

**A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DE RICHARD POSNER SOB A ANÁLISE
CRÍTICA DA TEORIA DA INTEGRIDADE
THE PRAGMATIC APPROACH OF RICHARD POSNER UNDER THE CRITICAL
ANALYSIS OF THE LAW AS INTEGRITY**

Raphaela Borges David

RESUMO

O presente estudo visa a trabalhar duas vertentes da teoria da interpretação judicial norte-americana que permeia a discussão hermenêutica estadunidense. A ideia é fazer uma descrição da postura interpretativa trazida pelo Law and Economic de Richard Posner, para, num segundo momento, fazer uma análise crítica da mesma através dos argumentos de Ronald Dworkin e de sua Teoria da Integridade. Após a descrição da abordagem pragmática posneriana, bem como da exposição de sua crítica dworkiana, passaremos, em sede conclusiva, para uma abordagem crítica e reflexiva do caso paradigmático Bush vs. Gore, para demonstrar o golpe final da Teoria da Integridade aos argumentos utilitarista de Posner. A posição aqui tomada, então, passa a ser da busca pela legitimidade das decisões judiciais a partir de uma hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: Law and Economic; Teoria da Integridade; Hermenêutica Constitucional; Caso Bush vs. Gore.

ABSTRACT

The current study aims to work two aspects of the north american judicial interpretation that permeates the U.S. hermeneutics discussion. The idea is to make a description of the interpretative posture brought by Richard Posner's Law and Economic, for, in a second look, make a critical analysis of the same, through the Ronal Dworkin's arguments and of his Law as Integrity. After the posnerian description of the pragmatic approach, as so of its critical dworkian exposure, will forward, conclusively, to a critical and reflexive approach of the paradigmatic Bush vs. Gore case, to demonstrate the final blast of the Integrity Theory under the Posner's utilitarian arguments. The position here taken, so, becomes the search for the legitimacy of the judicial decisions from an hermeneutics constitutionally proper to a

democratic state.

KEYWORDS: Law and Economic; Law as Integrity; Hermeneutics Constitutional; Case Bush vs. Gore.

INTRODUÇÃO

Richard Allen Posner nasceu em Nova York em 1939. Formou-se em letras por Yale em 1959 e em direito por Harvard em 1962. Depois de formado, trabalhou na Suprema Corte dos EUA assistindo o *Justice* William Brennan, Jr. entre 1962 e 1963. De 1963 a 1965, foi assistente do Comissário Philip Elman na Comissão Federal de Comércio (órgão regulador da concorrência). Nos dois anos seguintes ele foi assistente do procurador geral dos Estados Unidos, Thurgood Marshall. Atuou como conselheiro geral da Força Tarefa do Presidente sobre Política de Comunicação, antes de ingressar em Stanford. Posner começou a lecionar em 1968, em Stanford, ingressando na Universidade de Chicago em 1969, onde leciona até o momento. Em 1981 tornou-se juiz do tribunal de apelação para a 7ª região (*U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*), tribunal do qual foi presidente (*chief Justice*) entre 1993 e 2000¹.

É um dos principais expoentes da *Law and economics*, uma corrente de pensamento jurídico segundo a qual os processos legais, mais do que assegurar direitos, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos. A maximização da riqueza (*wealth maximization*) deve orientar a atuação do magistrado e a decisão desse deve ter como base a relação custo-benefício. O livro fundamental de Posner é *Economic Analysis of Law* (1972), no qual lança as bases do programa de pesquisas de *Law & Economics*. Sua teoria da democracia inspira-se no trabalho do economista austríaco Joseph Schumpeter. Richard Posner acredita que o modo de pensar pragmático tem muito a contribuir para a compreensão do sistema jurídico dos Estados Unidos. O pragmatismo de Posner é o chamado *everyday pragmatism*, cuja característica é a prática do dia a dia, sem universalizações, teorizações, generalizações e ponderações filosóficas. No prefácio da obra *Problemas de Filosofia do direito*, Posner registra que começou a escrever sobre filosofia do direito em 1970, ao abordar “o ataque lançado por Bentham a Blackstone, sobre as bases normativas da análise econômica do

1 Para mais ver: [http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r](http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-rhttp://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r), acesso em fev 2013.

direito, sobre as raízes do direito na vingança e sobre a justiça corretiva”. Quando se tornou juiz (1981), fascinou-se “pela questão da objetividade nas decisões judiciais, que ocupa uma posição central neste livro (pág. XIV)”. Posner declara que “Tento examinar os problemas de filosofia do direito com o distanciamento recomendado por Yeats e, portanto, sem a beatice e o artificialismo tendencioso que são de *rigueur* em tantas discussões sobre o direito. Defendo uma filosofia do direito que seja crítica do formalismo (menos pejorativamente, do legalismo tradicional) e tenha afinidades com o realismo jurídico, desde que despojado da política de centro-esquerda que é característica desse movimento e de sua descendência. Refiro-me a uma filosofia do direito que, como o realismo jurídico, faz uso da filosofia do pragmatismo (ainda que não apenas desta filosofia) mas que, ao contrário de algumas versões do realismo jurídico, procura desmitologizar o direito sem denegri-lo ou satanizá-lo”. “Filosofia do direito” significa, para Posner, “o plano de análise mais fundamental, geral e teórico do fenômeno social chamado direito”.

No presente artigo, vamos descrever os posicionamentos de Posner relativos à interpretação judicial, bem como expor as críticas feitas por Ronald Dworkin na obra “Justiça de Toga”.

A CONCEPÇÃO DE INTERPRETEÇÃO JURÍDICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A ideia aqui é trazer o posicionamento de Posner sobre a interpretação jurídica, posicionamento esse que embasa a sua Análise Econômica do Direito. O autor utiliza os capítulos 10 e 11 de sua obra “Problemas de Filosofia do Direito” para argumentar acerca da interpretação das leis e dos posicionamentos tomados pelos magistrados e legisladores diante das decisões que lhe são colocadas. Ele inicia afirmando que “*a interpretação de um texto não é dedução, mas talvez seja uma coisa quase tão direta – uma questão de ler cuidadosamente e deixar o significado evidente das palavras ditar a interpretação do texto*” (POSNER, 2007, p. 352).

O autor se dedica nas primeiras partes do capítulo à analisar a proposta do juiz Holmes sobre o significado evidente, teoria esta que leciona que a comunidade linguística dos autores deve determinar o significado da lei, procurando o que aquelas palavras significariam na boca de um falante normal da língua inglesa que as empregasse nas circunstâncias em que foram empregadas. Posner rebate o critério do “falante normal do inglês”, alegando que o

pressuposto de Holmes de comunidade linguística não considera as várias comunidades linguísticas possíveis e os diferentes significados que os termos podem ter com o passar do tempo. Ele distingue ambiguidade interna (“[...] *está presente quando uma pessoa que lê uma frase e conhece a língua em que ela está escrita, mas nada sabe sobre as circunstâncias em que ela foi escrita, considera-a pouco clara.*”) de ambiguidade externa (“[...] *está presente, e com a mesma consequência, quando a frase, apesar de clara para um falante normal do inglês que ignora as circunstâncias que a informam, é obscura e confusa, ou significa, para alguém que conhece seus antecedentes, alguma coisa diferente daquilo que pensa o falante normal do inglês.*”) para concluir que a abordagem do significado evidente de Holmes exclui os argumentos do último tipo, mutilando o processo interpretativo (POSNER, 2007, p. 354-355).

Posner argumenta que a ideia de comunicação é apenas um ponto de partida, justamente porque muitas são as possibilidades interpretativas utilizadas na prática jurídica. Por essa razão, ele diz que é preciso definir uma concepção sobre que tipo de texto a lei é, sugerindo que a lei é melhor compreendida não como obra literária, e sim como um comando, ou seja, como um ato de comunicação entre um organismo superior – o legislativo – a um organismo subordinado – o judiciário². Demonstra que existe uma ambiguidade na teoria de Holmes, uma vez que o falante normal do inglês “*não interpreta uma mensagem consultando meramente as definições dicionarizadas de cada palavra e os princípios gramaticais e sintáticos relevantes*” (POSNER, 2007, p. 361). Conclui que o “*significado depende tanto do contexto quanto das propriedades semânticas de outras propriedades formais dos enunciados linguísticos*” (POSNER, 2007, p. 361).

As palavras, para Posner, são apenas um indício da vontade do redator, uma vez que o método interpretativo tem caráter prospectivo, pouco importando para a abordagem pragmática se a lei é obscura ou incompleta. Aqui, a lei é vista como um recurso para se lidar com os problemas do presente, o que equivale dizer com o futuro da lei. Dessa forma, juízes não devem se tornar “arqueólogos” ou “antiquários” fracassados, devendo ter sempre em mente que eles fazem parte de uma atividade viva, qual seja, governar os Estados Unidos, devendo decidir mesmo quando o texto não claro e completo (POSNER, 2007, p. 363).

“Quanto mais refletimos sobre a interpretação em geral, mais distantes nos vemos da questão importante a propósito da

2 Posner discute uma série de casos para demonstrar as inúmeras possibilidades interpretativas, bem como para demonstrar ambiguidade, obscuridade ou erros lógicos inexplicáveis no texto da lei, comuns no cotidiano. V. *Problemas de Filosofia do Direito*, p. 357-361.

interpretação das leis, que é política e não epistêmica: até que ponto os juízes deveriam sentir-se livres dos grilhões do texto e da intenção legislativa ao aplicarem as leis e a Constituição? A partir do fato de que a interpretação é um conceito vago, abrangente, inclusive ilimitado, não segue que os juízes devam considerar-se portadores de carta branca para interpretar os dispositivos legais e constitucionais. Os limites da interpretação são por demais flexíveis. [...] Talvez fosse melhor abolir totalmente a palavra “interpretação” e, em seu lugar, falar, à maneira pragmática, das consequências das abordagens antagônicas para a função judicial nos casos legais e constitucionais – a abordagem que enfatiza a liberdade do juiz versus a abordagem que enfatiza a responsabilidade do juiz como autoridade subordinada ao sistema de governo. [...] Os juízes devem empenhar-se de boa-fé em fazer cumprir a legislação a despeito de seu acordo ou desacordo com seus meios e fins. [...]um juiz que interpreta um texto legislativo pouco claro não deve tentar ajustar uma política pública a sua concepção pessoal do que é certo ou errado – desde que a política pública contida na lei seja discernível. Mas é possível que não seja ou, mesmo quando for, que não nos oriente no sentido de encontrar uma resposta para a questão interpretativa específica que se colocou. No direito como na guerra, a doutrina tem seus limites”.
(POSNER, 2007, p. 365-366)

O autor afirma que quando métodos interpretativos, tais como a interpretação finalística ou a reconstrução imaginativa falham, a interpretação das leis transforma-se numa questão de criação de políticas públicas judiciais, o que acaba por criar problemas de objetividade judicial. Muitos juízes utilizam-se dos chamados cânones interpretativos, que Posner define como a sabedoria popular coletiva da interpretação das leis, que não oferecem resposta às questões complexas de interpretação de forma maior do que as máximas da vida cotidiana oferece para os problemas do dia a dia. Muitos desses cânones não são interpretativos e sim estabelecem políticas públicas. Todo esse cenário demonstra a limitação desse modelo, bem com a sua impossibilidade de resolver todas as questões de direito legislado. Posner chega a propor a abolição da palavra “interpretação” em detrimento à “consequências das abordagens antagônicas para as função judicial nos casos legais e

constitucionais”. (POSNER, 2007, p. 374-377). Aqui entra uma crítica à Dworkin:

“A abordagem de Dworkin tenta fazer no varejo aquilo que os cânones substantivos de interpretação mencionados no capítulo anterior³ tentam fazer no atacado: transferir o plano de análise do modo de extrair o significado que, pode-se dizer, os legisladores introduziram na lei, para o modo de conferir o melhor significado ético ou político.” (POSNER, 2007, p. 385)

Falando da hermenêutica, Posner afirma que as condições políticas, econômicas, culturais e sociais desde a edição da Constituição ou de uma lei se alteraram, levando à um poder legislativo e judiciário extremamente diversificado, o que acaba por trazer influências as interpretações ali dadas. *“O significado não reside simplesmente nas palavras de um texto, pois as palavras estão sempre apontando alguma coisa que lhes é extrínseca. O significado é aquilo que emerge quando os critérios e as experiências linguísticas e culturais são aplicados no texto”* (POSNER, 2007, p. 397). Daí uma indeterminabilidade inevitável na interpretação. O autor cita o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, mas conclui que a hermenêutica produz bons conselhos, mas que estes não contribuem para a criação de uma metodologia específica nem demonstram a impossibilidade de uma interpretação objetiva.

“O problema é que não há técnicas para produzir interpretações objetivas de textos difíceis. A hermenêutica coloca o problema, mas não oferece solução. Não é nem a salvação da interpretação jurídica nem o anunciador de sua ruína. A hermenêutica não vai ensiná-lo a interpretar a Oitava Emenda ou a lei de monopólio e concorrência desleal (Sherman Act). Não vai nem mesmo lhe dizer se você deve interpretar os textos jurídicos em sentido lato ou limitar-se ao significado de superfície. Este é um julgamento político; e, tendo em vista o pouco que sabemos sobre as consequências da escolha, é bem possível que, por muito tempo ainda, a escolha entre interpretação rígida e flexível, restritiva e ampla, vai depender não de considerações analíticas, mas do temperamento dos juízes” (POSNER, 2007, p. 399).

3 No caso, exposto, de forma sintética, no parágrafo anterior. Para mais, v. *Problemas de Filosofia do Direito*, p. 362-383.

Então Posner chega no centro da sua argumentação: a ideia de que as questões interpretativas podem ser traduzidas em forma de questões sobre consequências. *“Talvez o melhor a fazer quando se invoca uma lei seja examinar as consequências de dar a quem a invoca aquilo que deseja, e então avaliar se tais consequências serão boas em termos gerais”* (POSNER, 2007, p. 403). Afirma, ainda, que as nossas certezas jurídicas tem base pragmática e não analítica.

Abordando o papel da filosofia no direito, Posner afirma que

“ [...] vejo com ceticismo a possibilidade de que a filosofia moral tenha muito a oferecer ao direito em termos de respostas a questões jurídicas específicas, ou mesmo de suporte em geral. O valor fundamental da filosofia moral para o direito é crítico. Ajuda-nos a identificar as fraquezas de teorias sociais ambiciosas que poderiam ser usadas para gerar, validar ou revogar obrigações jurídicas, e desse modo reforça a lição de ceticismo que constitui um fio condutor deste livro. Porém, ficamos a ver navios quando o que está em jogo são casos específicos. A razão disso é que a filosofia moral é em grande parte um metadiscurso.” (POSNER, 2007, p. 466-467)

Atribui à duas razões do fracasso da filosofia moral no caso prático: a) o conhecimento é testado por nossas intuições morais que tendem a ser ao mesmo tempo refratárias a mudanças e mais divergentes do que as intuições sobre o mundo físico; b) a solução dos dilemas morais requer a imersão nos aspectos particulares de cada dilema e os filósofos não têm o tempo e a formação para especializar-se nos detalhes de cada questão.

“Os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para os julgamentos legais depois de tê-los resolvido. Na verdade, por mais frágeis que sejam os métodos de raciocínio jurídico, não são mais frágeis do que os métodos de raciocínio moral.” (POSNER, 2007, p. 468)

Passando para Análise Econômica do Direito propriamente dita, situada mais especificamente no capítulo 12 da obra aqui comentada, Posner afirma que

“O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com a exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha. [...] Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que ‘racional’ denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita. [...] Uma vez que meu interesse se volta para as doutrinas e instituições jurídicas, melhor será começar pelo nível legislativo (inclusive o constitucional). Presumo que os legisladores sejam maximizadores racionais de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz”. (POSNER, 2007, p. 473-474)

A tese central da análise econômica do direito, portanto, é localizada numa perspectiva de cunho utilitarista (embora não tradicional), na qual a decisão de um juiz deve se pautar por uma relação custo-benefício. Com isso, o direito só é perspectivo quando promove a maximização das relações econômicas, sendo que a maximização da riqueza (wealth maximization) deve orientar a atuação do magistrado (POSNER, 2003).

A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN À RICHARD POSNER

Dworkin abre o capítulo 2 da obra a Justiça de Toga intitulado em “O elogio da teoria” dizendo que pretende abordar o papel da teoria no raciocínio jurídico e na prática jurídica, uma vez que juízes, juristas, advogados e pessoas comuns reagem às controvérsias sobre o que é o direito de maneiras profundamente diferentes. Abre-se, então, a questão principal: “[...] o que torna verdadeira ou falsa uma afirmação sobre o que é o direito no que diz respeito a determinada questão?” ou, de outra forma, “ Qual a maneira adequada de raciocinar ou apresentar sobre a veracidade de alegações de direito?” (DWORKIN, 2011, p.72).

Para tais questões, haveriam duas respostas gerais. A primeira, chamada de “abordagem teórica”, donde raciocinar (em termos jurídicos) seria aplicar uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política, entendendo que é impossível refletir sobre a resposta correta sem que se tenha refletido (ou se esteja disposto a fazê-lo) sobre um vasto sistema teórico de princípios. A segunda, chamada de “abordagem prática” (por oposição à teórica), implicaria na ideia de que uma decisão é um acontecimento político, e que juízes, advogados e todos os que refletem sobre o direito devem voltar sua atenção para o problema prático de como podemos tornar as coisas melhores, conhecendo bem as consequências de decisões diferentes e partindo de alguma noção de economia. Alerta Dworkin, que a segunda resposta parece equilibrada, sensata e tão norte-americana, mas que ele tentará apresentar uma defesa da primeira abordagem – não apenas atraente, mas inevitável.

Quando Dworkin diz defender a “abordagem teórica”, adotando largamente a expressão “princípios inseridos na prática”, está, na verdade, utilizando-se de uma metáfora, que pretende sugerir que justificamos as alegações jurídicas ao demonstrar que os princípios também oferecem a melhor justificação de uma prática jurídica mais geral no direito em que se situa o caso. Quando se diz que um ou outro princípio oferece melhor justificação de algum aspecto da prática jurídica, deve-se entender melhor no sentido interpretativo, colocando aquela prática sob uma luz mais favorável.

O autor explica que Hércules, diferentemente dos juristas, expressa seus pensamentos de fora para dentro, de forma que, ao julgar seu primeiro caso, ele elabora uma teoria gigantesca, de grande abrangência e apropriada para todas as situações. As pessoas comuns, os juristas e os juízes, por sua vez, raciocinam de dentro para fora: começam por problemas que lhe são colocados, e por razões de tempo ou necessidade não podem se dedicar longas pesquisas e argumentações. O autor diz, porém, que não há incoerência nessas duas imagens – Hércules, que reflete de fora para dentro, ou jurista mortal, que raciocina de dentro para fora.

A ciência, enquanto conjunto de conhecimentos, se assemelha a uma rede inteiriça, onde existem costuras e emendas das quais os cientistas de ocupam. A importância da ideia de conhecimento que vem de fora para dentro está na ambição de que a nossa física seja compatível com a nossa química, nossa metalurgia com a nossa engenharia e assim por diante.

Na verdade, esperamos algo mais, que acreditamos já ter realizado em parte – não apenas que cada um desses conjuntos de conhecimentos convencionalmente distintos seja compatível com os outros, mas que possam ser hierarquicamente dispostos de modo que o da física, talvez, seja considerado como o mais abstrato, e que os outros possam ser vistos como campos de pensamento progressivamente mais concretos. (DWORKIN, 2011, p. 80)

Utiliza, então, o exemplo de Minerva, que ao estilo de Hércules, gasta os séculos necessários para dominar a história do tempo e do espaço e as forças fundamentais da teoria das partículas antes de se dedicar a construir uma simples ponte. É sabido que nenhum cientista pode seguir o exemplo de Minerva, mas este exemplo, segundo Dworkin, vai ao encontro com a sua já citada ideia de que o raciocínio jurídico pressupõe um largo campo de justificação, que incluem princípios bastante abstratos de moralidade política. E nós tendemos a dar por certa essa estrutura, da mesma maneira que a engenharia faz com a maior parte dos seus conhecimentos ao construir uma ponte. Nessa linha, a concepção teórica que o autor defende é uma descrição do raciocínio jurídico, de como podemos discutir adequadamente sobre o que é o direito.

Num segundo momento, Dworkin passa a abordar as críticas à concepção teórica, principalmente na tendência intelectual antiteórica do fim do século XX, advinda de um contexto de desconfiança da teoria, seja por dizê-la mistificadora, seja por dizê-la opressora, dentre outras. Concentra-se, porém, na tendência dominante, localizada na Escola de Chicago, notadamente no juiz Posner e no professor Cass Sunstein. Resume a argumentação em três tópicos: metafísico, o pragmático e o profissional.

O argumento metafísico é baseado na noção de que não existem respostas objetivamente corretas, que não existe verdade objetiva sobre a moralidade política, uma vez que todas as nossas convicções sobre esses assuntos são criações dos nossos “jogos de linguagem”, locais e contingentes. Dworkin o combate em dois argumentos: (a) [...] se não

existe nenhuma moral objetiva, nenhuma afirmação desse tipo pode ser, de fato, superior em qualquer caso verdadeiramente difícil; e (b) [...] os juristas [...] devem estar prontos a oferecer uma justificação teórica a seus julgamentos porque não é justo submeter alguns cidadãos a um regime de princípios que a comunidade desautoriza em outras circunstâncias – e essa própria defesa moral reivindica status objetivo (DWORKIN, 2011, p. 85). Ou seja:

[...] se o argumento de que não existe verdade objetiva acerca de questões morais é bem fundado, sua consequência não é a de que existe, não obstante, uma verdade para nossa comunidade, mas sim que há uma verdade distinta para cada um de nós, e não podemos sustentar uma abordagem teórica da decisão judicial com base nisso.
(DWORKIN, 2011, p. 86)

O argumento pragmático é aquele em que Posner afirma não querer fundamentar seus escritos em nenhuma tese filosófica, considerando seus pontos de vista sobre a decisão judicial como independentes. Defende que não devemos acolher ideias estranhas e que devemos estar sempre atentos às consequências da decisão como forma de condução da atividade intelectual e jurídica. O raciocínio jurídico, então, é consequencial e não deontológico, com finalidades utilitaristas, no sentido de que a lei ou a decisão judicial tornará uma situação melhor se, no conjunto ou na média, resultar na melhora da condição das pessoas. Posner ainda diz que a abordagem pragmática é experimental, recomendando que a decisão judicial seja imaginativa, devendo os juízes experimentar soluções diferentes para os problemas para verem quais funcionam, sem levar em consideração se são endossadas por alguma teoria de peso. O problema aqui, é justamente a preocupação com aquilo que funciona apenas, e não com o que é verdadeiro, o que além de inútil é incompreensível.

A terceira objeção à abordagem teórica é o “argumento profissional”, donde Posner afirma sermos apenas juristas, e não filósofos, devendo pensar e racionar como tanto. Cass Sunstein retoma uma descrição de Edward Levi sobre a argumentação altamente profissionalizada, descrita de abordagem “incompletamente teorizada”, sugerindo que juristas e juízes devem abster-se, no exercício da responsabilidade do julgamento individual, de aventura-se no campo abstrato da teoria moral política.

Dworkin demonstra, porém, como esse argumento de Sunstein é problemático, uma vez que é necessário um mínimo de fundamentação teórica para decidir os casos concretos: *não podemos nem começar a responder a essas perguntas se um profundo mergulho na teoria*

(DWORKIN, 2011, p. 99). Sunstein entende isso, mas rebate dizendo que exposição teórica utilizada remeterá a princípios “de nível mediano”, sem invocar o alto nível da integridade. Fica claro, porém, que a expressão de “de nível mediano” é extremamente problemática, dada a sua indeterminação e sua falta de clareza e determinação. Esse autor, portanto, não consegue refutar a abordagem teórica, não ficando claro em sua argumentação os motivos pelos quais ele prefere abandonar a integridade e defender a antiteoria.

Dworkin conclui dizendo:

Por esse motivo, espero que minhas palavras finais reforcem, na mente do leitor, o porquê de a integridade ser tão importante. Toda democracia contemporânea é uma nação dividida, e nossa própria democracia é particularmente dividida. Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos a viver juntos como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. Devemos nos empenhar o máximo possível em não aplicar uma teoria da responsabilidade aos laboratórios farmacêuticos e outra teoria aos motoristas, em não adotar uma teoria da liberdade de expressão quando estamos preocupados com a pornografia e outra teoria quando o que nos preocupa é a queima de bandeiras. Só poderemos perseguir essa indispensável ambição se tentarmos, sempre que necessário, nos colocar em um plano bastante elevado em nossas deliberações coletivas, inclusive em nossas decisões judiciais, de modo a por à prova nosso progresso em tal direção. Devemos nos incumbir desse dever soberano se pretendermos alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho de igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade (DWORKIN, 2011, p. 150-106).

Já no capítulo 3 da obra “Justiça de Toga”, Dworkin inicia narrando uma terceira crítica de Posner, publicada em 1998, chamada por este de ataque à “teoria moral”. O autor acusa o utilitarista de uma argumentação de má qualidade, com base em duas razões. A primeira, seria a de que os argumentos de Posner estão conectados ao chamado movimento antiteórico populista (muito poderoso na vida intelectual norte-americana), sendo a sua

argumentação um exemplo dessa tendência. O segundo motivo para Dworkin examinar os argumentos de Posner é de natureza tática, uma vez que, apesar desse pretender demonstrar que juízes e pessoas comuns podem passar sem a teoria moral, acaba utilizando-se de argumentos que recorrem o tempo todo a essa teoria. Essa contradição se dá, principalmente, porque não se percebe a diferença crucial entre a filosofia moral por um lado, e sociologia, antropologia e psicologia morais por outro. Há ligações importantes entre esses campos, mas a moral é um domínio conceitualmente distinto de todos os demais. Posner diferencia questões “sobre” moral (que incluem os domínios da sociologia moral, da antropologia moral e da psicologia moral) de questões “de” moral (que se constituem apenas da moral em si), para dizer que sua teoria só diz respeito ao “sobre”. Dworkin, por sua vez, vai traçar uma argumentação para demonstrar como Posner se utiliza mais “de” moral do que “sobre” moral.

Posner combate não a moral, mas a teoria moral, que ele diz serem coisas distintas. Dworkin afirma que tal diferença, entretanto, é apenas uma questão enganosa de grau, uma vez que é impossível estabelecer onde o juízo moral termina e onde começa a teoria moral:

“Sustentar um ponto de vista que parece instável ou arbitrário depois da costumeira reflexão moral, reconstituindo suas ligações com princípios, concepções ou ideais mais amplos, é parte componente do raciocínio moral, não algo diferente que se resolve acrescentar, assim como alguns esportes admitem a continuidade de uma partida tendo em vista o desempate. [...] Ele não consegue entender nem a complexidade das razões que animam o raciocínio moral nem a complexidade da interação entre reflexão e convicção quanto fenômenos morais.” (DWORKIN, 2011, p.115-116).

Posner sustenta, ainda, que nenhuma teoria moral pode oferecer uma base sólida para um juízo moral, mas fica claro para Dworkin que essa própria tese é um juízo moral de natureza global e teórica, pois o fato de se questionar se algum tipo de afirmação moral oferece tal base sólida já constitui, em si, uma questão moral. Ou seja, tal tese “forte” só pode ser defendida com o apoio de uma teoria moral substantiva, ainda que seja esta niilista, dizendo que nenhum argumento teórico pode oferecer uma boa razão para considerar um ato certo ou errado. Posner, porém, nega ser niilista, e se descreve como um “relativista” moral: acredita que existem afirmações morais válidas, como aquelas que atendem a critérios para declaração de tal validade. Esse critério seria local, relativo ao código moral de uma cultura particular dentro da qual se defende a afirmação. Para tanto, utiliza-se de expressões ligadas à

biologia evolutiva, como “foi assim mesmo”, como se nossa consciência moral se resumisse à sobrevivência sobre as demais ideias, sem que possam carregar em si alguma aspiração à integridade e coerência.

A tese “fraca” alega que, qualquer que seja a força que a teoria moral possa ter na vida comum ou na política, os juízes devem ignorá-la, porque eles dispõem de recursos melhores para defender sua objetivos. Segundo Posner, seria um erro de categoria, como se tentássemos resolver um problema de álgebra com um abridor de latas. Admite, porém, que juízes utilizam a teoria moral em suas atividades, para serem magnânimos, para utilizarem uma linguagem que seja mais facilmente compreendida pelos leigos e porque existe uma sobreposição considerável entre direito e moral.

Dworkin então demonstra como os argumentos de Posner são ruins e insustentáveis. Pergunta-se: o que explica sua resistência violenta ao “moralismo acadêmico”? O autor acredita que as afirmações do utilitarista só podem ser mantidas se se fundamentarem numa ampla e substantiva teoria moral própria. Acredita-se que Posner segue uma postura diferente da que endossa, de um relativismo “adaptacionista” da moral, em que se avalia a moral pela sua contribuição à sobrevivência da sociedade. Quando Dworkin identifica tal proposta no autor da análise econômica do direito, diz que todos os mistérios que ele veio descrevendo até aqui se desfazem.

“A hipótese darwiniana explica, acima de tudo, uma distinção, que há pouco consideramos tão problemática – aquela que se dá, por um lado, entre o raciocínio moral inculto, “habitual”, e, por outro, o moralismo “acadêmico”. Posner anseia em proteger o que percebe como natural, e, para ele, “irrefletido” significa “natural”. Ele também anseia em evitar qualquer coisa que lhe cheire não a natureza, mas a resultado de um trabalho rigoroso e exaustivo: ele acha que a teoria acadêmica é antinatural, intervencionista, escrita apenas por pessoas que realmente não viveram e, ao fim e ao cabo perigosa. [...] Seus argumentos mostram o contrário do que ele pretendia: mostram que a teoria moral não pode ser eliminada e que a perspectiva moral é indispensável, mesmo para o ceticismo ou o relativismo moral. O próprio Posner é guiado por uma crença moral tácita, dissimulada e pouco atraente, porém inexorável.”
(DWORKIN, 2011, p. 133)

CONCLUSÃO: O GOLPE FINAL NO CASO BUSH VS. GORE

Ainda que os argumentos até aqui colocados se prestem à negar a teoria de Posner, temos como alegação derradeira a sua posição no caso Bush vs. Gore. Apesar de todas as críticas aqui já trazidas à Análise Econômica do Direito e à abordagem pragmática, verificamos que Dworkin, no final do capítulo 03 do “Justiça de Toga”, dá o golpe final contra a teoria de Posner no argumento utilizado por este acerca da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso Bush vs. Gore. Al Gore, candidato à presidência da república dos Estados Unidos nas eleições de 2000, requereu a recontagem dos votos de quatro condados do estado da Flórida, por suspeita de fraude nos resultados. A Suprema Corte norte-americana decidiu pela improcedência do pedido por ser o mesmo inconstitucional e para evitar uma insegurança jurídica baseada na ultrapassagem do término legal do processo eleitoral⁴. Com base nesse caso, Posner afirma que adotando a abordagem pragmática os juízes terão resultados melhores em termos gerais. Para ele, os conservadores do caso em análise agiram como a abordagem pragmática aconselharia que eles agissem (DWORKIN, 2011, p. 134).

Aqui, Posner diferencia pragmatismo “cotidiano” (abordagem consequencialista e de custo-benefício do raciocínio jurídico) de pragmatismo “ortodoxo” ou “recusante”. O primeiro não ignora o precedente e a argumentação técnica-jurídica, levando em consideração as consequências positivas e negativas da sua decisão. Os juízes devem buscar equilibrar os benefícios do respeito à doutrina com os benefícios que decorram de ignorar esse fato. E para esse autor, no caso Bush vs. Gore a Suprema Corte soube chegar a este equilíbrio. Vale aqui a transcrição dos motivos de Posner para essa afirmação, nas palavras de Dworkin:

“Haveria 'as melhores consequências para a sociedade' a longo prazo caso se levasse em consideração o precedente e a doutrina, que recomendavam a rejeição do recurso de Bush, portanto, a permissão para que a recontagem dos votos prosseguisse na Flórida, ou caso se referendasse um argumento legal inconveniente que interrompesse a recontagem, de modo que Bush se tornasse presidente eleito sem mais delongas? Era previsível, afirma Posner, que se os cinco juízes conservadores votassem pela segunda opção, concluir-se-ia que eles haviam tomado uma decisão tendenciosa, e que a reputação de

4 Para mais informações sobre o caso Bush vs. Gore, ver: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>, acesso em janeiro de 2013.

honestidade e imparcialidade da Corte, que é importante, sofreria as consequências de seu gosto. Isso apontava favoravelmente para a primeira opção. Mas a possibilidade do que ele chama de 'pior cenário', que decorreria dessa decisão, pesou mais em favor da segunda opção. Aqui está o pior cenário que, para Posner, os juizes da Suprema Corte podem ter levado em conta em dezembro de 2002, quando tiveram de tomar sua decisão: a recontagem poderia ter apontado Gore como vencedor na Flórida, e a Corte da Flórida poderia, então, ter declarado que os votos do Estado eram de Gore. Como a decisão da Suprema Corte seria tomada em 12 de dezembro, essa recontagem não teria se concluído na data-limite desse mesmo dia, o que tornaria a certificação dos eleitores do Estado imune a uma contestação do Congresso; na verdade, uma recontagem responsável não poderia ser concluída nem mesmo em 18 de dezembro, data em que se exige que os eleitores depositem seus votos. Nesse ínterim, o poder legislativo da Flórida, dominado pelo republicanos, poderia ter escolhido sua chapa eleitoral favorável a Bush. O Congresso deveria então ter optado entre as duas chapas eleitorais, mas poderia ficar dividido: a Câmara dos Deputados de maioria republicana aliada à chapa de Bush, mas o Senado igualmente dividido, ainda controlado pelo vice-presidente Gore, que teria dado o voto decisivo, referendando a chapa de Gore. Se o Congresso não chegasse a uma posição de consenso, a chapa confirmada pelo governador da Flórida, irmão de Bush, teria sido empossada. Mas o que aconteceria se a Suprema Corte da Flórida tivesse ordenado ao governador que confirmasse a chapa de Gore, se o governador se tivesse recusado a fazê-lo, e se a Corte da Flórida o tivesse declarado em desacato? Quem decidiria qual era o veredicto oficial do governador? Suponhamos que, no fim, os votos da Flórida não passassem por nenhuma recontagem. Gore então teria tido a maioria dos votos dos eleitores, mas não a maioria do número total de votos, e nesse caso a presidência dependeria da questão irresolvida de saber se ele precisaria apenas dos primeiros para ser o vencedor. A Suprema Corte poderia recursar-se a decidir a questão

por considerá-la uma questão política, caso em que o impasse arrastaria indefinidamente. Um presidente em exercício seria necessário e, com base em certos pressupostos, tal presidente seria Lawrence Summers, na ocasião Secretário do Tesouro (hoje reitor da Universidade de Harvard). Summers teria sido um presidente em exercício eficaz?” (DWORKIN, 2011, p. 136-137)

Dworkin alerta que Posner trata esse cenário acima exposto como o mais provável de se prever, e que por isso um juiz pragmatista precisa equilibrar tais consequências da recontagem no momento da sua decisão. Sim, uma análise pragmática deve considerar todas as possibilidades possíveis para que possa se afirmar como autêntica. E isso deve ser feito em termos comparativos, levando-se em conta a gravidade de cada hipótese e reduzindo-as de acordo com a sua probabilidade. Dworkin, argumenta então, que a fundamentação de Posner não considera esse aspecto essencial da abordagem pragmática, uma vez que toma como comum o pior dos cenários, desconsiderando, inclusive, os riscos reais dessa tomada de posição.

Conclui-se, portanto, que a proposta interpretativa da Análise Econômica do Direito é não só falha, como demonstrado por Dworkin ao longo dos argumentos acima expostos, como também é falaciosa e antidemocrática, como ficou claro pela derrota da tese posneriana no caso Bush vs. Gore. A abordagem pragmática não oferece uma análise satisfatória para a interpretação jurídica, vez que ao propor uma busca por uma pretensa objetividade a ser alcançada pela utilidade da decisão, acaba chegando à posições extremamente discricionárias e assim, subjetivas. Contrariamente à abordagem pragmática, o juiz deve atuar como um Hércules⁵, com um olhar voltado para o passado e para o futuro, construindo uma teoria coerente que justifica da mesma forma a comunidade de princípios que consubstanciam as práticas sociais. Hércules supera a teoria clássica que entende a decisão jurídica em duas etapas (encontra-se primeiro um limite das exigências do direito explícito, para num segundo momento, exercer um poder discricionário independente, que legisla sobre aquilo que o

5

“Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência, e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis tem o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juizes tem o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. (DWORKIN, 2010,165)

direito posto não alcança), utilizando um juízo dependente da moralidade política (juízo de direito institucional) para determinar quais direitos as partes possuem, buscando uma aplicação coerente dos princípios sobre os quais se assentam as instituições daquela comunidade. Assim, em nome da moralidade comunitária, Hércules defende o direito constitucional das opiniões incoerentes que eventualmente podem surgir (por mais popular que essas possam ser), justificando suas decisões nas leis e instituições que a comunidade pressupõe.

Essa moralidade política, que serve de substrato para as decisões íntegras de Hércules, pode ser explicitada nos princípios da igualdade e da liberdade, que são fundamentais para teoria de Dworkin. A verdadeira comunidade política é aquela que aceita que seus indivíduos são governados por princípios comuns e não somente por regras criadas a partir de um acordo político comum. Nesse viés, o direito como integridade deixa de ser apenas uma teoria-guia da atuação dos magistrados, para se revelar como um “compromisso de pessoas” pelo igual respeito e consideração de todos e todas, de modo que nenhum grupo seja excluído, orientando, assim, a realização do projeto de comunidade política (FERNANDES, 2008, p. 221).

Hércules é membro dessa comunidade, e como todo cidadão, compartilha de uma compreensão paradigmática dessa sociedade. O paradigma lhe retira o peso das decisões difíceis, vez que *“delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como os direitos constitucionais e os princípios dever ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas”* (FERNANDES, 2008, p. 33). No contexto do Estado Democrático de Direito, esse magistrado garante, através de um procedimento político-democrático, a realização pessoal e coletiva dos cidadãos e da comunidade, onde todos tenham justas condições de vida, respeitadas as escolhas individuais de cada um. A integridade, portanto, passa a ser um elemento necessário, e não uma opção, desse Estado democrático, permitindo que as decisões jurídicas sejam tomadas por um mesmo “corpo coletivo”, por essa comunidade de princípios, por esse agente moral que compartilha um projeto comum de sociedade: a sociedade que queremos.

BIBLIOGRAFIA

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Poder judiciário e(m) crise: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.