ragmatismo de Posner na decisão judicial

A problemática em torno da relação entre Direito e moral é antiga nas discussões de Teoria do Direito, estando presente desde os dilemas de Antígona, perpassa pelo debate moderno entre juspositivistas e jusnaturalistas até autores contemporâneos. Discussão famosa a respeito do assunto foi travada entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. Enquanto Dworkin defendia uma conexão necessária entre Direito e Moral[1], Hart sustentava que, embora existam diferentes conexões contingentes, não há conexões necessárias entre o conteúdo do Direito e o da Moral[2].

Essa polêmica alcançou a teoria da decisão judicial, principalmente quando se começou a indagar se a teoria moral é útil aos magistrados no processo decisório e em que medida ela deve servir de parâmetro para pautar suas decisões.

Para dar conta dessa problemática, primeiramente há que se indagar: mas afinal, o que seria a teoria moral? Em breves palavras, a teoria moral se revela no discurso presente em práticas culturais que buscam dizer como as pessoas devem se comportar, ou seja, o discurso teórico que procura captar a correção do nosso agir no que diz respeito às nossas obrigações sociais. Essa teoria trata sobre questões como: “será sempre errado mentir ou descumprir uma promessa?”; “Será moral o infanticídio?”; “A discriminação sexual é correta?”, etc.

Sobre o tema da viabilidade de se adentrar em debates morais e de utilizar argumentos e raciocínios morais na decisão judicial complexa, recentemente, na condição de orientador, tive a satisfação de presidir a banca de defesa da dissertação de mestrado do acadêmico Bruno Farage, no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ, intitulada “*O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial*”.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em seu trabalho, Farage resgatou a discussão travada entre Richard Posner, que defende uma "abordagem judicial pragmática", isenta da utilização da teoria moral no processo decisório e os(jus)filósofos morais, argumentando acerca da importância da teoria moral e do raciocínio moral nas decisões judiciais difíceis, corrente capitaneada por Ronald Dworkin e reforçada por Charles Fried[3], Anthony Kronman[4], John T. Noonan Jr.[5] e Martha C. Nussbaum[6].

Seguirei, então, com a dissertação mencionada, para apresentar ao leitor os principais pontos desse debate e a forte crítica de Dworkin à pretendida assepsia moral do pragmatismo de Posner.

O ceticismo moral

Conforme bem destacado no texto de Bruno Farage, a abordagem "posneriana" se diz prática, instrumental, "voltada para frente", ativista, cética, antidogmática e experimental. Essa perspectiva se intitula fruto de um pragmatismo cotidiano, 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"[7]. Sem embargo, a abordagem pragmática 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.

Todavia, ela é hostil à ideia de utilizar a teoria moral ou qualquer outra teoria considerada "abstrata" para a orientação do processo de tomada de decisão judicial, o que por vezes justifica o rótulo de "antiteoria".

Além da rejeição à teoria moral, a proposta "posneriana" também tem repulsa pelo "moralismo acadêmico", o qual, segundo ele, representa a ética aplicada formulada por professores acadêmicos e muitas das vezes utilizada em forma de argumentos morais no processo de tomada de decisão judicial na seara constitucional. Posner acredita que os chamados moralistas acadêmicos buscam impor uma moral uniforme, encontrando-se essa questão explícita na discussão de casos constitucionais. Entretanto, tal ambição seria impossível de se concretizar. Como não há acordo no debate moral, o consenso é impossível neste campo.

A teoria moral seria apenas uma camuflagem, pois, na prática, essa concepção perece diante das intuições dos juízes nos casos concretos. Na leitura pragmática, os juízes são guiados por um "choque de intuições" ou da "oposição do interesse próprio" e, muitas vezes, principalmente em *hard cases*, a intuição e a crença que prevalecem sobre a teoria moral têm caráter político, ainda que não partidarista.

Daí os magistrados não precisarem tomar partido em questões morais: as questões morais podem ser suprimidas ou reformuladas como questões de interpretação, de competência institucional, de prática política, de separação de poderes ou de *stare decisis*, etc. Nesse sentido, o raciocínio moral deveria ser substituído pelo raciocínio em sua forma pura (*toutcourt*).

Para Farage, a antiteoria pragmatista tem sustentáculo em um posicionamento particular em relação à moral denominado de *ceticismo moral pragmático*. Esse posicionamento não crê na existência de um realismo moral, sendo a moral tão somente um fenômeno local e variável, não se poderia falar em moral

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

universal. O pragmatismo posneriano também acredita em uma forma particular de relativismo moral, rejeitando a possibilidade do seu progresso. Consequentemente, essa posição descredencia a capacidade da moral em resolver conflitos, sejam eles morais ou jurídicos.

A oposição de Dworkin

Essa visão de que as decisões judiciais devem ser pragmáticas, evitando a teoria moral, é enfaticamente combatida por Dworkin. A começar pela crença de que a moral está intrinsecamente ligada ao Direito, crendo a concepção dworkiniana na existência de princípios morais que compõem o Direito como prova dessa conexão necessária. Para Dworkin deve haver, no mínimo, uma fundamentação moral aparente que sustente a afirmação da existência de deveres jurídicos.

Ele considera o fato de que os direitos na sua dimensão jurídica devem ser entendidos como uma espécie de direitos morais, sendo essa tese um elemento crucial em sua Teoria do Direito. As constituições, igualmente, necessitam ser corretamente interpretadas como instâncias que impõem limites morais a quaisquer leis que possam ser validamente criadas. Para tanto, é preciso que a moral tenha um fundamento objetivo, o qual sirva de parâmetro para a correção (ou não) da decisão judicial.

Na leitura de Dworkin, algumas instituições são de fato injustas e algumas ações são realmente erradas, independentemente de existir uma grande quantidade de pessoas que acredite no contrário. Essa ideia se sustenta em seu posicionamento em relação à moral denominado de *Independência metafísica do valor* [8], significando que qualquer princípio moral, por mais que esteja completamente inserido em nossa cultura, língua e prática, pode ser falso. De outro lado, por mais que o princípio seja completamente rejeitado socialmente, pode ser verdadeiro.Os juízos de valor podem ser verdadeiros e a verdade independe da correspondência com entidades morais especiais. Como as verdades morais são próprias do campo da argumentação, não dependem de instâncias metafísicas, daí a “independência metafísica do valor”[9].

Segundo sua proposta, raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política. Na prática, seria impossível refletir sobre a resposta correta referente a questões de direito a menos que se tenha refletido profundamente ou se esteja disposto analisar um vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos.

Conforme a abordagem teórica 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 e coerente à prática jurídica, colocando esta sob uma “luz mais favorável”.

Em seu ponto de vista, essa abordagem 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 entende que, ao se esconder em parâmetros ditos econômicos/racionais e parecer equilibrada, sensata e norte-americana, a abordagem prática de Posner oculta que a abordagem

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

teórica é inevitável mesmo parecendo abstrata[10].

A própria "antiteoria" de Posner é, ela mesma, uma teoria moral. Para Dworkin resta claro que 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.

Ainda, ao tratar dos *hard cases*, Dworkin propõe que, se os juízes 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-lhes que resolvam essas questões através da história, da economia ou de qualquer outra técnica não moral, como sugere Posner.

Além de expor as incoerências e contradições da antiteoria pragmatista com os argumentos dos filósofos morais, Farage demonstra como a abordagem antiteórica é incompatível com a conjuntura justeórica ocidental contemporânea. Ao retirar de sua matriz teórica a força da leitura moral do Direito, Posner contribui para o relativismo decisório, escondendo-o em fórmulas ditas científicas na análise dos casos concretos.

No contexto brasileiro, isso se torna especialmente dramático, tendo em vista o fenômeno cada vez mais comum de decisões proferidas sem fundamentação teórica consistente. Pior, tais decisões, em regra, são justificadas por um apanhado de argumentos que fazem um arrazoado pseudo-pragmático, não raro violando expressamente o texto legal.

De minha parte, penso que, por não levar a sério a decisão judicial e o fundo hermenêutico sempre nela presente, Posner ignora algo essencial: o juiz não sai do mundo para compreender o caso e, sem o pano de fundo existencial que demarca sua posição no mundo, não há perguntas. E a pergunta, como ensina Gadamer, é sempre o ponto determinante da resposta que se busca. É a partir dela [pergunta] que o intérprete/cientista opera. Daí não é possível saltar fora da linguagem e do contexto moral antes de formular os questionamentos de cada caso. O juiz posneriano, quando pergunta, desde antes já estabeleceu parâmetros morais ainda que não perceba.

Assim, ignorar a teoria moral é, antes de tudo, fugir do enfrentamento fundamental para se evitar relativismos decisórios. Ademais, não se pode esquecer que a atual proposta antiteórica de Posner foi formulada após a sua Teoria Econômica no Direito ter sofrido importantes críticas, apontando-se, por exemplo, a inconsistência de adoções simplistas do conceito de eficiência. Desse modo, parece-me que o pragmatismo posneriano é uma tentativa de fugir do necessário debate de teorias do Direito e moral depois do razoável fracasso da sua reflexão teórica anterior.

[1] Vide, p. ex. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.
[2] HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p.
[3]FRIED, Charles. Philosophy Matters. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 7, p.1739- 1750, maio 1998.
[4]KRONMAN, Anthony Townsend. The Value of Moral Philosophy. *Harvard Law Review*,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Cambridge, v. 1751, p.1751 -1767, 1 jan. 1998.
[5]NOONAN JUNIOR, John T.. Posner's Problematics. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 7, p.1768-1775, maio 1998.
[6]NUSSBAUM, Martha C.. Still Worthy of Praise. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 7, p.1776-1795, maio 1998.
[7]POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. 299 p.
[8]DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços. Coimbra*: Almedina, 2012, p. 33-97.
[9]FARAGE, Bruno da Costa Felipe. O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial. *Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ*, 2015, p. 65.
[10]DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 116.

Date Created
23/02/2015

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.