garimpar os textos filosóficos ou consultar os filósofos em busca de soluções específicas para problemas específicos de administração pública. A compartimentação do conhecimento, um traço tão visível do mundo moderno, pode ter condenado a filosofia à irrelevância no nível da prática” (POSNER, 2009, p. 470).

Nesse ponto visualiza-se uma crucial diferença quanto a relevância da filosofia para o direito entre Posner e Dworkin: enquanto o primeiro acredita que a sua importância se restringe, no máximo, ao esclarecimento de alguns conceitos jurídicos controversos, além de influenciar na formação de juristas no que diz respeito às suas metodologias, Dworkin (2010) defende que a filosofia está totalmente inserida na *práxis* jurídica, sendo desta inseparável. Para Dworkin, o juiz, de tempos em tempos, fatalmente se depara com questões filosóficas difíceis e, conseqüentemente, um raciocínio filosófico é indispensável para a produção de uma sentença adequada.

Quanto a viabilidade da antiteoria pragmatista no contexto brasileiro, em primeiro lugar, importante destacar o posicionamento do próprio Posner o qual deixou bem claro que sua pretensão não é a de universalizar a atividade judicial pragmática. Posner afirmou que o pragmatismo enquanto corrente filosófica é essencialmente norte-americana e pode não ser igualmente útil em outros países, sendo que o mesmo vale para a atividade judicial pragmática. Os argumentos em favor dela são mais fracos em uma democracia parlamentar que em uma democracia federativa regida por freios e contrapesos à maneira da que existe nos Estados Unidos.

¹⁴⁶Vide a “objeção profissional” da abordagem teórica de Dworkin feita por Posner no tópico 2.1.3.

Isso porque, de acordo com Posner, muitos sistemas parlamentares – em especial o inglês – são efetivamente unicamerais e o parlamento é controlado pelo poder executivo. O poder legislativo de um sistema tão centralizado, além de ser capaz de aprovar leis novas com facilidade e rapidez, pode dar a elas uma redação clara.

Quando os tribunais de países com esse tipo de sistema identificam uma lacuna na legislação, eles têm uma razoável certeza de que a lacuna será em breve preenchida pelo Parlamento, de tal modo que, se os juízes se recusarem a preenchê-la, a injustiça cometida será apenas temporária. Nas palavras de Posner (2012, p. 419), “os juízes podem se dar ao luxo de serem mais morosos, mais submissos às normas, menos pragmáticos que os juízes norte-americanos; o custo, em matéria de injustiça substantiva, será menor”.

Posner ressalta que a estrutura legislativa dos Estados Unidos torna extremamente difícil a aprovação de novas leis, quanto mais a de leis claramente redigidas. Assim, para obter os “melhores resultados”, os tribunais norte-americanos não podem deixar que o legislativo se encarregue, exclusivamente, de elaborar as normas jurídicas, pois tal atitude resultaria em inúmeras lacunas e vícios. A necessidade de um juiz ser pragmático é proveniente de fatores diversos:

A ausência de carreira no poder judiciário norte-americano, a ausência de critérios universais de nomeação. A diversidade moral, intelectual e política da nação, o caráter individualista e antiautoritário da população e a complexidade e o dinamismo extraordinários da sociedade são outros tantos obstáculos que impedem que os juízes norte-americanos se limitem a aplicar normas estabelecidas pelo poder legislativo, pelas agências reguladoras e pelos autores de nossa Constituição (POSNER, 2012, p.419-420).

Ora, analisando as justificativas de Posner para a adoção de um pragmatismo, em se tratando da organização político-administrativa do Estado, não existem motivos latentes que impeçam um sucesso na implementação de uma abordagem judicial pragmática pelos juízes brasileiros. A estrutura organizacional do Estado brasileiro também justificaria uma atitude pragmática na resolução de casos jurídicos pelos magistrados, uma vez que, semelhantemente aos Estados Unidos, o Brasil também é uma democracia federativa regida por freios e contrapesos, com os mesmos problemas – mas com suas particularidades, obviamente - relacionados à dificuldade de aprovação legislativa, por diversos fatores que poderiam ser mencionados, dentre eles o Bicameralismo.

Todavia, no que diz respeito à conjuntura justeórica do Brasil atual, a abordagem judicial pragmática sugerida por Richard Posner deixa de ser plausível em sua totalidade, principalmente no que diz respeito à sua “antiteoria”. No Brasil, esse processo de superação

do tratamento do direito como totalmente separado da moral também vem acontecendo, fruto da influência do constitucionalismo norte-americano e europeu.

No sistema pátrio, com o advento da Constituição Federal de 1988, de matriz principiológica, introduziu-se uma nova configuração no âmbito do direito público: com um texto que vai além dos limites do constitucionalismo tradicional, de corte liberal, trazendo em seu bojo um extenso elenco de direitos fundamentais e incorporando, por meio dos princípios, opções valorativas e, através das diretrizes, compromissos políticos.

Na doutrina constitucional brasileira, valorizou-se uma nova constelação teórica, que reconhece a estrutura normativa composta por regras e princípios, primeiramente exposta por Paulo Bonavides¹⁴⁷, apontando Ronald Dworkin e Robert Alexy como seus principais protagonistas. Na descrição dessa nova configuração teórica, Paulo Bonavides utilizou o termo “pós-positivista”, sendo que a utilização desta expressão se justificou na medida em que a incorporação dos princípios jurídicos e dos valores atrelados implicou o abandono de uma das características principais do positivismo jurídico: a não conexão necessária entre direito e moral (MAIA, 2009, p. 339-400).

Para Bonavides (2004, p. 265) é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural quanto a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável; capitaneada sobretudo por Dworkin.

A valorização da argumentação jurídica, da tópica jurídica, da hermenêutica filosófica e constitucional, da filosofia analítica aplicada ao direito e até a expansão dos direitos fundamentais são uma resposta à insuficiência do modelo positivista. Essa valorização ganhou força com a crítica ao positivismo e ao método científico aplicado ao direito, mas, principalmente da insatisfação com a característica positivista de separação entre direito e moral. E é essa separação o ponto de partida da antiteoria de Posner, conforme mencionado anteriormente, apesar de o mesmo não se considerar positivista.

Na Europa, as matizes de Aristóteles (tópica), Kant (teoria dos princípios) e Hegel (metodologia do direito) se concentraram em negar o positivismo. Mas esse retrato europeu

¹⁴⁷De acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 259-266), a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: i) a jusnaturalista: a fase mais antiga, na qual os princípios habitavam ainda em uma esfera por inteiro abstrata e detinham normatividade por demais duvidosa, mais se ajustando, em verdade, a uma dimensão meramente ético-valorativa que inspirava postulados de justiça; ii) a juspositivista: aqui os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, o que lhe retirou a normatividade; iii) pós-positivista: corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, onde se acentua a hegemonia axiológica dos princípios, em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

em pleno debate demora a chegar ao Brasil, onde o positivismo até a década de 1990 é a grande opção (MOREIRA, 2009, p. 442).

Algumas décadas antes, travou-se o principal debate que iria mudar o rumo da teoria do direito, entre Ronald Dworkin e Herbert Hart. Nele, discutiu-se, também, a relação entre direito e moral. Hart defendeu-se dos ataques realizados por Dworkin e, ao fazê-lo, “abriu a guarda”, apresentando um positivismo moderado¹⁴⁸ que concorre com o positivismo padrão (*hard* ou exclusivo).

Não é a pretensão, aqui, discutir uma posição teórica mais recente que tem sido adotada e discutida por muitos, no direito pátrio e em parte do mundo: o Neoconstitucionalismo¹⁴⁹. Isso porque ele não tem sido isento de críticas e nem foi digerido por todos. O que importa é que, no Brasil, a maioria dos teóricos e constitucionalistas adotou uma postura ao menos “pós-positivista”, alcançada com a implementação de um direito principiológico e de uma constituição aberta, interpretada por todos os juízes.

Ora, esse triunfo do pós-positivismo em nosso território nacional – com grande influência de Ronald Dworkin – faz com que relevante parte dos juízes brasileiros justifiquem suas decisões, principalmente os *hard cases* da seara constitucional, com base em princípios de conteúdo moral. Aqui, portanto, o conselho de Posner para que os juízes baseiem suas decisões públicas em fatos e consequências, abrindo mão da discussão moral - e, conseqüentemente, da teoria moral - nos parece impossível, senão absurdo.

Os juízes brasileiros, hoje, estão muito mais próximos da abordagem pregada por Ronald Dworkin, qual seja, a abordagem teórica, que, dentre as várias características descritas neste trabalho, destaca-se aquela que diz que raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a

¹⁴⁸Hart assumiu um positivismo menos radical, denominado de positivismo moderado e isso abriu margem para a defesa de outros tipos de positivismo, por diversos autores. Conforme Hart, em uma de suas defesas às críticas de Dworkin: “Isso está duplamente errado. Em primeiro lugar, ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como “positivismo moderado” e não, como a versão de Dworkin acerca da mesma, “positivismo factual” (HART, 1994, p. 312)

¹⁴⁹O neoconstitucionalismo teórico, ou normativo, aceita a pretensão de correção como critério racional regulador do direito. Possui como características marcantes a onipresença da constituição e a sua força invasora, a qual afeta principalmente a interpretação, a teoria da norma e as fontes do direito. Seus elementos principais são a ponderação e a possibilidade de técnicas para a solução de conflitos, sobretudo dos casos difíceis. A ponderação é veículo da argumentação jurídica, a qual assume papel destacado. Entre seus defensores encontramos teóricos como Luis Pietro Sanchís e Albert Calsamiglia; no Brasil, o ministro do STF Luís Roberto Barroso. Difere-se do modelo neoconstitucionalista total defendido por Alfonso Figueroa, Robert Alexy, SastreAriza, Manuel Atienza e, no Brasil, Antonio Maia. Esse segundo modelo faz a conexão necessária entre o direito e a moral, incluindo também a política. Atua nas decisões dos demais poderes, pelo caráter substancial da Constituição, invadindo terreno antes impensável – a filosofia-moral, as práticas processuais-jurídicas-processuais e as questões político-sociais. (MOREIRA, 2009, p. 443-452)

problemas jurídicos específicos uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política (DWORKIN, 2010, p.73).

Se a fundamentação em grande parte dos casos constitucionais é proveniente da aplicação de princípios jurídicos carregados de conteúdo moral, aconselhar aos juízes que deixem de refletir acerca da moralidade do caso que estão se deparando seria incoerente. Até porque, seguindo a orientação de Dworkin (2010), delimitar de forma estanque o que seja um argumento moral, a reflexão moral e a teoria moral em si é uma tarefa impossível. A antiteoria de Posner, portanto, com sua repulsa à teorização moral e à utilização da teoria constitucional como instrumentos norteadores para a resolução de casos jurídicos seria infrutífera na atual conjuntura jurídica brasileira.

Não quer dizer, contudo, que toda a abordagem judicial pragmática de Richard Posner seja descartável em sua totalidade. Acredita-se que existem pontos de convergência entre a abordagem teórica defendida por Dworkin e parte do pragmatismo jurídico de Posner. O experimentalismo e o empiricismo, e até mesmo a participação da sociedade com a valorização de sua opinião - sem descartar a importância do papel contramajoritário pelo judiciário que será discutido adiante - por exemplo, são características pragmáticas que podem ser aproveitadas quando mescladas com um raciocínio teórico-reflexivo que inclua em seu bojo a reflexão moral.

Nesse sentido, conforme destacado por Riccardo Guastini (2005), apesar de existirem modos de abordar e discutir as sentenças¹⁵⁰, é evidente que essas abordagens não são reciprocamente excludentes. Ao contrário, podem muito bem conviver e unir-se numa análise meta-jurisprudencial “integrada”.

¹⁵⁰Embora Guastini não estivesse discutindo especificamente as abordagens “teórica” proposta por Ronald Dworkin e a “pragmática” de Richard Posner. Para Guastini existe o modo “normativo” ou deontológico e analisar uma sentença, segundo a qual parte-se da decisão e remonta os argumentos adotados para justificar tal decisão (parte-se do dispositivo para remontar a motivação); e, por outro lado, o modo “pragmático” ou “consequencialista” de analisar uma sentença, a qual consiste em tomar os motivos da decisão não para remontar à fundação normativa, mas antes para desenvolver-lhes as consequências (políticas, sociais, econômicas), os resultados práticos (GUASTINI, 2005, p. 238).

3.2 Análise de Casos

3.2.1 União homoafetiva

O primeiro tema que será utilizado para a desconstrução da antiteoria posneriana a partir de uma análise de casos relaciona-se à união homoafetiva. O objetivo é demonstrar a impossibilidade, ao se discutir o assunto judicialmente, de abster-se de argumentos morais.

Inicialmente, destaca-se a concepção pragmatista posneriana em relação ao tema, a qual sofreu uma mudança paradigmática ao longo do tempo. Portanto, é possível falar em dois posicionamentos – conflitantes - de Richard Posner em relação ao assunto, ambos guiados por uma interpretação pragmatista, mas com conclusões distintas.

Em um primeiro momento, tem-se o posicionamento de Posner em relação ao tema que será denominado de “premature”, tendo em vista sua posterior alteração de conteúdo. Segundo Posner (2012), quando os debates acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos começaram a ganhar força, William Eskridge¹⁵¹ apresentou bons argumentos jurídicos em favor da existência de um direito constitucional federal ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre eles: a ponderação entre benefícios do casamento homossexual e os custos para os interesses importantes do Estado e a constatação de que os benefícios são maiores que os custos; a distinção entre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de um lado, e o casamento polígamo e incestuosos, de outro; a analogia feita a partir das decisões da Suprema Corte que declararam a nulidade das leis estaduais que proibiam o casamento inter-racial e daquelas que permitiam que prisioneiros se casassem, dando a entender que a recusa em reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma versão ou um produto da discriminação contra as mulheres.

Percebe-se que, dentre os argumentos de Eskridge, alguns são compatíveis com as propostas da abordagem judicial pragmática, como as considerações dos custos e benefícios da possível decisão judicial que permitisse o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, para Posner, O problema nos argumentos de Eskridge reside na suposição tácita de que os métodos do casuismo jurídico constituem fundamento suficiente para obrigar todas as

¹⁵¹Professor de direito na Yale Law School.

unidades federativas dos Estados Unidos a adotar uma política social que pode ofender profundamente a opinião da maioria dos cidadãos do país.

Antes de dar continuidade, um adendo é importante: esses argumentos apresentados por Eskridge, assim como as primeiras ponderações de Posner sobre o assunto – o casamento entre pessoas do mesmo sexo – aconteceram no final da década de 90. Hoje, a discussão encontra-se em outro patamar nos Estados Unidos da América. Atualmente, diversos estados (dentre eles California, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Rhode Island, Vermont, Washington), assim como o Distrito de Colúmbia, já legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo (FREDERICK, 2014).

Recentemente, em outubro de 2014, uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos derrubou as tentativas de barrar a união homoafetiva nos estados de Virgínia, Oklahoma, Utah, Wisconsin e Indiana, deferindo o que muitos constitucionalistas têm chamado de “direito tácito” a esse tipo de casamento.

Segundo a concepção “prematura” de Posner, na época da discussão e dos argumentos apresentados por Eskridge, a maioria pública não estava convencida que a legalização do casamento entre as pessoas do mesmo sexo era um direito a ser declarado pelos juízes. Conforme já comentado anteriormente, a opinião pública é fator de fundamental importância para a tomada de decisão pragmática: se a maioria da população do país rejeita o casamento entre pessoas do mesmo sexo, esse dado deve ser levado em consideração. O contrário também se aplica.

Posner até dizia entender que os tribunais não deveriam recusar-se a reconhecer um direito constitucional pelo simples fato de que tal reconhecimento possa minar sua popularidade, afinal, os direitos constitucionais são uma proteção contra a maioria democrática. Porém, na perspectiva pragmática, a opinião pública não deixa de ter certa relação com a tarefa de decidir se determinado direito constitucional existe ou não:

Aos juízes encarregados de reconhecer um novo direito constitucional, não basta consultar o texto da Constituição e da jurisprudência que trata de questões constitucionais análogas. Caso se trate de um direito verdadeiramente novo (como seria o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo), o texto e os precedentes jamais determinarão uma conclusão. Os juízes terão de levar em conta questões políticas, empíricas, institucionais e de simples prudência. Uma delas é a receptividade do público a uma decisão que declare o novo direito. Outra, como afirmei que talvez tivesse sido a abordagem correta para a Suprema Corte nos primeiros casos sobre o aborto, é a viabilidade e a desejabilidade de deixar o assunto em banho-maria por certo tempo antes de pôr em ação a artilharia pesada da criação de novos direitos constitucionais. (POSNER, 2012, p. 396)

Em casos difíceis como este, Posner afirmava que a maioria dos teóricos constitucionais, contrariando a maneira pragmática de se resolver questões de direito, diria que as cortes possuem a tarefa de fazer o que é correto, independentemente das consequências; ou, então, no mínimo, dizer o que é correto, mesmo que em seguida aconselhe os juízes a evitar o assunto por ser demasiadamente controverso.

Todavia, segundo ele, o judiciário não é um “clube de debates” – teóricos – e se a maioria do país tem medo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo afete negativamente o desenvolvimento de seus filhos, ou prejudique a instituição familiar de alguma maneira, ou, ao contrário, que ela possa trazer benefícios à população em geral, esse é um dado que necessariamente deve ser levado em consideração. Em suas palavras: “Não tenho suficiente confiança no poder da razão de resolver questões novas de direito constitucional que estão muito distantes do texto da história e da Constituição ignorando o que as pessoas diretamente afetadas pelas questões pensam a respeito delas” (POSNER, 2012, p. 398).

A virada paradigmática do posicionamento de Posner em relação ao tema aconteceu em setembro de 2014, quando o magistrado emitiu um parecer de 40 páginas para a decisão na *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit* referente ao caso que ficou conhecido como *Wisconsin & Indiana*¹⁵², o qual derrubou a proibição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nos estados de Wisconsin e Indiana. Foram vários os argumentos levantados, mas, dentro da perspectiva pragmatista, ressaltam-se:

Posner (Marilyn Baskin, et al vs Penny Bogan, et al, 2014, p. 9) fez uma revisão das principais teorias científicas atuais para ilustrar que “ser gay” não é uma escolha, mas sim uma determinação genética. Ressaltou que a orientação sexual é moldada de acordo com a exposição do feto a certos hormônios. Nesse argumento encontramos a orientação *empiricista* do pragmatismo posneriano, o qual foi determinante para a mudança de posicionamento.

O magistrado também destacou que impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é apenas irracional, mas também degradante, cruel e constitui um insulto aos filhos adotivos de casais homossexuais. Isso porque, “em um nível mais profundo”, essa discussão não se restringe aos direitos dos homossexuais, englobando também o bem estar das crianças americanas adotadas por casais do mesmo sexo e que somam um montante próximo ao de duzentos mil nos Estados Unidos, sendo que, dentre eles, alguns milhares são de Indiana e Wisconsin.

¹⁵² Vide *Marilyn Era Baskin, et al vs Penny Bogan, et al J.U 2.11 (2014)*.

Ora, se ambos os estados (Wisconsin e Indiana) admitem que as crianças se beneficiam psicologicamente e economicamente por terem pais casados, isso constitui um ponto convincente ao argumento em apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, já que proibi-lo comprovadamente prejudica as crianças. Percebe-se, portanto, na análise de Richard Posner, uma preocupação pragmática das melhores consequências com os efeitos da decisão para dois grupos: os homossexuais e as crianças, filhas adotivas destes.

O fator crucial, entretanto, que impulsionou a mudança paradigmática no pensamento posneriano refere-se ao importantíssimo papel da opinião pública na decisão pragmática. Em 1992 foi revelada a primeira crítica enfática do professor de Chicago ao casamento homossexual. No livro publicado neste mesmo ano – *Sex and Reason* – Posner (1994) argumentou que o casamento entre pessoas do mesmo sexo “não era uma proposta viável”, eis que a “hostilidade pública” aos homossexuais era “muito difundida”.

A oposição de Posner ao casamento homossexual começou a abrandar no final da década de 90, quando este afirmou que não via problemas em um estado aprovar certa lei que permitisse o casamento homossexual, contudo, ainda rejeitava a ideia de que os tribunais deveriam derrubar as leis que proíbem tal tipo de casamento. Nessa época, apenas 27% dos americanos apoiavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo (FRIEDMAN, 2014).

No ano de 2014, todavia, a brutal mudança da opinião pública sobre o assunto pesou na sua decisão prolatada em *Wisconsin & Indiana*. Uma pesquisa publicada em maio de 2014 mostrou que o apoio dos cidadãos para o casamento entre pessoas do mesmo sexo pelos norte-americanos passou para 55%. Em uma entrevista realizada para o jornal ABA, publicada em 01 de julho de 2014, Posner revelou que sua opinião mudou de acordo com o posicionamento da maioria, admitindo que atualmente é muito menos reacionário sobre este tema e outros, sendo que seu livro lançado em 1992 em oposição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda estava sob a égide da “idade das trevas” no que diz respeito à opinião pública acerca da homossexualidade (COHEN, 2014).

Percebe-se sem muito esforço que a decisão judicial pragmática posneriana leva sempre em consideração a opinião pública, principalmente quando trata-se de um caso difícil que traz consigo a possibilidade de criação de um novo direito constitucional.

O problema dessa abordagem pragmática, no que tange a influência da opinião da maioria, ao nosso ver, é que ela fatalmente pode levar a injustiças contra a promoção e proteção de direitos individuais.

Nessa perspectiva, Rodrigo Brandão (BRANDÃO, 2014) ressaltou que embora existam relevantes razões para a defesa da regra da maioria em uma democracia, como, por

exemplo, a vinculação desta com o princípio da igualdade - por conferir igual peso à participação política dos cidadãos - por outro lado, também é bastante difundida a crença de que a democracia não se limita à regra da maioria. Brandão destaca que, principalmente no segundo pós-guerra, percebeu-se haver um perigo interno à democracia, em face do risco de que a ausência de limites à deliberação majoritária transformar a democracia em uma tirania da maioria, em prejuízo aos direitos das minorias e à própria continuidade democrática.

Daí o Judiciário surgir como órgão protagonista, visto como capaz de reunir as condições adequadas para a preservação dos pressupostos materiais da democracia. Para Brandão (2014), o insulamento dos juízes em relação à política, obtido através das garantias da magistratura e da autonomia dos Tribunais¹⁵³, conferiria ao Judiciário uma posição especial para conter maiorias políticas ocasionais em proteção à Constituição. “Assim, a democracia demandaria não só deliberações majoritária, mas igualmente contramajoritárias” (BRANDÃO, 2014).

O papel de protagonismo do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais e como promotor de uma função contramajoritária também é bem ilustrado por Luigi Ferrajoli:

É nesta sujeição do juiz a Constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase “há tribunais em Berlim”: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos “democracia substancial”(FERRAJOLI, 2004, p.26).

¹⁵³No caso brasileiro, conforme os artigos 95, 96 e 99, todos da CF/1988.

O próprio Dworkin (2006) afirma que a maior parte dos que pensam que a “premissa majoritária” traz em si a definição e a justificação últimas da democracia, aceitam, mesmo assim, que em certas ocasiões a vontade da maioria *não* deve predominar. Dessa forma, “a maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando o seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se os direitos individuais” (DWORKIN, 2006, p. 25).

Para ressaltar o papel contramajoritário, Dworkin defende uma explicação que ele mesmo define como a “concepção constitucional de democracia”. Essa concepção constitucional de democracia afirma que o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição de democracia. Segundo Dworkin (2006, p. 26) “o objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, Dworkin já havia declarado anteriormente (2002, p. 286) que “a teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia da maioria. A Constituição e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupo de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum”.

A essencialidade na proteção dos direitos individuais, assim como a importância de um exercício, ainda que ocasional, do papel contramajoritário, demonstra-nos o perigo de ser pragmático a ponto de sempre ser influenciado pela opinião da maioria, o que é visível no pensamento e na prática posneriana.

Além do descaso com o importantíssimo papel contramajoritário do Poder Judiciário, destaca-se o fato de Posner ter se esquivado de tratar as questões levantadas em *Wisconsin & Indian* como questões morais e isso é perceptível na análise de seu parecer. Negou, até mesmo, que os argumentos levantados pelos advogados das partes fossem argumentos morais, daí a necessidade de abordar a questão pragmaticamente, sem se valer do uso de teorizações morais abstratas.

O magistrado destacou, por exemplo, que o advogado de uma das partes fundamentou sua defesa na tradição do casamento heterossexual, na tentativa de demonstrar que milhares de anos de experiência coletiva se sustentam no casamento tradicional, entre um homem e uma mulher, como ideal para a família, a sociedade, e da civilização. Embora para Posner ele

tenha se esquecido de mencionar o comportamento polígamo em alguns lugares, fundamental para análise do caso, o importante é que, segundo o magistrado, “argumentos de tradição devem ser diferenciados de argumentos baseados na moral” e que “nem Indiana nem Wisconsin utilizaram-se de argumentos morais contra a permissão do casamento homossexual” (Marilyn Baskin, et al vs Penny Bogan, et al, 2014, p. 30 e 31).

Posner tenta bloquear qualquer indício de aproximação do debate moral com as questões constitucionais complexas, balizando suas abordagens com instrumentais exclusivamente “pragmáticos”. É plenamente questionável, contudo, se de fato há a possibilidade de excluir a questão moral dos *hard cases*. Aqui vale lembrar de uma das críticas de Dworkin ao magistrado, a qual sustenta-se justamente na confusão que Posner faz entre “argumentos morais”, “questão moral”, “teoria moral”, dentre outros termos. O que Dworkin tentou deixar claro é que a questão moral fatalmente será premente nas questões constitucionais complexas e tentar escapar delas – consequentemente abstando-se de argumentos morais - é inútil.

A própria valorização da opinião pública como baliza para a decisão judicial, apesar de rotulada por Posner como instrumental pragmático, não deixa de estar envolta de moralidade. Nesse sentido, conforme Dworkin (2013, p. 645): “Será que uma “maioria moral” pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar as suas escolhas pessoais?”.

A questão da escolha sexual, essencial à vida e à personalidade, também é vista por Dworkin (2013), como uma questão de moralidade. A liberdade que os adultos devem ter para tomar suas próprias decisões sobre o sexo, quando tais questões não atingem outras pessoas diretamente é uma questão moral.

O fracasso da antiteoria pragmatista – ao menos enquanto teoria descritiva – é perceptível em fundamentações jurídicas diversas sobre o tema. O recente (2013) e paradigmático caso *United States vs. Windsor*¹⁵⁴, por exemplo, aponta para um desfecho recheado de argumentos e fundamentos morais. Dizer que os juízes foram tão somente pragmáticos a ponto de ignorarem as questões morais (antiteoria) seria um ledô engano. Veja-se, pois:

Em *United States vs. Windsor*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a interpretação restritiva da lei federal de defesa do casamento (DOMA), em especial a seção 3, para dizer que expressões como “casamento” e “esposa” aplicam-se apenas às relações

¹⁵⁴*United States vs Windsor 570 U.S. (2013).*

heterossexuais é inconstitucional sob a ótica da cláusula do devido processo da quinta emenda. Em um dos votos o juiz Anthony Kennedy ressaltou que “O estatuto federal é inválido porque ele não legitima o propósito capaz de derrotar o efeito de denegrir e ferir aqueles a quem o Estado, por suas leis matrimoniais procura proteger a personalidade e a dignidade. Ao tentar afastar a proteção dessas pessoas e tratá-las como sujeitos que vivem em casamentos menos respeitados do que o de outros, a lei federal é uma violação da Quinta Emenda” (SOCARIDES, 2013).

Ora, termos como “personalidade” e “dignidade” estão no campo dos princípios, portanto com altíssimo teor axiológico e recheados de conteúdo de moralidade. Quando um juiz fundamenta sua decisão nessa direção, com sustentáculo em “princípios abstratos” - na perspectiva de Posner – configura-se a conexão necessária entre direito e moral, a qual Robert Alexy (2004) convencionou chamar de *tesis moral*, que nada mais é que a tese segundo a qual a presença necessária de princípios em um sistema jurídico conduz à conexão necessária entre direito e moral¹⁵⁵.

O juiz Kennedy não mencionou estar preocupado com as consequências sistêmicas da decisão, nem mesmo encontra-se indícios de que ele tenha realizado uma análise custo-benefício. O seu argumento principal demonstrou um interesse em buscar o que é justo para indivíduos homossexuais, e essa investigação levou-o à análise e utilização de princípios “abstratos” que conectaram sua decisão à moralidade.

Até mesmo as decisões dissidentes em *United States vs. Windsor* não fugiram do campo da moral. Vide, por exemplo, o argumento do juiz Samuel Anthony Alito Jr., o qual ressaltou que, no momento atual, ninguém – incluindo cientistas sociais, filósofos e historiadores – pode prever com certeza quais serão as ramificações ao longo prazo provenientes da aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo que os juízes “certamente não estão equipados para fazer tal avaliação”. Para tal conclusão, utilizou da afirmação de que para algumas pessoas, a base da instituição (o casamento) reside em termos filosóficos. Essas pessoas argumentam que o casamento é essencialmente a celebração de uma união compreensiva, exclusiva, permanente e que tem como finalidade intrínseca o objetivo de produzir uma nova vida, mesmo que nem sempre isso seja possível (*United States vs. Windsor*, 2013).

¹⁵⁵Segundo Robert Alexy, “Se trata, pues, de la tesis según la cual la presencia necesaria de principios em um sistema jurídico conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta tesis será llamada *tesis moral*” (ALEXY, 2004, p. 79).

Embora perceba-se uma preocupação de Alito com as consequências futuras de uma possível admissão ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, seria completamente insensato dizer que sua fundamentação não trouxe em seu bojo uma carga moral, tendo em vista o destaque da “finalidade intrínseca” do casamento como instrumento de reprodução. A decisão de Alito é um típico exemplo da utilização de alguns instrumentais rotulados por Posner de pragmáticos – como a preocupação com as melhores consequências – mas, ao mesmo tempo, com a junção de argumentos morais.

Mais próximo à nossa realidade jurisdicional, tem-se o exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132¹⁵⁶ julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011. Este caso tinha como objeto o reconhecimento jurídico das uniões homoafetiva. A ação foi ajuizada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, tendo atuado como Procurador do Estado, na ocasião, o agora ministro do STF Luís Roberto Barroso. A ADPF nº 132 apontava como atos lesivos as decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais que negavam às uniões homoafetiva o mesmo regime das uniões estáveis.

De acordo com Barroso (2012, p. 121) a ADPF nº 132 indicou como preceitos fundamentais violados: o direito à igualdade (art. 5º, caput); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5º, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput), todos contidos na Constituição da República; e como atos do Poder Público causadores da lesão: a) o art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei nº 220, de 18.07.1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais; b) o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis.

No mérito, a petição inicial apresentou duas teses jurídicas principais. Entretanto, segundo o próprio Barroso (2012) a ação em si sustentava-se em premissas filosóficas. Quais sejam (2012, p. 122):

a) a de que homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Ademais, o

¹⁵⁶ADPF nº 132 (2011).

homossexualismo – e as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros; e

b) a de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou chancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis.

Não há dificuldade em notar que essas premissas filosóficas levantadas por Barroso estão revestidas de argumentos morais. Tanto é que a primeira tese defendida foi: “a de que um conjunto de princípios constitucionais – igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica – impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero”. Essa tese tem sustentáculo em princípios constitucionais recheados de conteúdo moral, os quais são taxados por Posner (2010, p. 58) de “abstratos”.

A decisão proferida pelo STF também não deixou o campo da moral. Destaca-se o voto-condutor proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, o qual – acompanhado da maioria – acentuou a liberdade individual, o direito à intimidade e à privacidade das pessoas, além de enquadrar a orientação sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa linha, Ayres Britto explorou os dispositivos constitucionais que vedam tratamento discriminatório em razão do sexo, concluindo que eventual interpretação reducionista do conceito de família iria de encontro a princípios constitucionais, bem como redundaria em discurso homofóbico ou preconceituoso.

Resta claro que a decisão da ADPF nº 132 pautou-se muito mais pela valorização dos princípios morais que na busca de fundamentação empírica ou consequencialista, caracterizando faceta nítida de um pós-positivismo na resolução de um caso constitucional difícil. O próprio Luís Roberto Barroso (2012, p. 124) acentuou que é “digna de nota a postura interpretativa do STF, que construiu a necessidade de reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo gênero a partir da aplicação direta de princípios constitucionais”.

Nesses casos ilustrados em relação à união homoafetiva, percebe-se claramente que prevaleceu, ou a menos teve crucial importância, a abordagem teórica pregada por Ronald Dworkin, segundo a qual “raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política” (2010, p. 73).

3.2.2 Direito à vida e à morte digna

Os casos constitucionais difíceis que envolvam o tema geral “direito à vida” e “direito à morte digna” também não fogem da esfera moral.

Começemos pela questão da eutanásia discutida no caso *Washington vs Glucksberg* (1997)¹⁵⁷¹⁵⁸. Quando a Suprema Corte dos Estados Unidos discutiu a possibilidade de se permitir que uma pessoa contrate um médico para “matá-la”, um distinto grupo de filósofos – dentre eles Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls e Judith Jarvis Thomson - uniu-se a Dworkin para submeter à Corte um memorial de *amicicuriaie* na tentativa de convencê-la a reconhecer um direito constitucional ao suicídio assistido por médico. A Suprema Corte, na ocasião, negou-se a reconhecer – ou, na perspectiva de Posner, criar – tal direito.

Para Posner, os juízes “ignoraram solenemente” o memorial quando decidiram confirmar as leis que proibiam o ato; e fizeram isso com razão, pois eles “ficam com um pé atrás quando se procura convencê-los a usar a teoria moral ou constitucional para decidirem as demandas” (POSNER, 2012, p. XII).

Posner acredita que a Corte assim optou - sem tomar partido na questão filosófica suscitada, a qual fora objeto de forte controvérsia no contexto de um debate mais amplo acerca da moralidade do suicídio - pois o memorial dos filósofos representava apenas mais um ponto e vista entre outros.

Segundo Posner (2012, p. 205), não há como explicar exatamente o motivo de os magistrados da Suprema Corte terem se “esquivado” da questão filosófica, mas certamente “tinham diversas razões práticas prementes (que o memorial dos filósofos ignorou) para agir dessa maneira”. O juiz lista cinco dessas razões:

¹⁵⁷*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

¹⁵⁸Eis o resumo do dissídio: em janeiro de 1994, Glucksberg e outros ajuizaram pretensão judicial perante uma Corte Federal norte-americana para que houvesse a declaração de que a "Lei de proibição da eutanásia do estado de Washington" fosse considerada inconstitucional, nas hipóteses em que fosse aplicada aos doentes terminais adultos com discernimento mental completo. Ao analisar a questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou o posicionamento de que a Lei estadual de Washington que proibia a eutanásia era constitucional. A Excelsa Corte asseverou que, na grande maioria dos estados e em quase todas as democracias ocidentais, era crime a prática da eutanásia ou do suicídio assistido. Dessa forma, o Tribunal concluiu, por unanimidade, que havia uma tradição consistente e praticamente universal que rejeitava o direito à eutanásia, até mesmo para os casos de doentes terminais e para pacientes adultos com discernimento mental completo. Sendo assim, a Suprema Corte norte-americana declarou que julgar em sentido contrário seria o mesmo que reverter séculos de prática doutrinária e jurisprudencial e desprezar a escolha política dos estados de se voltar contra a prática da eutanásia (CABRAL, 2011).

i) Em primeiro lugar, tendo em vista o equilíbrio entre os argumentos morais suscitados, a Corte não poderia ter redigido uma defesa convincente de nenhuma das posições. “Aos olhos dos observadores, ela estaria tomando partido em um desacordo que nem de longe é passível de resolução objetiva”. Mesmo que haja uma resposta objetivamente correta para as questões morais que surjam em um litígio judicial – conforme sugere Dworkin e outros realistas morais – a resposta sempre aparentará ser arbitrária, pois não existe nenhum procedimento racional que o juiz possa seguir e que se caracterize, aos olhos de um observador independente, como justificativa objetiva para a resposta. Essa primeira razão de Posner reforça a sua tese da inutilidade da teoria moral para a decisão judicial.

ii) Em segundo lugar, Posner acredita que a questão poderia ser resolvida democraticamente, sem a intervenção do judiciário e, portanto, sem a menor necessidade de justificação teórica. A questão estava na ordem do dia nas assembleias legislativas em vários estados e a batalha política não estava viciada em favor de um dos lados - os adeptos do *status quo*, que defendiam a proibição legal de todas as formas de eutanásia, por um lado, e os adeptos da mudança, de outro – sendo desnecessária a intervenção judicial para dirimir a questão. As opiniões concorrentes estavam bem representadas e plenamente ventiladas no processo político, portanto, a questão poderia ser resolvida por meio de um processo democrático.

iii) Em terceiro lugar, a concessão do direito de eutanásia exige uma série de juízos técnicos e práticos que não se reduzem facilmente a normas judicialmente exigíveis. Assim, conceitos vagos como os de “morrer” e “dor insuportável” teriam de ser revestidos de um sentido jurídico preciso e funcional.

iv) A quarta razão apresentada por Posner refere-se ao fato de que os juízes da Suprema Corte, como quaisquer outros, trabalham em excesso e sob pressão do tempo e, por isso, relutam em debruçar-se sobre “argumentos ininteligíveis da teoria moral” como os apresentados nos memoriais de *amicuriae*.

v) Em quinto lugar, mas não menos importante, Posner ressalta que “os juízes querem preservar a autonomia do direito e não fazer deste um servo de outras disciplinas”, principalmente se a disciplina for a filosofia moral, que para ele está longe de compreensão e do gosto dos juízes médios e também dos acima da média.

Posner acredita que – por mais que Dworkin (1997) pense o contrário¹⁵⁹- é um erro acreditar que os problemas “técnicos” são os mais difíceis de serem solucionados pelos juízes.

¹⁵⁹Posner(2012) acusa Dworkin de considerar exagerada a ideia de que aos juízes, enquanto grupo, falte competência para se dedicarem à análise detida de questões difíceis sobre moral política. Dworkin (1997)

A maioria dos problemas técnicos poderiam ser facilmente solucionadas por pessoas dotadas da formação correta. Em contrapartida, os problemas filosóficos não poderiam ser resolvidos nem mesmo pelos filósofos mais bem treinados. Nesse sentido, Posner acredita que os juízes, por saberem disso, mantêm-se afastados de questões desse tipo.

Para comprovar sua afirmação, Posner alega que John T. Noonan, Jr., juiz do Nono Tribunal Regional dos Estados Unidos, redigiu o voto aprovado pela turma original de três juízes em um dos casos sobre eutanásia¹⁶⁰. Apesar de Noonan ser explicitamente um notável moralista acadêmico que virou juiz, em seu voto, porém, ele evitou cuidadosamente dar a entender que a eutanásia é imoral, tese que ele acredita como católico e filósofo.

Em suma, Posner acredita que não há surpresa no fato de a questão moral ter sido dissolvida durante a apreciação judicial dos casos de eutanásia nos Estados Unidos. A Suprema Corte tinha prementes razões práticas para não reconhecer um direito constitucional, sendo que o memorial dos filósofos, encabeçado por Dworkin, “não tinha nada a ver com o assunto”.

Dworkin (2010) descontrói a tese de Posner de que os juízes evitaram a questão moral e aponta que as principais afirmações morais suscitadas em *Washington vs Glucksberg* foram: i) os doentes terminais lúcidos têm, em princípio, o direito de decidir por si próprios como querem morrer; ii) e mesmo que o reconhecimento desse direito aumentasse, em certa medida, o risco de que outros pacientes fossem pressionados a optar pela morte contra sua vontade, esse aumento de risco não justifica a recusa de reconhecer o direito.

Dworkin alega que os juízes da Suprema Corte, quando se depararam com essas questões, não “evitaram” ambas afirmações, simplesmente foram a contrário ou a favor¹⁶¹.

Alguns votos proferidos em *Washington vs Glucksberg* certamente foram construídos a partir de uma base moral. Isso é perceptível no voto do juiz David Souter, por exemplo. David Souter não se juntou à opinião da maioria proveniente do voto do juiz Rehnquist e alegou que a história da nação, assim como suas tradições, inclui não apenas direitos específicos que foram reconhecidos no passado, mas também os “valores básicos” que são revelados quando interpretamos esses direitos para ver quais os princípios mais gerais da moralidade política eles representam. Complementou dizendo que os juízes devem tomar

acredita que os juízes não precisam de muita formação em filosofia geral, se é que precisam de alguma, para poder refletir sobre questões morais complexas, ao contrário das questões sobre biologia e economia, as quais ele considera mais difíceis para o intelecto judicial.

¹⁶⁰Primeiramente em *Compassion in Dying vs Washington*, 49 f.3d 586 (1995). A decisão da turma foi afastada pelo tribunal em sessão plenária, sendo a decisão do tribunal pleno, por sua vez reformada pela Suprema Corte em *Washington vs. Glucksberg* 521 U.S. 702 (1997), na qual confirmou-se a tese original de Noonan.

¹⁶¹Um texto mais completo sobre essa decisão pode ser encontrado no artigo de Dworkin (1997) denominado *Assisted Suicide: What the Court Really Said*.

cuidado para decidir quais os princípios de moralidade política estão subordinados pela história da nação, eis que esses valores podem ser identificados em diferentes níveis de generalidade e não seria prudente utilizá-los de maneira mais “ampla” do que a interpretação factual exigiria para o caso.

Souter admitiu que a identificação de princípios com alto grau de generalidade não é uma questão mecânica e ressaltou que “selecionar entre as caracterizações concorrentes exige um julgamento fundamentado sobre qual o princípio mais amplo - como os exemplificados nos privilégios e proibições consagradas na tradição jurídica – melhor se adapta ao solicitado em um caso particular”.

Para Dworkin (1997), mesmo que Souter tenha negado o direito de suicídio assistido por médico em *Washington vs Glucksberg*, diferentemente dos outros juízes ele apresentou uma possibilidade de que as normas jurídicas, mesmo sendo populares e de longa data – como a de vedação ao suicídio assistido – possam ser consideradas inconstitucionais quando elas porventura violem princípios constitucionais mais gerais que envolvam a liberdade do indivíduo. O mais forte desses argumentos morais é perceptível quando Souter alegou, em seu voto, que existe um princípio geral, incorporado em tradições passadas que garante um:

“direito a atendimento e aconselhamento médico, sujeitos às condições limitadoras da escolha informada e responsável quando a morte é iminente...Não pode haver apelo mais forte à assistência de um médico do que no momento da morte iminente, juízo moral implícito no próprio reconhecimento estatal da legitimidade da atuação médica obrigatoriamente apressando o momento da morte prestes a ocorrer [p. ex.: desligar o equipamento de suporte à vida e permitir o alívio da dor que precede a morte]” (*Washington vs Glucksberg*, 1997, p. 781).

Dworkin (2013, p. 665) chega a afirmar que o parecer de Souter em *Washington vs Glucksberg* ofereceu uma definição clássica da tese da integridade, ao ressaltar que a história e as tradições da nação não contêm somente os direitos específicos que foram reconhecidos no passado, mas os “valores essenciais” que se revelam quando interpretamos esses direitos para saber quais princípios mais gerais de moralidade eles representam.

Na concepção de Posner (2012), a Suprema Corte também teria “fugido” da questão moral nos casos referentes ao aborto. No famoso caso *Roe versus Wade* (1973)¹⁶², por exemplo, o professor acredita que a Corte lidou com a questão do direito de realizar o aborto como uma questão de autonomia profissional: é o médico quem deve decidir se faz ou não o aborto e, portanto, o Estado não deve se intrometer, ao menos quando o aborto é feito no início da gravidez.

¹⁶²*Roe vs. Wade*, 410 U.s. 113 (1973) nº 70-18.

Para Posner, a questão da autonomia profissional poderia ter sido apresentada como uma questão moral, mas não foi; além de estar muito distante das questões morais mais importantes que envolvem o aborto: as que têm relação com os direitos do feto. Além do mais, quando o direito constitucional ao aborto foi conferido pela Suprema Corte, o Tribunal o fez em um contexto no qual um número substancial de abortos legais já estava sendo feito, número esse que aumentava rapidamente.

Ou seja, os juízes da Suprema Corte, na perspectiva de Posner, valorizaram o experimentalismo, característica tão importante no pragmatismo, ao observarem cuidadosamente os resultados e as consequências de se permitir o aborto antes de concederem um direito constitucional de âmbito nacional.

Até mesmo os juízes que divergiram em *Roe versus Wade* não teriam discutido as questões morais. Posner acredita que, para eles, a própria existência dessa questão – moral – era razão premente para que o Judiciário não se manifestasse¹⁶³. Essa atitude faz todo sentido para Posner, o qual acredita no princípio geral de que os juízes não devem tomar partido em questões morais.

Em via contrário, contudo, Dworkin rejeita enfaticamente o argumento de que *Roe vs Wade* encontra-se em um campo externo ao da moral. A celeuma não girou em torno da autonomia profissional do médico, mas sim a de saber se o feto humano já é uma pessoa desde o momento da concepção. Dworkin (2006) reconhece que o intrigante questionamento “acaso o feto humano já é uma pessoa desde o momento da concepção?” já foi suscitado e refletido por teólogos, filósofos morais e pessoas comuns durante muitos séculos. Entretanto, trata-se de uma questão que não pode ser resolvida nem pela pesquisa jurídica, nem por provas científicas, nem pela análise conceitual; e “vai continuar dividindo as pessoas, como hoje divide os norte-americanos, enquanto houver divergências profundas sobre Deus, a moral e a metafísica” (DWORKIN, 2006, p.69).

Mas essa questão principal de *Roe vs Wade*, “acaso o feto humano já é uma pessoa desde o momento da concepção?”, para Dworkin (2006), não é uma questão metafísica sobre o conceito de pessoa, nem mesmo uma questão teológica sobre a existência da alma do feto, mas sim uma questão jurídica acerca da correta interpretação da Constituição, questão essa que, necessariamente, tem de ser decidida judicialmente, pela Suprema Corte e não politicamente¹⁶⁴, como Posner sugere que seja feito em casos constitucionais complexos que

¹⁶³Os votos divergentes foram dos juízes Rehnquist e White.

¹⁶⁴Para Dworkin (2006) é errônea a impressão de que o tema do aborto deva ser decidido politicamente. Isso porque se essa for a escolha, não quer dizer que cada mulher poderá decidir qual a solução que melhor se encaixa

dividam a moral do público. Dworkin acredita que trata-se de uma questão de saber se o feto é uma pessoa constitucional, ou seja, cujos direitos e interesses têm de ser considerados tão importantes quanto os de outras pessoas no esquema de direitos individuais estabelecidos pela Constituição. Nesse sentido, em suas palavras (2006, p.71) “É uma questão complexa e difícil e de fato envolve problemas de moral”.

Sendo, a questão cerne do aborto, uma questão de interpretação constitucional, envolta de moralidade, Dworkin acredita ser pertinente o método específico da “leitura moral” da Constituição. Método este que tem como proposta que as pessoas – juízes, advogados e cidadãos – interpretem e apliquem os dispositivos abstratos da Constituição considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça (DWORKIN, 2006, p. 2).

Na interpretação constitucional, fatalmente o judiciário terá que optar por uma escolha moral. Daí o magistrado Noonan (1998) argumentar no sentido de que a Suprema Corte dos Estados Unidos adotou a moral da causa pró-aborto em *Roe vs. Wade*.

Para Dworkin, particularmente, a melhor interpretação do direito e da prática constitucionais norte-americanos corroboram a ideia de que a o feto não é uma pessoa constitucional. Essa seria uma conclusão mais facilmente digerida caso tenha-se em vista o argumento de que nenhum ser humano tem direito moral à vida antes que tenha desenvolvido consciência de que é um ser cuja vida se prolonga no tempo. Nesse sentido, “supondo que esse estado só seja atingido algum tempo depois do nascimento, a conclusão interpretativa – de que o ser humano só se torna uma pessoa constitucional a essa altura da vida – parece ainda mais lógica” (DWORKIN, 2006, p. 77).

De qualquer forma, independente da escolha feita pela Suprema Corte, essa escolha interpretativa fatalmente será uma escolha moral. E assim foi em *Roe vs Wade*. Em suas palavras, “Não há dúvida de que, nos casos de aborto, a Corte decidiu a questão moral de se saber se o feto é uma pessoa com interesses e direitos constitucionais próprios”(DWORKIN, 2010, p. 123).

No Brasil, em relação ao tema “direito à vida”, é possível ressaltar o paradigmático *hard case* que discutiu a constitucionalidade de pesquisa com células-tronco embrionárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510¹⁶⁵) no ano de 2008. Referido caso tinha por objeto o art. 5º da Lei nº 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança. O dispositivo legal impugnado dispõe, especificamente, sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia,

em suas convicções e necessidades, mas sim que, se o *lobby* antiaborto for suficientemente forte politicamente, as mulheres não terão oportunidade de escolha.

¹⁶⁵ADI nº 3.510 (2008).

de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização in vitro, e que não foram transferidos para o útero materno. Por entender que a norma seria incompatível com a Constituição, o então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3510) no Supremo Tribunal Federal.

A tese central afirmada na ação foi a de que “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”. Fundado em tal premissa, o Procurador-Geral sustentou que os dispositivos legais impugnados violariam dois preceitos da Constituição da República: o art. 5º, caput, que consagra o direito à vida.

O resultado da votação, em rigor, foi de seis votos favoráveis à pesquisa, sem qualquer limitação aos termos da lei; dois votos favoráveis à pesquisa, mas com a exigência de sua prévia aprovação por um comitê central de ética; e três votos no sentido de não admissão das pesquisas que importassem na destruição do embrião, o que significa, no estágio contemporâneo, a sua proibição.

Em primeiro lugar, importante destacar a abordagem teórica pautada na escolha de princípios - conforme Dworkin - utilizada pela grande maioria dos ministros na fundamentação de seus votos. Relator da ADI 3510, o ministro Carlos Ayres Britto liderou a corrente majoritária dos votos e decidiu pela total improcedência da ação. Fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças. Britto revelou a moralidade contida em seu voto ao conciliar os imperativos da ética humanista e da justiça material, a partir de uma perspectiva emancipatória dos direitos humanos:

É assim ao influxo desse olhar póspositivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto (BRASIL, 2008, p. 207).

Ao mesmo tempo, além da abordagem teórica pregada por Dworkin e com a utilização de princípios morais para a fundamentação da lide, esse caso paradigmático pautou-se, também, por algumas características destacadas por Posner como notadamente pragmáticas.

Vide a participação da sociedade na construção dessa decisão judicial, por meio das audiências públicas e da interferência dos *amicicuriae*.

No caso da ADI 3510, o Supremo Tribunal Federal entendeu como necessário o diálogo com especialistas da medicina, biologia, religião, filosofia e ética, os quais foram divididos em blocos contrários e favoráveis, cada qual representado por 11 especialistas. A presença dos *amicicuriae* na audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal possibilitou que a Corte tivesse acesso a elementos, informações e experiências específicas relacionadas ao tema em análise. Participação esta considerada de extrema importância para a legitimidade da construção da decisão que foi proferida.

A participação pelo então advogado – hoje ministro do STF – Luís Roberto Barroso como *amicuscuriae*, permitiu que o tema fosse discutido não apenas do ponto de vista ético e técnico-doutrinário, mas também do ponto de vista do direito comparado, quando destacou-se que, no Reino Unido, por exemplo, permite-se a produção de novas linhagens, assim como a clonagem terapêutica. Permite-se, ainda, a própria fecundação *in vitro* com o propósito direto de utilizar os embriões em pesquisas.

Com a participação dos *amicicuriae* na ADI 3510, valorizou-se a opinião pública e de especialistas, ressaltando valores pragmáticos. Ora, os juízes levaram em conta – ou ao menos permitiram que concorressem – questões políticas, empíricas e institucionais conforme algumas recomendações de abordagem pragmática pregadas por Posner (2012, p. 396). Dizer que os ministros também não atentaram para as consequências das decisões – característica cerne do pragmatismo – seria no mínimo irresponsável.

Contudo, o detalhe que “salta aos olhos” é: os votos dos ministros, quando da decisão da ADI 3510, não ignoram as questões morais, ao contrário, utilizaram-na até mesmo como peça chave na *ratio decidendi*.

Outro caso paradigmático que encaixa como sustentáculo para a hipótese ventilada nesta dissertação e que envolve o tema “vida” é o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54¹⁶⁶, que tratou da possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de gestação de feto anencefálico¹⁶⁷.

A ação tinha o objetivo de que se realizasse a interpretação conforme à Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o aborto (arts. 124, 126, *caput* e 128, I e II) para declarar que eles não incidem no caso da antecipação terapêutica do feto anencefálico e,

¹⁶⁶ADPF nº 54 (2012).

¹⁶⁷A anencefalia, vulgarmente conhecida como “ausência de cérebro”, caracteriza-se como uma má formação rara do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural nas primeiras semanas da formação embrionária.

com isso, obter o reconhecimento do direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de autorização judicial prévia.

Tendo em vista tratar-se de tema de alta complexidade, o Supremo Tribunal Federal convocou diversas audiências públicas para a discussão do tema, realizadas respectivamente nos dias 26 e 28 de agosto de 2008; e 04 e 16 de setembro de 2008. Nas ocasiões, representantes das principais entidades médicas e científicas do país prestaram depoimento. Aqui já visualiza-se a preocupação dos magistrados em buscarem conhecimento empírico e científico em relação a tema controverso e de profunda complexidade. A princípio podemos dizer que os juízes do caso, mesmo que não propositalmente, tiveram uma guinada pragmática inicial, satisfazendo o anseio pragmatista pela informação científica para condução da decisão judicial.

Conforme Barroso (2012, p. 24), o que se constatou por meio das audiências foi: (i) O diagnóstico de anencefalia é feito com 100% (cem por cento) de certeza, sendo irreversível e letal na totalidade dos casos. A rede pública de saúde tem plenas condições de fazer esse diagnóstico, assim como de realizar o procedimento médico de antecipação do parto, caso seja esta a vontade da gestante; (ii) A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico e pré-eclâmpsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à sua saúde mental; (iii) No Brasil não há registro de transplante de órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor; (iv) A interrupção da gestação neste caso deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto, por inexistir potencialidade de vida. A definição jurídica do final da vida é a morte encefálica. O feto anencéfalo não tem vida encefálica; e (v) Anencefalia não se confunde com deficiência. Não há crianças ou adultos com anencefalia.

Ou seja, percebe-se sem muito esforço que as audiências realizadas foram cruciais para preencher uma característica notadamente pragmática que é o *empiricismo*, pois, através delas os juízes tiveram conhecimento das principais observações científicas acerca do tema.

Embora a notável orientação científica, contudo, a ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal; sendo que as principais teses apresentadas pelo então advogado Luís Roberto Barroso foram: i) a antecipação do parto na hipótese é fato atípico, por faltar o suporte fático exigido pelo tipo penal relativo ao aborto e, ii) ainda que se quisesse

qualificar a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico como aborto, ela não deveria ser punida, pois o Código Penal tipifica o aborto provocado pela gestante ou por terceiro nos arts. 124 a 126, mas não pune o abortodito necessário, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, nem tampouco o abortodesejado pela mulher, em caso de gravidez resultante de estupro.

Como justificativa para a segunda tese levantada, o próprio Barroso ressaltou tratar-se de um fundamento moral. Segundo ele:

Veja-se que no caso de gravidez decorrente de estupro, o legislador fez uma ponderação moral entre a potencialidade de vida do feto e o sofrimento da mãe, vítima de uma violência, e permitiu a cessação da gestação. No caso aqui estudado, a ponderação é mais simples e envolve escolha moral menos drástica: o imenso sofrimento da mãe, de um lado, e a ausência de potencialidade de vida, do outro lado. Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o mais, somente não fez referência ao menos porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado. Deve-se aplicar aqui, portanto, uma interpretação evolutiva do Direito, admitindo-se sua adaptação a novas situações, ainda que não antecipadas pelo legislador, mas compreendidas na ordem de valores que o inspirou e nas possibilidades e limites oferecidos pelo texto normativo (BARROSO, 2012, p. 26).

Ou seja a segunda tese sustenta-se no fato de que, inevitavelmente, há uma questão moral a ser analisada e essa moralidade reside justamente na necessária escolha entre diminuir o sofrimento de uma mãe, ou permitir o prolongamento de uma situação que fatalmente não trará felicidade para nenhuma parte envolvida, já que o feto anencefálico não tem potencialidade de vida.

Além dessas teses jurídicas apresentadas, Barroso (2012) salienta que a CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde) trouxe à lide um outro elemento moral de grande relevância: a gestação de um feto anencefálico traz para a mulher um imenso sofrimento, que envolve medo, perda e frustração, e a decisão existencial de como lidar com essa dor deve, evidentemente, caber à mulher, e não ao Estado. Imaginar que o Poder Público possa utilizar seu aparato institucional e punitivo contra uma mulher nessa situação violaria todos os limites humanitários e civilizatórios que devem estar presentes uma sociedade plural e democrática.

Se a antiteoria pragmática de Richard Posner enquanto teoria descritiva fosse pertinente para o cenário jurídico brasileiro, então poderíamos dizer que os magistrados do Supremo Tribunal Federal teriam rejeitado a tese de Barroso de caráter moralístico, preocupando-se tão somente com outras questões empíricas ou de “simples prudência”. Mas isso não é verdade e não foi realidade para o caso em análise.

Na decisão proferida pela Suprema Corte é possível visualizar um denso conteúdo moral nos votos dos ministros. Destaca-se o voto condutor do Ministro Marco Aurélio, no qual acentuou-se que, tendo em vista a vida do feto anencefálico ser inviável, ele não se torna titular do direito à vida, de modo que o conflito entredireitos fundamentais na hipótese seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana do feto. Nesse caso, portanto, a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, dentre eles a autodeterminação e o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Esse voto foi acompanhado pela grande maioria dos Ministros da casa e vê-se nele uma clara aceitação da segunda tese de cunho “moralístico” apresentado por Barroso. Ou seja, o voto condutor, que serviu de padrão para a maioria, estava envolto de moralidade.

A análise atenciosa da ADI 3510, assim como da ADPF 54 nos permite dizer que podem existir pontos de convergência entre propostas pragmáticas e a valorização da reflexão moral com a utilização de argumentos morais na decisão de casos judiciais. Mas, sobretudo, conclui-se que a utilização de teses teóricas e morais como diretrizes para a decisão judicial não foram descartadas quando da análise de *hard cases* paradigmáticos.

O mesmo pode-se afirmar dos casos supracitados que suscitaram questões referentes ao aborto e à eutanásia. Por mais que Posner tente descrever os votos como nitidamente e invariavelmente pragmáticos a ponto de rejeitarem argumentos morais, na realidade, visualiza-se um misto de abordagens, desde a preocupação das consequências até a utilização de argumentos de caráter moral.

CONCLUSÃO

Há muito já se sabe do caráter complexo de uma decisão judicial. Marrafon (2008a), por exemplo, descreveu com maestria diversos discursos que concorrem na construção da “verdade interpretativa”, sendo visível a delicadeza por trás da existência de uma multiplicidade de fatores que incidem sobre o processo decisório.

Esses fatores, indubitavelmente são concorrentes, o que implica na recusa de uma abordagem unilateral quando se deseja explorar o tema. É nesse sentido que Marrafon (2008a) deixou claro que, sob pena de cometimento de abusos judiciais, principalmente se estivermos em sede constitucional, entende-se que a metodologia decisória deve adquirir um caráter igualmente complexo, eis que deve estar preparada para colocar em suspeição as proposições pretensamente verdadeiras com as quais lida.

A pretensão deste trabalho foi a de explicitar a impossibilidade de adoção de uma abordagem pragmática sugerida por Richard A. Posner em sua totalidade. Isso porque abraçá-la por completo implica em rejeitar teorias importantes na contemporaneidade para o processo decisório, em especial a teoria moral.

Em uma recapitulação, é possível dizer que a dissertação foi construída a partir da seguinte divisão: num primeiro momento, restou explicitado as principais características da abordagem judicial pragmática, assim como os argumentos centrais de Richard Posner em favor da eliminação das “teorias abstratas” - em especial a teoria moral - do processo decisório. Em uma segunda etapa, como numa dialética, procurou-se desconstruir uma das principais características da abordagem judicial pragmática, a qual intitulamos de “antiteoria”, a partir das críticas de filósofos morais que também são profissionais e operadores do direito. Aliada a essas críticas, traçou-se a inviabilidade de adoção da antiteoria pragmatista, tanto em um contexto jurídico ocidental em geral quanto em *terra brasilis*, com base na explanação do contexto justeórico contemporâneo seguido pela doutrina majoritária, assim como a partir da análise de alguns casos que envolveram questões difíceis em âmbito constitucional.

Nesse sentido, os principais pontos abordados foram:

1. O pragmatismo jurídico de Richard A. Posner se diz suficiente tanto como teoria descritiva quanto como teoria normativa da decisão judicial. Fruto de um pragmatismo cotidiano, valoriza a visão prática das ações e desdenha das teorias e pretensões intelectuais “abstratas”. Nessa linha de raciocínio, confere peso crucial à busca das melhores

consequências e ao uso da razoabilidade e da racionalidade, ao invés de se importar com debates teóricos que possam levar a uma posição consensual ou “verdade moral”. Recorre à intuição para captar as “necessidades da época”, dando grande valor à opinião pública como guia para a decisão judicial, além de buscar embasamento científico para orientar os juízes na tentativa de preencher as lacunas inerentes aos casos difíceis relacionados ao direito com fundamento empírico. Dentre outras características da abordagem pragmática, destacam-se: a consideração das consequências sistêmicas da decisão judicial, em detrimento de decisões imediatistas ou *ad hoc*; o tratamento das decisões passadas não como um dever ético, mas tão somente como uma necessidade qualificada (a abordagem pragmática diz-se voltada para o futuro e, portanto, não necessariamente presa ao passado); o juiz pragmatista se diz antiformalista, no sentido de que em muitas situações ele não fica restrito à lei positivada, podendo desconsiderá-la para alcançar as melhores consequências imediatas e sistêmicas.

2. A aversão da abordagem pragmática pelas teorias consideradas por ela de “abstratas” denominamos de antiteoria. A antiteoria tem rejeição à teoria moral e um dos seus ramos que seria o “moralismo acadêmico”, o qual representa a ética aplicada formulada por professores acadêmicos e muitas das vezes utilizada em forma de argumentos no processo de tomada de decisão judicial na seara constitucional. Para Posner, os moralistas acadêmicos gostariam de impor uma moral uniforme e isso é explícito na discussão de casos constitucionais, entretanto, tal ambição seria impossível de se concretizar. Como não há acordo no debate moral, nunca alcançariam um consenso. A teoria moral seria apenas uma camuflagem, pois, na prática ela parece frente às intuições dos juízes nos casos concretos. Segundo o pragmatismo, os juízes são guiados por um “choque de intuições” ou da “oposição do interesse próprio” e, muitas das vezes, principalmente em *hard cases*, a intuição e a crença que prevalecem frente a teoria moral têm caráter político, ainda que não partidário.

3. Tendo em vista a impossibilidade do debate moral gerar consenso e alcançar a verdade, o pragmatismo jurídico prega que a decisão judicial deveria ser guiada por uma “ciência madura do direito” em detrimento da utilização da teoria moral. A sociologia, por exemplo, aplicada ao direito seria um bom instrumento de auxílio aos juízes. Os juízes deveriam estudar mais sociologia do que “inalar os vapores intoxicante da teoria constitucional para manipular slogans vazios” que nada pode produzir além de dissenso. Para Posner, os próprios juízes que as vezes acabam adentrando nos debates morais fazem isso porque confundem “ética”, “razão prática” e “teoria moral”. Porém, ética e razão prática não

se confundem com a teoria moral. Os magistrados não precisam tomar partido em questões morais: as questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questões de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis*, etc. Nesse sentido, o raciocínio moral deveria ser substituído pelo raciocínio em sua forma pura (*tout court*). Quando surgem questões difíceis que possam parecer morais, os juízes devem empregar a razão prática, principalmente porque “dilema moral” não é algo rotineiramente enfrentado pelos juízes, mesmo em casos difíceis. O dilema moral, para Posner, somente acontece quando o direito dita um caminho que contradiz as convicções morais mais profundas do juiz.

4. A antiteoria pragmatista se sustenta em um posicionamento particular em relação à moral denominado de *ceticismo moral pragmático*. Esse posicionamento é descrente na existência de um realismo moral, sendo a moral tão somente um fenômeno local e variável, daí extrair que não há que se falar em moral universal. O pragmatismo posneriano também acredita em uma forma particular de relativismo moral, rejeitando a possibilidade de se falar em progresso moral. Consequentemente, a posição metaética posneriana descredencia a capacidade da moral em resolver conflitos, sejam eles morais ou jurídicos. O ponto de vista pragmatista acerca da relação entre direito e moral também é peculiar: para Posner, essa relação é tão somente coincidente, sendo ambos métodos paralelos (a moral o mais antigo) para propiciar certo tipo de cooperação que a sociedade humana precisa para prosperar. Contudo, o fato de haver uma relação coincidente não quer dizer que os juízes, de tempos em tempos, devam decidir a respeito de questões morais controversas a fim de determinar qual sistema moral o direito deve seguir.

5. A desconstrução da antiteoria pragmatista tem início com a exposição das críticas de Dworkin, para o qual a moral está intrinsecamente ligada ao direito, ao invés de ser uma mera relação coincidente. Destaca-se a concepção dworkiniana acerca da existência de princípios morais que compõem o direito como prova dessa conexão necessária. Para Dworkin deve haver, no mínimo, uma fundamentação moral aparente para que se afirme a existência de deveres jurídicos. Assim, ele considera o fato de que os direitos jurídicos devem ser entendidos como uma espécie de direitos morais como um elemento crucial em sua teoria do direito. As constituições, igualmente, devem ser corretamente interpretadas como instâncias que impõem limites morais a quaisquer leis que possam ser validamente criadas.

6. Outro reforço ao combate à antiteoria reside na crença de Dworkin acerca da existência de verdades objetivas sobre a moral. Para ele, algumas instituições são de fato injustas e algumas ações são realmente erradas, independentemente de haver muita gente que acredite no contrário. Essa ideia se sustenta em seu posicionamento em relação à moral denominado de *Independência metafísica do valor*, de acordo com o qual Dworkin irá esclarecer como que qualquer princípio moral, por mais que esteja completamente inserido em nossa cultura, língua e prática, pode ser falso, ou, por mais que seja completamente rejeitado, pode ser verdadeiro.

7. A grande frente de ataque à antiteoria, contudo, reside na defesa de Dworkin à “abordagem teórica” da decisão judicial, a qual prevalece frente à pragmática tanto quanto teoria descritiva quanto normativa (é o melhor guia). Segundo essa abordagem, raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política. Na prática, é impossível refletir sobre a resposta correta a questões de direito a menos que se tenha refletido profundamente (ou se esteja disposto a fazê-lo) sobre um vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos. Conforme a abordagem teórica, uma alegação de direito é equivalente à afirmação de que um ou outro princípio oferece uma melhor justificação de algum aspecto da prática jurídica. Melhor no sentido interpretativo, isto é, porque tal princípio se ajusta de forma mais adequada à prática jurídica, colocando esta sob uma luz mais favorável. Essa abordagem, para Dworkin, constitui descrição fidedigna do raciocínio jurídico e de como podemos discutir adequadamente algumas afirmações sobre o que é o direito. O raciocínio jurídico, por sua vez, pressupõe um vasto campo de justificação, aí incluídos princípios bastante abstratos de moralidade política. Não é possível responder questões jurídicas profundas e controversas sem “mergulhar” no âmbito da teoria. Nesse sentido, Dworkin diz que apesar de a abordagem prática parecer ser tão equilibrada, sensata e norte-americana, enquanto a abordagem teórica possa parecer abstrata, metafísica e deslocada quando se tem um trabalho pela frente, a abordagem teórica é inevitável.

8. Sem contar que, conforme Dworkin, a própria antiteoria de Posner é, ela mesma, uma teoria moral. Para ele é evidente que essa própria tese (a antiteoria pragmatista) é um juízo moral de natureza teórica e global, pois o fato de se questionar se algum tipo de afirmação moral oferece “base sólida” para outra já constitui, em si, uma questão moral.

9. As demais frentes de ataque à antiteoria pragmatista foram explanadas a partir de críticos que defenderam o valor da teoria moral e sua aplicação no direito. Charles Fried expôs fortes argumentos para demonstrar que Posner erra tanto ao demonstrar que os argumentos da teorização moral e acadêmica não fornecem nenhuma base sólida para julgamentos morais, como também em demonstrar que esses argumentos devem ser evitados como respaldo para decisões judiciais. Até porque, para ele, em muitos casos as decisões judiciais são uma espécie do gênero “juízos morais”. Para Fried, não existem dúvidas de que os argumentos da filosofia moral, política e jurídica, ajudaram a determinar a maneira que pensamos hoje sobre questões constitucionais e legais. A filosofia moral não foi somente influente no passado, mas continua, até hoje, fornecendo diretrizes à nossa maneira de pensar e delimitar o direito.

10. Anthony Kronman também ressalta o valor da filosofia moral. Kronman acredita que o esforço de Posner em apresentar exemplos que comprovem a inutilidade da teoria moral é em vão, pois por mais que se multipliquem os argumentos a favor de seu ponto de vista, sempre existirão exemplos que digam o contrário. Em especial, o papel exercido pelos juízes é justamente aquele em que mais se exige a reflexão moral, sendo ela extremamente necessária e indispensável. E assim é por diversas razões. Para começar porque o tipo de dilema moral em que os homens e mulheres se encontram de quando em quando, e que exige o exercício da razão, é para os juízes um problema de rotina. Assim, o dilema moral é típico da posição profissional dos juízes e, portanto, exige deles um maior uso da razão moral. Dentre outras razões, destaca-se a crença de Kronman de que as sociedades atuais, moralmente heterogêneas, somente sobrevivem porquê as diversas crenças e práticas contidas nas comunidades são emolduradas por um sistema de leis que garante um elevado grau de tolerância e paciência mútua por parte das facções morais rivais. Para preservar a paz nas sociedades plurais, é essencial manter um regime de tolerância, e essa também é uma responsabilidade dos juízes sendo que, para atingirem esse fim, devem sobrepor-se às comunidades morais rivais, para lidar com os conflitos de uma maneira independente e não partidária. Isso é impossível sem o uso da teoria e da reflexão moral.

11. Com John T. Noonan Jr. destacou-se como Posner, com sua antiteoria, tenta refugiar-se no caráter polêmico da moral moderna insistindo na localidade da mesma e dizendo que as questões morais difíceis ou controversas são indeterminadas e devido à pluralidade de opiniões os juízes não devem adentrar em seus conflitos. Entretanto, Noonan

acredita que em questões complexas, queira Posner ou não, o direito faz uma escolha moral: a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, adotou a moral da causa pró-aborto. As demais questões complicadas relacionadas ao direito geralmente também remetem à moral. Decidir pela escolha da redução da maioria penal, por exemplo, é uma escolha moral. Noonan defende uma antigüíssima e, ao mesmo tempo contemporânea, sobreposição entre direito e moral. Portanto, acredita que seria muito mais sensato investigar como as questões morais devem ser respondidas, ao invés de criticar ou tentar desqualificar aqueles que tentam responde-las.

12. Martha C. Nussbaum ataca os métodos utilizados pela antiteoria posneriana de crítica à teoria moral. Nussbaum acredita que as críticas pragmáticas contra a teoria moral não são contundentes, na verdade são extremamente genéricas e pouco analíticas. Para a filósofa, se Posner afirma que os argumentos morais são ineficazes, ou que a teoria moral é inútil, ele deveria amparar essa afirmação com exemplos concretos, pois é amplamente aceito que os seres humanos, ao menos às vezes, são persuadidos por argumentos morais. Também seria importante que ele examinasse cuidadosamente os casos em que se poderia supor que os argumentos têm importância na vida pública. Nesse sentido, Nussbaum fornece diversos exemplos para mostrar justamente o contrário: que filósofos morais influenciaram a vida pública. Sem contar que os ataques de Posner são inconsistentes: por exemplo aquele que afirma que os filósofos morais têm a pretensão de produzir uma sociedade com moral uniforme e, portanto, remover a “variedade moral”. Posner não teria percebido a preocupação quase obsessiva da filosofia moral e da política liberal nas últimas décadas em defender um pluralismo e um tipo de liberalismo que deixam espaço máximo para a variedade humana. O maior alerta para o perigo da antiteoria pragmatista feita por Nussbaum, ao nosso ver, é aquele que revela que a antiteoria se ampara em um subjetivismo e relativismo contraditórios, além de repousar em uma zona de “conforto” guiado pelo ceticismo. Segundo, Nussbaum, Posner nada mais é que um cético conforme os antigos, que escolheu resolver o problema das reivindicações morais conflitantes adotando uma postura de distanciamento radical das práticas morais. Entretanto, essa posição busca tão somente conforto e não justiça, não sendo o melhor caminho quando há patente necessidade de se discutir questões de justiça que necessariamente implicam em juízos morais.

13. Além dos argumentos dos teóricos, também demonstrou-se a inviabilidade da antiteoria pragmatista para a decisão judicial a partir de outras duas frentes: primeiro

destacando a conjuntura justeórica ocidental contemporânea, principalmente a dos Estados Unidos e Brasil, em especial a incompatibilidade desse tipo de discurso (antiteórico) com uma postura pós-positivista que se concretizou ao longo dos anos tanto na doutrina quanto como referencial teórico para os magistrados. Essa postura pós-positivista reforça uma imbricação do raciocínio jurídico com o raciocínio moral e, conseqüentemente, a necessária conexão entre direito e moral, procurando empreender uma leitura moral do direito, principalmente na seara constitucional. Segundo, a partir da análise de casos difíceis e paradigmáticos decididos nos Estados Unidos e no Brasil (STF). A intenção foi ressaltar que embora muitas orientações pragmáticas tenham sido utilizadas como parâmetro, esses casos não abriram mão de um raciocínio moral profundo. Na verdade, todos eles ou tiveram nuances da abordagem teórica defendida por Dworkin, ou então foram “infestados” por ela, sendo esse tipo de abordagem perceptível tanto nos argumentos das partes quanto nas decisões proferidas pelos magistrados.

Terminamos este trabalho ressaltando a complexidade das decisões judiciais difíceis e a impossibilidade de se excluir completamente ou tentar vetar a teoria moral das mesmas. Aqui cabe uma das frases mais marcantes de Ronald Dworkin que serviu como guia e constantemente foi lembrada durante toda a confecção da dissertação. Dworkin finaliza uma parte de seus trabalhos críticos a Richard Posner (*Darwin's new bulldog*) enfatizando que apesar da preferência de Posner em que as decisões judiciais se baseassem em algoritmos ou na ciência, de modo que sempre pudessem ser, no sentido especial que ele confere ao termo, “resolvidas” por consenso, “[...] Para o bem ou para o mal, porém, os juízes se deparam com questões morais, e vituperar contra a teoria moral não vai transformar essas questões em problemas matemáticos ou científicos” (DWORKIN, 2010, p.126).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

ANDERSON, Elizabeth. Pragmatism, Science, and Moral Inquiry. In: FOX, Richard Wightman; WESTBROOK, Robert B. *Face of the facts: Moral inquiry in American scholarship*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 10-40.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores; v. 2). Livro 1.

ARIZA, Sastre. *Ciência Jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999. 254 p.

BARBER, Benjamin R. Justifying Justice: Problems of Psychology, Measurement, and Politics in Rawls A Theory of Justice by John Rawls. *The American Political Science Review*, Washington, v. 69, n. 2, p.663-674, jun. 1975. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1959095>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p.109-137, jan. 2012. Semestral.

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. (Pensamento Político).

_____. *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*. London: John Murray (publishers) Ltd, 1990.

BIO. *Stephen Breyer: Biography*. 2014. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/stephen-breyer-40553>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. 806 p.

BRANDÃO, Rodrigo. Mitos sobre o papel das leis e das decisões de inconstitucionalidade nas democracias contemporâneas. *Jota*, [S.l.], out. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, , 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro Teor ADI / 3510>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2012. *Portal do STF*, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF/54>>. Acesso em: 1 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Considerações sobre a prática de eutanásia no direito norte-americano*. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18185/consideracoes-sobre-a-pratica-de-eutanasia-no-direito-norte-americano>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 02, p.159-167, 1985.

CICERO, Marcus Tullius. *Cicero: On Duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

COHEN, Joel. *An interview with Judge Richard A. Posner*. 2014. Disponível em: <http://www.abajournal.com/magazine/article/an_interview_with_judge_richard_a_posner/>. Acesso em: 01 jul. 2014.

CRAIG, Edward. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London and New York: Routledge, 1998.

DEWEY, John. *Democracy and Education*. Radford: Wilder Publications, 2009. 312 p.

DREIER, Ralf. "Derecho y Justicia". *Monografías jurídicas*. 87. Bogotá: Temis, 1994. 106 p.

DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de: Marina Appenzeller. Campinas: Papyrus, 1993. 511 p.

DWORKIN, Ronald. In Praise of Theory. *Arizona State Law Journal*, v. 29, 1997, p. 353-376.

_____. et al. *Assisted Suicide: The Philosophers' Brief*. 1997. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/1997/mar/27/assisted-suicide-the-philosophers-brief/>>. Acesso em: 29 maio 2014.

_____. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 421 p.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simoes. São Paulo: Martins Fontes, 2013. 689 p. 2ª triagem.

_____. *Assisted Suicide: What the Court Really Said*. 1997. The New York Review of Books. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/1997/sep/25/assisted-suicide-what-the-court-really-said/>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. 427 p.

_____. *Justice for Hedghogs*. London: Harvard University Press, 2011. 506 p.

_____. *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. 470 p.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 572 p.

_____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272- 331.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

_____. Casos difíceis. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cap. 4. p. 127-205.

_____. Darwin's new bulldog. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 7, p.1718-1738, May 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342478>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

_____. Independência. In: DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012. Cap. 1. p. 33-97.

_____. Is Wealth a Value? *The Journal Of Legal Studies*, Chicago, v. 9, n. 2, p.191-226, mar. 1980. Disponível em: <<http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos? In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Cap. 5. p. 175-216.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy And Public Affairs*, Princeton, New Jersey, v. 25, n. 2, p.87-139, spring 1996. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915\(199621\)25:22.0.CO;2-X](http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915(199621)25:22.0.CO;2-X)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

_____. Pragmatism, Right Answers, and True Banality. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. *Pragmatism in Law and Society*. Boulder: Westview Press, 1991. p. 359-388.

_____. *Reply*. *Arizona State Law Journal*, vol. 29, 1997, p. 431-456.

_____. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University Of Chicago Law Review*, Chicago, n. 2, p.381-432, 1992.

FARLEX, The Free Dictionary By. *Legal dictionary: Adjudication*. 2005. Disponível em: <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/adjudication>>. Acesso em: 15 maio 2014.

FREDERICK, Susan. *Defining marriage: state defense of marriage laws and same-sex marriage*. 2014. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/human-services/same-sex-marriage-overview.aspx#1>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

FIGUEROA, Alfonso García. *La incidència de laderrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: *Diritto&questionipubbliche*, 2003, n.3. p.197-227.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: Le leydelmás débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. 180 p.

FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. 404 p.

FREEDOM, The Carters Of. *The Constitution of the United States*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 5 maio 2014.

FREUD, Sigmund. *Duas histórias clínicas: O Pequeno Hans e o Homem dos ratos* (1909). Rio de Janeiro: Imago, 1996. 293 p. (Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud).

FRIED, Charles. Philosophy Matters. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 7, p.1739-1750, maio 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1342479?uid=2&uid=4&sid=21104362008163>>. Acessoem: 24 jun. 2014.

FRIEDMAN, Jonathan. *A Conservative Judge Did A Stunning About-Face On Gay Marriage*. 2014. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/how-richard-posner-came-to-support-gay-marriage-2014-9>>. Acessoem: 8 set. 2014.

GINSBURG, Ruth Bader. *On the Interdependence of Law Schools and Law Courts*. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 5, p.829-836, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1073716>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

GLOCK, Hans-johann. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia - Holanda*. 2003. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanhol.htm>>. Acesso em: 6 maio 2014.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2005. 415 p.

HABERMAS, Jürgen. Kant's Idea of Perpetual Peace, with the Benefit of Two Hundred Years' Hindsight. In: HABERMAS, Jürgen. *Perpetual Peace: Essays on Kants Cosmopolitan*

Idea. Cambridge, Massachusetts: The Mit Press, 1997. p. 113-153. (Studies in Contemporary German Social Thought). Edição de James Bohman e Matthias Lutz-Bachmann.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 399 p.

_____. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p.

HARTZ, Louis. *The Liberal Tradition in America*. New York: Harcourt, Brace, And World, Inc., 1995.

HEGEL, G.w. F. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. 271 p.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. 45. ed. Boston: Little, Brown And Company, 1923. 422 p.

JAMES, William. *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1907. 89 p.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007. 120 p. (70 textos filosóficos).

KEATING, Gregory C..The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 95, p.1266-1380, 1997. Disponível em: <<http://works.bepress.com/gregorykeating/24>>. Acesso em: 27 maio 2014.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 149 p.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Inquiry into Democracy: What Might a Pragmatist Make of Rational Choice Theories? *American Journal Of Political Science*. Bloomington, p. 566-589. abr. 1999. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0092-5853\(199904\)43:22.0.CO;2-P](http://links.jstor.org/sici?sici=0092-5853(199904)43:22.0.CO;2-P)>. Acesso em: 7 maio 2014.

KRONMAN, Anthony Townsend. The Value of Moral Philosophy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 1751, p.1751-1767, 1 jan. 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1052>. Acesso em: 27 maio 2014.

LEITER, Brian. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. *Chicago Journals: Ethics*. Chicago, p. 278-301. jan. 2001. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1086/233474>>. Acesso em: 7 maio 2014.

LEVI, Edward H.. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 166 p.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. In: MORAES, Alexandre de; FIGUEROA, Alfonso García; BARCELLOS, Ana Paula de Barcellos, et.al. *20 anos de Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 395-423. Coordenação de Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética: o caráter complexo do método jurídico na decisão judicial*. 2008. 262 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008a.

_____. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial "entre" o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008b. 199 p.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. 856 p.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. State College: Pennsylvania State University, 1998. 137 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. 1 v. 537 p.

MOORE, Michael S.. Moral Reality Revisited. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 90, n. 8, p. 2424-2533, ago. 1992. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1289577>>. Acesso em: 28 maio 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: MORAES, Alexandre de; FIGUEROA, Alfonso García; BARCELLOS, Ana Paula de; et.al. *20 anos de Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 440-454. Organização de Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi.

NAGEL, Thomas. Universality and the reflective self. In: KORSGAARD, Christine M.; A COHEN, G.; GEUSS, Raymon. *The Source of Normativity*. New York: Cambridge University Press, 1996. Cap. 7. p. 200-209. Edited by Onora O'Neill.

NOONAN JUNIOR, John T.. Posner's Problematics. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 7, p.1768-1775, maio 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342481>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1991. 395 p.

NUSSBAUM, Martha C.. Still Worthy of Praise. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 7, p.1776-1795, maio 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342482>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. *The Therapy of Desire: Theory and practice in hellenistic ethics*. Princeton: Princeton University Press, 1996. 572 p. (Martin Classical Lectures).

O'NEILL, Onora. *Acting on Principle: An Essay on Kantian Ethics*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2014. 297 p.

OFFICE, Great Britain: Home. *Obscenity and Film Censorship*: Chmn.B.Williams: Committee Report. Norwich: Stationery Office Books, 1979. 278 p.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2000. 320 p. (Obra-Prima de Cada Autor).

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Pará de Minas: Virtual Books Online M&m Editores Ltda, 2003. 32 p.

POSNER, Richard A.. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 507 p.

_____. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 299 p.

_____. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. 387 p.

_____. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. 398 p.

_____. *Overcoming Law*. 4. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. 597 p.

_____. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 627 p.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p.

_____. *Sex and Reason*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994. 468 p.

_____. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. 335 p.

_____. Against Constitutional Theory. *Nyu Law Review*, New York, v. 73, n. 1, p.1-22, Apr. 1998. Disponível em:
<<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-73-1-Posner.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

_____. El juez como legislador ocasional. In: POSNER, Richard A.. *Còmodecidenlosjueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011. Cap. 3. p. 103-105.

_____. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, New York, v. 35, n. 1-2, p.147-159, 27 fev. 2004.

_____. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication. *Hofstra Law Review*, Chicago, v. 8, n. 487, p.487-507, 1980. Disponível em:
<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2847&context=journal_articles>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. The Judge as Occasional Legislator. In: POSNER, Richard A.. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. Cap. 3. p. 78-121.

_____. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *The Journal Of Legal Studies: The University of Chicago Press*, Chicago, v. 8, n. 1, p.103-140, jan. 1979. Disponível em:
<<http://www.jstor.org/stable/724048>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

PUTNAM, Hilary. *Realism with a Human Face*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1992. 347 p. Edited by James Conant.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press, 1979. 435 p.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 764 p.

ROSENBERG, Jennifer. *The 18th Amendment*. 2014. Disponível em: <<http://history1900s.about.com/od/1910s/a/18thamendment.htm>>. Acesso em: 27 maio 2014.

SCHOOL, Harvard Law. *Charles Fried: Beneficial Professor of Law*. 2014. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/10288/Fried/>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

SCHOOL, The University Of Chicago Law. *Martha Nussbaum*. 2014. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/faculty/nussbaum/>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

SCHOOL, Yale Law. *Anthony T. Kronman: Sterling Professor of Law*. 2014. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/AKronman.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. *William Eskridge, Jr.: John A. Garver Professor of Jurisprudence*. 2014. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/WEskridge.htm>>. Acesso em: 8 maio 2014.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 238 p.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. *Transformação: Revista de Filosofia/ Universidade Estadual Paulista (UNESP)*, São Paulo, v. 32, n. 1, p.139-157, 2009. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/999>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Saraiva, 2004. 357 p.

SOCARIDES, Richard. *How The Court Ruled on DOMA and Prop. 8*. 2013. Disponível em: <<http://www.newyorker.com/news/news-desk/how-the-court-ruled-on-doma-and-prop-8>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

SUN-TIMES, Chicago. *Thomas backs privacy rights, mum on abortion*. 1991. Disponível em: <<http://www.highbeam.com/doc/1P2-4072350.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

SUNSTEIN, Cass R.. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996. 220 p.

UEBEL, Thomas. *Stanford Encyclopedia of Philosophy: Vienna Circle*. 2011. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/vienna-circle/>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

UNITED STATES. Court Of Appeals Of New York. Philo Riggs, As Guardian Ad Litem Et Al., Appellants, V Elmer E. Palmer Et Al., Respondents n° 115 NY 506. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acessoem: 1 jun. 2014.

_____. Supreme Court Of California. Sindell V. Abbott Laboratories n° 26 Cal. 3d 588. San Francisco, 20 de março de 1980. San Francisco, . Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/cal3d/26/588.html>>. Acessoem: 29 maio 2014.

_____. Supreme Court. UNITED STATES v. WINDSOR, executor of the ESTATE OF SPYER, et al. n° No. 12-307. Washington, D.C, 26 de junho de 2013. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=12-307>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. Supreme Court. 44 Liquormart, Inc. V. Rhode Island n° 94-1140. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=u10183>>. Acessoem: 25 jun. 2014.

_____. Supreme Court Of New Jersey. Claus H. Henningsen And Helen Henningsen, Plaintiffs-respondents And Cross-appellants, V. Bloomfield Motors, Inc., And Chrysler Corporation, Defendants-appellants, And Cross-respondents n° 32 N.J. 358, 161 A.2d 69, 75 A.L.R.2d 1. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs3/161A2d69.html>>. Acessoem: 5 jun. 2014.

_____. U.s. Supreme Court. Vacco, Attorney General Of New York, Et Al. V. Quill Et Al. n° No. 95-1858.. Washington, DC, 26 de junho de 1997. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=95-1858>>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____. SupremeCourt. Washington Et Al. V. Glucksberg Et Al. n° No. 96-110.. Washington, DC, 26 de junho de 1997. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=96-110>>. Acessoem: 30 maio 2014.

_____. United States Court Of Appeals For The Seventh Circuit. MARILYN RAE BASKIN, ET AL V. PENNY BOGAN, ET AL n° 14-2386. Richard A. Posner. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCOURTS-ca7-14-02386/USCOURTS-ca7-14-02386-0>>. Acessoem: 19 nov. 2014.

_____. United States Court Of Appeals,ninth Circuit.. Ompassion In Dying, A Washington Nonprofit Corporation; jane Roe; john Doe; james Poe, Harold Glucksberg, M.d., Plaintiffs-appellees, V. State Of Washington; christine Gregoire, Attorney General Of Washington, Defendants-appellants n° 94-35534. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1139892.html>>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____. U.s. SupremeCourt. Roe V. Wade, 410 U.s. 113 (1973) nº 70-18. Whashington, DC, 22 de janeiro de 1973. Washington, . Disponível em:
<<http://laws.findlaw.com/us/410/113.html>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

WEBER, Max. A ciência como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Ocatany da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 17-55.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 207 p. (Os Pensadores).