

EXISTE VERDADE NA TEORIZAÇÃO MORAL? O CETICISMO MORAL PRAGMÁTICO E A INDEPENDÊNCIA METAFÍSICA DO VALOR: DUAS PERSPECTIVAS DA MORAL E SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO

IS THERE TRUTH IN MORAL THEORIZING? THE PRAGMATIC MORAL SKEPTICISM AND THE METAPHYSICAL INDEPENDENCE OF VALUE: TWO MORAL PERSPECTIVES AND ITS RELATIONSHIP WITH LAW

Bruno Farage da Costa Felipe¹

RESUMO

A partir de duas perspectivas teóricas distintas, o presente artigo tem como objetivo expor um debate acerca da importância da teoria moral na práxis jurídica. Alguns questionamentos serão levantados no intuito de saber se os magistrados devem ceder à reflexão moral na decisão dos casos jurídicos, qual a importância dessa reflexão e se nela há objetividade e verdade. As respostas variam de acordo com as duas correntes de pensamento escolhidas sobre a moral e sua relação com o direito, a saber, o “ceticismo moral pragmático” do juiz norte-americano Richard A. Posner e a “independência metafísica do valor” do filósofo do direito Ronald Dworkin.

PALAVRAS-CHAVE: Moral; Direito; Teoria Moral; Decisão Judicial; Ceticismo; Objetividade; Verdade.

ABSTRACT

This article aims to expose a debate about the importance of the moral theory in legal praxis from two distinct theoretical perspectives. Some inquiries will be raised with the intention of knowing whether the magistrates should give in to moral reflection on juridical cases decision, what is the importance of this reflection and if there is truth and objectivity in it. The answers vary according to two chosen flows of thought about the moral and its relationship with the law, namely, "pragmatic moral skepticism" of the north-american judge Richard A. Posner and the "metaphysical independence of value" of the legal philosopher Ronald Dworkin.

¹ Mestrando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

KEYWORDS: Moral; Law; Moral Theory; Judicial Decision; Skepticism; Objectivity; Truth.

1 INTRODUÇÃO

Qual deve ser a influência das convicções morais de um juiz sobre suas opiniões a respeito do que é o direito? Os magistrados e outros tomadores de decisões em matéria de direito, quando se encontram 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? Essas são algumas das perguntas que serão analisadas e respondidas no presente artigo, a partir de perspectivas teóricas distintas. De um lado, explicitar-se-á o particular posicionamento do ceticismo moral pragmático, defendido por Richard A. Posner², e, de outro, a independência metafísica do valor do filósofo do direito Ronald Dworkin³. Julga-se importante a reflexão que será exposta principalmente pelo seguinte motivo: em tempos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo⁴ como teorias do direito recorrentemente utilizadas na aplicação prática, a relação entre direito e moral, outrora até mesmo impensável - pelos defensores do positivismo exclusivo, por exemplo - hoje nos parece cada vez mais estreita. A leitura moral da Constituição Federal, uma forma particular de ler e se fazer respeitar a Constituição, conforme sugerida por teóricos como o próprio

² Richard A. Posner é juiz-presidente do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da justiça federal norte-americana, docente na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, teórico do direito e Economista.

³ Ronald Dworkin foi professor de Teoria Geral do Direito na University College London e na New York University School of Law.

⁴ Sabemos que a tese do neoconstitucionalismo ainda não foi completamente digerida e aceita como predominante na teoria do direito. No Brasil, é certo que no final dos anos 90 percebe-se uma postura ao menos “pós-positivista” com a implementação de um direito principiológico e de uma constituição aberta e interpretada pelos juízes. Todavia, ao decorrer das últimas três décadas, entre o positivismo e o neoconstitucionalismo apareceram nuances teóricas que apresentam elementos diferentes entre si. É possível falar em concepções distintas como: o positivismo inclusivo (*soft*), o neoconstitucionalismo teórico (normativo) e o neoconstitucionalismo total (*forte*). O 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, Sastre Ariza, 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)

Dworkin⁵, tem sido prática recorrente nos tribunais pátrios devido, sobretudo, ao conteúdo fortemente principiológico e ao caráter aberto de nossa Constituição da República. Mas é possível confiar nas assertivas provenientes da interpretação moral? A partir da teorização moral e sua aplicação na resolução de casos jurídicos é possível alcançar verdades? Os questionamentos ora apresentados podem ser elevados a um maior grau de abstração; nas palavras de Ronald Dworkin: “será que existe verdade objetiva? Ou devemos finalmente aceitar que no fundo, no fim das contas, filosoficamente falando, que não existe verdade “real”, ou “objetiva”, ou “absoluta”, ou “fundacional”, ou “questão verdadeira”, ou “resposta certa” sobre nada” [...]?”. (DWORKIN, 1996, p.1)

A crença na capacidade da teoria moral como auxiliadora do direito na resolução de conflitos e na interpretação do sistema jurídico varia, dentre as concepções que trataremos neste artigo, entre “indispensável” a “completamente inútil”. Para o juiz Posner, hoje em dia, tanto profissionais do direito quanto pessoas de fora da profissão reconhecem que advogados, juízes e professores de direito não podem “fazer” direito sem a ajuda de outras disciplinas. Há uma indiscutível necessidade de auxílio interdisciplinar no cotidiano dos operadores do direito. A divergência, contudo, reside em saber onde se deve buscar tal auxílio. De acordo com Posner, a filosofia moral e o pragmatismo⁶ são as alternativas mais extremadas (POSNER, 2012, p. VIII). Os que possuem inclinações filosóficas acreditam, segundo o autor, que os métodos da filosofia moral, ou afins, deveriam ser utilizados na decisão das questões difíceis inerentes à prática jurídica. Por outro lado, os pragmatistas, nos quais ele se inclui, acreditam que os métodos da filosofia moral não funcionam em domínio nenhum. Acreditam, contrariamente, que quando os métodos do positivismo jurídico não são capazes de resolver satisfatoriamente uma questão jurídica, o magistrado nada pode fazer além de recorrer a noções derivadas da condução dos negócios públicos, do senso comum, dos valores profissionais e pessoais, da intuição e da opinião, incluindo aí a opinião pública bem informada ou cristalizada (POSNER, 2012, p. VIII-IX). Os pragmatistas acreditam, também, que a intuição, a opinião e tudo o mais podem, às vezes, ser instruídas pela imersão nos fatos.

⁵ Ver DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. 416 p.

⁶ A teoria pragmatista do direito de Richard Posner é muito rica e complexa, tendo sido construída ao longo de várias obras como: *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Overcoming Law* (1995), *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), dentre outras. Trataremos do pragmatismo nesse artigo somente no que for pertinente para destacar a visão do teórico em relação a moral. A abordagem pragmática em si, conforme sugerida por Posner como técnica jurídica não será explorada a fundo.

Ronald Dworkin, em sentido contrário, acredita que o raciocínio moral, em certas situações, é inerente à práxis jurídica. O teórico enfatiza que caso não se exija dos juízes que tomem decisões morais ao decidirem casos difíceis⁷, então é evidente que não se deve exigir que consultem a teoria moral. Porém, se eles tiverem de lidar com questões morais ao decidirem casos difíceis, 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. (DWORKIN, 2010, p. 120)

Certamente os posicionamentos que são notadamente de extremidade entre Posner e Dworkin são resultados de suas concepções acerca da moral e sua relação com o direito. Por isso, o objetivo deste artigo será justamente clarificar seus posicionamentos morais, enquadrando-os a partir de certas comparações com outras definições metaéticas⁸. Para tanto, será traçado, em um primeiro momento, a descrença de Posner no realismo moral⁹. Esse ponto de vista é reforçado com a crítica que o magistrado faz à constante utilização da teorização moral nos ensinamentos acadêmicos de direito, assim como sua repulsa ao “moralismo acadêmico”, termo que será esclarecido adiante. Após, serão destacadas as características do ceticismo moral pragmático de Posner, explicando suas particularidades e porque ele não se confunde com outras posições metaéticas. No outro lado do debate, veremos como Dworkin enxerga a objetividade e a verdade na moral, e como ele refuta a inutilidade da teoria moral. A crença na potencialidade da teorização moral em Dworkin, com base nas características que serão expostas, fez com que Posner caracterizasse o posicionamento do filósofo como “o realismo das respostas corretas” (*right answers moral realism*¹⁰). (POSNER, 2012, p. 14)

⁷ Por caso difícil, ou *hard case*, Dworkin entende como uma situação a ser decidida pelo magistrado em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção. (DWORKIN, 2002, p. 131)

⁸ Por metaética, entendemos como 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.

⁹ Por realismo moral, Richard Posner entende como a ideia de que existe uma ordem moral acessível à inteligência humana, uma ordem atemporal e não local que fornece critérios objetivos para se aprovarem ou condenarem as crenças e o comportamento dos indivíduos e a estrutura e o funcionamento das instituições jurídicas. (POSNER, 2012, p. 3)

¹⁰ O termo “realismo das respostas corretas” foi utilizado por Richard Posner. Em alguns momentos mencionaremos a expressão para a facilitação na demarcação de um campo teórico, mas isso não quer dizer que a expressão é aceita pelo próprio Dworkin, isso porque ele mesmo já se manifestou dizendo que em diversos momentos Posner utiliza das expressões “metafísica”, “relativismo moral” e “respostas corretas” de modo idiossincrático. Preferimos usar a expressão “independência metafísica do valor”, mencionada pelo próprio Dworkin em sua última obra *Justice for hedgehogs* para demarcar seu posicionamento em relação a moral. (DWORKIN, 2012, p.20)

2 RICHARD A. POSNER , A DESCRENÇA NO REALISMO MORAL E A CRÍTICA À TEORIZAÇÃO MORAL

A pretensão, nesse ponto do artigo, é esclarecer a descrença de Richard Posner na existência de um realismo moral¹¹, assim como na capacidade da teorização moral gerar bons frutos na práxis jurídica. Para Posner, a teoria moral em nada pode auxiliar o direito, sendo apenas uma “grande mistificadora”¹². Essa construção de Posner irá culminar, como veremos, em uma particular posição metaética, denominado por ele próprio como “ceticismo moral pragmático”.

Richard Posner 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. Trata-se, ele mesmo admite, de uma crença que reverbera ao longo da história intelectual do Ocidente, mas que o juiz não aceita. Para Posner, tanto a ideia originária – desde a época de Aristóteles – bem como as doutrinas filosóficas e jurídicas que a desenvolvem e a aplicam são falsas. (POSNER, 2012, p. 3)

Seu posicionamento parte de dois argumentos, os quais ele próprio denomina como “versão forte” e “versão moderada”. A versão forte defende que a teorização moral não é capaz de fornecer qualquer fundamento útil para os juízos morais – por exemplo: “o aborto é mau”, ou “é boa a redistribuição dos ricos para os pobres” – além de não nos tornar moralmente melhores em nossa vida privada nem em nossa atuação pública. A sua versão moderada alega que mesmo que a teorização moral fosse útil para alguns juízos morais, ela não deveria ser utilizada para a formulação de juízos jurídicos, pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, os juízes não se sentem a vontade com ela; além disso, eles não sabem nem podem saber utilizar a teoria moral; ela causa dissensão social e não tem nada em comum com as questões presentes nas demandas judiciais. (POSNER, 2012, p. 4)

A grande insatisfação de Posner é, em especial, com um ramo da teoria moral que ele denomina de “moralismo acadêmico”. Trata-se, em suas palavras, da ética aplicada formulada

¹¹ Atenção, contudo, para um ponto: mais a frente veremos que Posner admite um “realismo local moderado”, pois aceita que algumas proposições morais têm por trás de si uma realidade factual local. (POSNER, 2012, p. 13)

¹² A maior parte dos comentários que serão tecidos nessa etapa do artigo é proveniente da obra de Posner denominada “A problemática da Teoria Moral e Jurídica” (*The problematics of Moral and Legal Theory*). O objetivo cerne dessa obra de Posner é, segundo ele, a “desmistificação do direito e, particularmente, sua libertação em relação à teoria moral [...]”. (POSNER, 2012, p. VIII)

por professores universitários da atualidade como: Ronald Dworkin¹³, John Finnis, John Rawls, dentre outros. Os “moralistas acadêmicos”, afirma Posner, apesar de suas peculiaridades próprias, possuem todos um ponto em comum: querem que o direito siga os ensinamentos da teoria moral. 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-americanos¹⁴ e até mesmo dos estrangeiros. (POSNER, 2012, p. 6)

Na construção do ceticismo moral pragmático, Posner esclarece que pretende demonstrar, primeiramente, a moral como um fenômeno local, partindo da ideia de que não existem “universais morais interessantes”. O que existem, para Posner, são universais tautológicas, do tipo: “é errado cometer homicídio”, ou “é errado subornar”, onde entende-se por homicídio o assassinato injustificado e suborno um pagamento injustificado. Porém, o magistrado ressalta que aquilo a que se dá o nome de homicídio ou suborno varia enormemente nas diversas sociedades. Apesar dessa afirmação, Posner aceita 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, seriam universais, mas os seus objetos, não. (POSNER, 2012, p. 7-8)

A inexistência de universais morais na concepção de Posner faz com que o mesmo afirme não existir um realismo moral que tenha algum significado, restando apenas uma forma particular de relativismo moral, conforme será visto adiante. Da mesma forma, o relativismo moral implica que a expressão “progresso moral” seja utilizada com extrema

¹³ Dworkin foi o alvo principal de Posner nessa obra. As réplicas ao juiz fazem parte de um dos mais importantes artigos de Dworkin, denominado de “O novo bulldog de Darwin” (*Darwin's New Bulldog*) integrado, posteriormente, no livro “A justiça de toga”. O “contra-ataque” de Dworkin será explicitado mais a frente.

¹⁴ Certamente o juiz Posner escreve pensando nos Estados Unidos, local onde atua profissionalmente. Embora o debate gire entorno das características da prática jurídica na *Common Law* norte-americana, o mesmo é totalmente aproveitável a nós. Temos importado teorias fundamentais, como o pós-positivismo de Ronald Dworkin, o que nos aproxima muito, nas últimas décadas, do sistema estadunidense de direito, principalmente na seara constitucional.

cautela, por não ser objetiva e depender de uma perspectiva. O progresso moral, afirma Posner, “está nos olhos de quem vê”. (POSNER, 2012, p. 8)

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 capaz 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” ou da “oposição do interesse próprio”. (POSNER, 2012, p. 9)

Para Richard Posner, essas “deficiências” impedem que os moralistas acadêmicos alcancem o seu objetivo – mesmo que implícito - de impor à sociedade uma moral uniforme. Cada moral seria, implicitamente, uniformizadora. Mas como não existe acordo entre os teóricos morais, o debate moral nunca permitiria diminuir o desacordo, antes o fortaleceria¹⁵. 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 acredita que a reflexão moral mina a capacidade da ação moral. (POSNER, 2012, p. 10)

3 CETICISMO MORAL PRAGMÁTICO: DELIMITANDO O CONCEITO.

A posição metaética de Richard Posner é denominada por ele mesmo como “ceticismo moral pragmático”. Trata-se de uma posição particular, diferente de outras conhecidas por questões de detalhes. Veremos, agora, em que ela se assemelha, em quais pontos difere dessas outras posições e como ela se caracteriza em sua particularidade.

¹⁵ Segundo Posner, o consenso é a única base sobre a qual as pretensões à verdade podem ou devem ser aceitas, pois seria o consenso que cria a ‘verdade’, e não esta que força a criação de uma posição consensual. Dworkin diz que essa visão de Posner revela uma concepção “pós-moderna” da ciência, sendo que suas reiteradas afirmações de que a diversidade de opinião demonstra falta de verdade objetiva pressupõem esse ponto de vista. (DWORKIN, 2010, p. 383)

Na construção do ceticismo moral pragmático, Posner diz aceitar uma certa modalidade do 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”¹⁶ 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”. (POSNER, 2012, p. 11)

Em relação ao pluralismo moral, Posner acredita 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 idêntica, contudo, tendo em vista que muitos pluralistas acreditam que a razão pode nos permitir a decidir entre duas coisas incomensuráveis. (POSNER, 2012, p. 12)

Quanto 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 -, Posner diz ter simpatia por essa posição metaética, apesar de não aceita-la como um todo. Adota uma “versão diluída” do subjetivismo moral, compatível com o relativismo moral que coloca em evidência a rejeição de verdades morais transculturais¹⁷.

Posner diz-se cético moral, mas não um cético moral no sentido estrito. O seu ceticismo moral pragmático distancia-se daquele outro pelo seguinte motivo: o cético moral acredita que a verdade seja cognoscível. Nesse ponto em particular, inclusive, Posner diz-se adepto do realismo moral, posicionamento refutado por ele anteriormente¹⁸. 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

¹⁶ Posner denomina como “relativismo vulgar” como certa escola do moralismo acadêmico, assim como o kantismo ou o aristotelismo. (POSNER, 2012, p.11)

¹⁷ Isso porque, para Posner, a moral que condena um traidor, por exemplo, somente seria possível se existissem verdades morais transculturais precisas e passíveis de ser 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)

¹⁸ Não 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, de acordo com a visão de que existem conhecimentos morais, independentes de nossas mentes sendo objetivos e verdadeiros não é aceito por ele.

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. Trata-se, contudo, de 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”. (POSNER, 2012, p. 13-14)

Entre o realismo local moderado, aceito por Posner, e o realismo moral metafísico – a doutrina católica do direito natural, por exemplo, embora também haja 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 metafísica¹⁹ ou direito natural sem natureza. O realismo das respostas corretas sustenta que as perguntas morais possuem respostas convincentes. (POSNER, 2012, p. 14)

Posner é claro ao afirmar que sustenta o posicionamento que diz que as perguntas morais controversas não têm respostas convincentes, a menos que as perguntas sejam redutíveis a questões factuais. Essa tese o inclui, ele afirma, no rol dos céticos morais em sentido vago²⁰, caracterizando-o como alguém que duvida da possibilidade de emitirem-se juízos objetivos sobre as teses que os teóricos morais propõem. Uma pessoa que acha correto matar bebês em nossa sociedade, por exemplo, age de modo imoral. Todavia, essa pessoa ao asseverar com sinceridade que é correto matar bebês – mesmo sem argumentos de apoio – está defendendo uma posição moral particular. Nesse sentido, Richard Posner acredita que poderíamos considerar a pessoa que faz esse tipo de afirmação louca, até mesmo transgressora de um código moral, mas jamais poderíamos chama-la de imoral, da mesma forma que chamar a Jesus Cristo de imoral por transgredir as normas estabelecidas pelo direito judaico e romano seria um erro. (POSNER, 2012, p. 14-15)

¹⁹ Conforme defendeu 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”. (POSNER, 2012, p. 14)

²⁰ Todavia, a convicção de que a teoria moral é incapaz de resolver controvérsias o habilita a conciliar a aceitação, com ressalvas, do subjetivismo moral com a rejeição do ceticismo moral no sentido estrito. (POSNER, 2012, p. 14)

Em relação à posição metaética não cognitivista²¹, a opinião de Posner é a mesma em relação ao 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 rejeita a vertente do particularismo a qual crê que existem verdades morais universais, mas 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 seguidores²². 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 regras²³.

Ante a todas as comparações feitas por Posner, o juiz faz um resumo para destacar a sua posição metaética denominada por ele de ceticismo moral pragmático: 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. (POSNER, 2012, p. 17)

A posição metaética de Posner descredencia a capacidade da moral em resolver conflitos, morais e jurídicos. Para o magistrado, 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 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

²¹ O não cognitivista (ou expressivista) acredita que as afirmações morais são referenciais (não fazem referência a uma realidade objetiva), mas sim expressiva; 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)

²² Uma outra vertente afirma que não existem princípios morais gerais, mas somente intuições morais particulares. Essa vertente é aceita por Posner. (POSNER, 2012, p. 14)

²³ A 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. (POSNER, 2012, p. 17)

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 futilidade, para Posner, do debate moral. (POSNER, 2012, p. 18)

Não que ele afirme que não haja utilidade em nenhuma teoria. Na realidade, Posner valoriza até mesmo muitos aspectos da teoria do direito de Ronald Dworkin na sua contribuição ao pós-positivismo. O que é questionado é tão somente o valor da teoria moral, considerada por ele inútil. 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)

Dois questões são necessárias, segundo Posner, para que a teoria seja importante: ela deve gerar previsões que possam ser refutadas empiricamente, caso contrário ela não pode ser posta à prova; e 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. (POSNER, 2012, p. 21)

Impossível negar 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. Posner afirma que o que ele faz ao construir sua posição metaética, por exemplo, é teorizar sobre a moral. O que 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. A teoria moral trata sobre questões como as seguintes: será sempre errado mentir ou descumprir uma promessa? Será moral o infanticídio? A discriminação sexual? Etc. Essas perguntas querem saber se nós devemos ou não agir de certo modo. Para Posner, 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. Richard Posner acredita que essa tarefa é impossível e o esforço do “moralismo acadêmico” é inútil. (POSNER, 2012, p. 21)

4 RONALD DWORKIN, VERDADE E OBJETIVIDADE NA MORAL: A INDEPENDÊNCIA METAFÍSICA DO VALOR

Dworkin acredita na existência de verdades objetivas sobre o valor²⁴. 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)

Hoje em dia, afirma Dworkin, grandes filósofos adotam uma perspectiva antagônica: acreditam que os juízos de valor 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 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”. (DWORKIN, 2012, p. 20)

Os filósofos que adotam esse posicionamento, alega Dworkin, 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, não poderiam estar mais completamente enganados em defender essa tese, seja em relação à nossa vida privada ou à nossa política. Em relação à nossa vida privada, por exemplo, 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. (DWORKIN, 2012, p. 20)

A verdade de valores em nossas vidas privadas e na política está diretamente ligada a uma teoria da justiça que também aceite a objetividade e a verdade moral. Segundo Dworkin, em uma 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

²⁴ Quando 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)

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. Conforme sustenta Dworkin:

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. Portanto, a velha questão dos filósofos – podem os juízos morais 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. É irresponsável tentar fazê-lo sem uma tal teoria. (DWORKIN, 2012, p. 20)

Em “justiça para ouriços”, última obra de grande relevância de Dworkin, este sintetizou sua posição a respeito da objetividade da moral por meio da tese que ele denomina de “independência metafísica do valor”²⁵. 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; e o fato de serem verdadeiras é uma 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. Não é possível sair do campo da moral. Ou seja, para Dworkin, trata-se de uma argumentação moral em defesa da assunção oposta. 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)

A tese de Dworkin é contrária ao posicionamento de certos filósofos morais contemporâneos. Alguns pensam 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 amorais, 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, esse ponto de vista é equivocado

²⁵ Esse posicionamento já vinha sendo defendida há alguns anos. Ver também DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy And Public Affairs*, Princeton, New Jersey, v. 25, n. 2, p.87-139, spring 1996.

e conduz a uma filosofia “colonial”, pois estabelece embaixadas e guarnições da ciência dentro do discurso do valor. Esse argumento ignora uma crença de Dworkin: a da independência do valor. (DWORKIN, 2012, p. 21)

Grande parte dos filósofos que negam a independência do valor insiste numa distinção entre dois ramos da filosofia moral: distinguem as questões de moralidade, que formulam questões do tipo “a justiça requer cuidados de saúde universais?” e as questões sobre a moralidade, que questiona, por exemplo, se “poderá a afirmação de que a justiça requer cuidados de saúde ser verdadeira, ou será que exprime apenas uma atitude?”²⁶ As questões de moralidade chamam questões substantivas, ou de primeira ordem, enquanto as outras seriam questões metaéticas ou de segunda ordem. Esses filósofos afirmam que abordar questões metaéticas não necessita de juízo moral, antes uma argumentação. Geralmente separam-se em realistas, os que afirmam que os melhores argumentos filosóficos morais demonstram que o juízo moral pode, de fato, ser objetivamente verdadeiro, ou que é fatural, ou que descreve a realidade; e em antirrealistas, que alegam que os melhores argumentos demonstram exatamente o contrário, seja qual for esse contrário. (DWORKIN, 2012, p. 22)

Mas, para Dworkin, existe independência no valor e esse fato acarreta em outra tese: os vários conceitos e departamentos do valor estão ligados e apoiam-se mutuamente. 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)

Em suma, 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. 21)

A moralidade e outros departamentos do valor são filosoficamente independentes. 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 bem esclarecida por Dworkin:

²⁶ Dworkin acusa Posner de fazer confusão com esses conceitos, conforme será visto em seguida.

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)

Dworkin prefere que sua “tese independente” sobre o valor 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. (DWORKIN, 2012, p. 23)

5 RONALD DWORKIN EM DEFESA DA TEORIA MORAL

A posição metaética de Richard Posner, assim como sua “anti-teoria” moral são antagônicas aos posicionamentos teóricos de Ronald Dworkin. A leitura moral da Constituição, a necessidade de reflexão moral na resolução de conflitos e na busca de respostas corretas ao direito, assim como a intrínseca relação entre direito e moral são características muito bem delineadas na teoria do direito de Dworkin. Essas características incomodam Posner. O primeiro ataque de Richard Posner à “teoria moral” foi publicado em 1998²⁷. Após isso, mais de uma discussão foi travada entre ele e Dworkin. As objeções de Dworkin a Posner que aqui serão expostas estão presentes em um artigo intitulado “o novo buldogue de Darwin” (*Darwin's new bulldog*), agregado posteriormente à obra “a justiça de toga” (*Justice in Robes*).

Dworkin ignora a descrença moral do ceticismo. Apesar da nomenclatura utilizada por Posner no debate, qual seja, o realismo das respostas corretas, denominamos sua posição²⁸

²⁷ Ver POSNER, Richard A.. Against Constitutional Theory. *Nyu Law Review*, New York, v. 73, n. 1, p.1-22, Apr. 1998.

²⁸ Evitamos dizer que Ronald Dworkin tenha assumido uma posição metaética. Isso porque, para Dworkin, a metaética é uma disciplina que busca uma base externa à moral para explicar as proposições morais, sendo que ela comete um erro: acreditar que o julgamento de uma proposição moral entre verdadeiro ou falso pode escapar

de “independência metafísica do valor”, nomenclatura utilizada pelo próprio Dworkin, que apesar de apresentar mais de uma nuance, algo que caracteriza bem sua posição é a crença do teórico de 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”. (DWORKIN, 2010, p.108)

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)

Dworkin segue dizendo que embora as conferências e escritos do magistrado tentem demonstrar que tanto as pessoas comuns quanto os juízes podem passar sem a teoria moral, seus próprios argumentos recorrem o tempo todo a essa teoria. Isso porque, para 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 mudar 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 algum lugar nenhum, ou somente nas culturas sem determinadas tradições ou circunstâncias especiais?”. Para Dworkin 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. (DWORKIN, 2010, p.110)

a uma questão moral substantiva. Preferimos dizer que Dworkin adota uma posição em relação a moral: a de que nesta existe objetividade e verdade. (DWORKIN, 2012, p.20)

A crítica de Dworkin em relação a esse aspecto é a de que as principais afirmações de Posner em suas conferências – agregadas à obra “a problemática da teoria moral e jurídica”- 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 moral²⁹ e, segundo Dworkin, se fossem de fato apenas “sobre” a moral, não contestariam a opinião de seus alvos, como o próprio Dworkin. (DWORKIN, 2010, p.110)

Dworkin afirma que toda a construção de Posner – a qual alega, em sua “tese 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. Para Dworkin, 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 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)

Nesse sentido, 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 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 “anti-teoria 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

²⁹ Talvez o juiz 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.

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 pra juízos morais independentes. (DWORKIN, 2010, p.118)

Independentemente disso, nenhuma forma minimamente plausível de relativismo, sustenta Dworkin, entendido como uma teoria moral substantiva, e não apenas como um segmento da sociologia moral, seria capaz de justificar o que está por trás da tese forte 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 sobrevivência³⁰ em nossa espécie dificilmente mostra que essa consciência moral não inclui nenhuma aspiração de integridade e coerência. (DWORKIN, 2010, p.119)

Posner destaca o fato de que algumas pessoas de grande cultura foram culpadas de crimes morais – como Hitler, por exemplo - e, portanto, a formação dos juristas e filósofos

³⁰ Dworkin 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.

acadêmicos nas universidades ocidentais os tornaria, de algum modo, ineptos para o convencimento moral. Dworkin diz que esses dados não valem como argumentação. 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. (DWORKIN, 2010, p.119)

Nesse sentido, para Dworkin, 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 se torná-la respeitável. Mesmo assim, Dworkin salienta que 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 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 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. (DWORKIN, 2010, p.120)

A versão fraca do argumento de Posner, denominada por Dworkin de “tese 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 moral. Ronald Dworkin refuta Posner com o exemplo mencionado na introdução desse artigo: diz que se os casos difíceis 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. (DWORKIN, 2010, p.120)

Na verdade, Posner 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 (DWORKIN, 2010, p.120). Em sua resposta, Dworkin cita diversos casos em que as decisões judiciais envolvem discussões acerca da justiça para casos concretos³¹. 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”³², mas insiste que Dworkin e os outros filósofos morais se enganaram ao pensar que os juízes empregam uma terminologia moral e uma forma moral.

Na continuação de seu argumento, Posner sustenta que certos litígios da Suprema Corte discutidos por Ronald Dworkin não levantam questões morais, ou, quando levantam, os juízes as rejeitam, como, por exemplo, nos casos de suicídio assistido e em *Roe vs. Wade*³³. Em resposta, Dworkin afirma que Posner está equivocado. Nos casos de suicídio assistido, por exemplo, as principais afirmações morais suscitadas foram: os doentes terminais lúcidos têm, em princípio, o direito de decidir por si próprios como querem morrer; 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 favor³⁴. No caso *Roe vs Wade*, embora Posner construa sua argumentação no sentido de que os juízes evitaram as questões morais, por não serem capazes de comparar os “custos morais”, para Dworkin em nenhum momento houve a recusa em apreciar as questões morais por parte dos juízes. 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)

³¹ Inclusive 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)

³² Para 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”. Percebe-se 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. (DWORKIN, 2010, p. 121)

³³ Ou “caso Roe contra Wade”, é o nome do caso judicial pelo qual a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez, nos Estados Unidos.

³⁴ Um texto mais completo sobre essa decisão pode ser encontrado no artigo de Dworkin “Assisted Suicide: What the Court Really Said”, *N.Y.Rev.Books*, 25 de setembro de 1997.

Talvez a maior indignação de Dworkin com as acusações de Posner resida no fato de que os próprios argumentos do juiz são argumentos morais. Para Dworkin, 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.

É bem verdade que Richard Posner gostaria que a teoria moral, assim como todas as questões morais, fossem descartadas quando do processo de tomada de decisões judiciais. Acontece, contudo, na perspectiva de Dworkin, que tal desejo parece 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.

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, nas palavras de Dworkin, “[...] 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)

5 CONCLUSÃO

Iniciamos o artigo questionando se os magistrados devem ceder à reflexão moral, qual a importância – se houver – dessa reflexão e se há verdade e objetividade em seus resultados. Dissemos que as respostas a essas perguntas variam conforme o posicionamento individual que cada um tem em relação a moral e ao direito. Destacamos duas correntes importantes no pensamento jurídico norte-americano por acreditarmos em sua influência no sistema jurídico ao redor do mundo, em especial na esfera das decisões constitucionais. Sabemos da amplitude do debate e da impossibilidade de reunir em um único trabalho a profundidade a qual ele pode nos levar. Preferimos destacar a posição metaética de Richard Posner, assim como as concepções teóricas de Dworkin em relação a moral para alcançar e

clarificar o que eles pensam a respeito da teorização moral na práxis jurídica e no meio acadêmico. Clarificados esses pontos, eis a síntese do que foi discutido:

Richard A. Posner apoia-se na posição metaética denominada por ele de ceticismo moral pragmático que, dentre várias características, é possível destacar: enxerga a moral como um fenômeno local, partindo da ideia de que não existem universais morais interessantes; também não crê na existência de um realismo moral que tenha algum significado, mas tão somente uma forma particular de relativismo moral; nega qualquer tipo de progresso moral, pois este não passa de uma concepção particular relativa “aos olhos de quem vê”.

Posner acredita que a teoria moral em nada pode auxiliar o direito, não passando de uma grande mistificadora. Afirma que a teorização moral não é capaz de fornecer qualquer fundamento útil para os juízos morais e, mesmo que fosse, ela não deveria ser utilizada para a formulação de juízos jurídicos. Na concepção de Posner, os instrumentos analíticos empregados pelo moralismo acadêmico são débeis demais para estar acima do interesse próprio ou da intuição moral. Além disso, as difíceis questões morais são impossíveis de serem respondidas com nossos métodos de investigação atuais. A oposição do interesse próprio, assim como as intuições, sempre prevalecem em um debate moral, não obstante a tentativa dos filósofos morais em impor a teorização moral na resolução de conflitos jurídicos. A inutilidade da teoria moral no debate jurídico agrava-se, na perspectiva de Posner, por instigar, ainda mais, desacordos. Para ele, perguntas morais controversas não possuem respostas convincentes, a menos que as perguntas fossem redutíveis a questões factuais. Posner alega que a única coisa que pode ser feita em relação a moral é teorizar “sobre” ela, ao construir uma posição metaética. Exercer uma teoria moral, por outro lado, está descartado. O que 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. Essa teoria moral seria perigosa por pregar uma independência em relação a metafísica e “iludir” os juízes dos tribunais laicos. Nos textos de Posner não faltam adjetivos pejorativos para criticar a teoria moral, que vão de “fútil” até “inútil”.

Do lado oposto, Ronald Dworkin acredita na existência de verdades objetivas em relação a moral e que instituições e ações são de fato justas ou injustas, ainda que haja divergência de opiniões. Para Dworkin, a crença na verdade e na objetividade das afirmações morais é fundamental para a dignidade em nossas vidas privadas, assim como em nossas vidas públicas como governantes e cidadãos. Uma teoria da justiça também deve aceitar a

objetividade e verdade na moral e essas são alcançadas a partir da interpretação correta dos princípios conflituosos existentes em uma nação, ainda que as pessoas discordem acerca de qual concepção de justiça seja verdadeira.

A objetividade da moral, argumento que defende há anos, é sintetizada por Dworkin por meio da tese que ele denomina de “independência metafísica do valor”. Dworkin alega que há independência na moral e a verdade moral contida em certo juízo moral somente é inteligível a partir de um argumento moral que mostre que esse juízo continua a ser verdadeiro mesmo que ninguém pense que o seja. Os juízos de valor são verdadeiros per se, em virtude de uma defesa substantiva que deles pode ser feita, a partir de um argumento moral, e não dependem de uma correspondência com outro plano ou com a metafísica.

Em defesa da teorização moral, Dworkin alega que Posner, apesar de criticar tanto a teoria moral, está ele mesmo preso a uma teoria moral substantiva e não instrumentalista. Afirma que os argumentos do magistrado recorrem o tempo todo à teoria moral: por exemplo, ao sustentar sua tese de que a teorização moral não é capaz de fornecer qualquer fundamento útil para os juízos morais, essa tese já é em si uma afirmação substantiva moral. O fato de se questionar se algum tipo de afirmação moral oferece base sólida para outra, para Dworkin já constitui em si uma questão moral.

Independentemente da acusação de confusão que faz a Posner, Dworkin defende que existem vantagens na teoria moral aplicada ao direito. É enfático ao dizer que as pessoas podem ser convencidas por um argumento moral e que a teorização moral é fundamental para suprir o anseio das pessoas pela integridade ética e moral. Além do mais, para Dworkin é incoerente sustentar que os juízes não recorrem à teoria moral: os juízes constantemente se deparam com questões morais e tentar resolver os problemas morais sem a reflexão moral constituiria um erro de categoria. Apesar da tentativa de Posner em explicitar que os juízes comumente não se deparam com questões morais e, caso se deparem devem rejeitá-las, Dworkin enumera casos demonstrando que não é bem assim que ocorre na realidade. O direito, para ele, está intrinsecamente ligado a moral e é impossível negar ou ignorar essa relação. Embora Posner anseie por um purismo técnico em relação ao direito, para que as questões sejam “resolvidas por consenso”, Dworkin afirma que censurar a teoria moral jamais será a saída correta.

REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 421 p.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.
- DWORKIN, Ronald. 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.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. 416 p.
- DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, 515 p.
- DWORKIN, Ronald. 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://www.jstor.org/stable/2961920>>. Acesso em: 16 jan. 2014.
- DWORKIN, Ronald. Assisted Suicide: What the Court Really Said. **The New York Review Of Books**, New York, v. 44, n. 14, p.1-2, 25 set. 1997. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/1997/sep/25/assisted-suicide-what-the-court-really-said/?page=2>>. Acesso em: 18 jan. 2014.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. Do Positivismo ao Neoconstitucionalismo: Posições graduais e conflitantes entre o positivismo e o neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 443-452.
- POSNER, Richard A.. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 507 p.
- POSNER, Richard A.. 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.

U.S. Supreme Court. 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.