

Artigos

Recebido: 07.06.2016

Aprovado: 23.02.2017

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.3463>

* Centro Universitário do Estado
do Pará (CESUPA)
Belém, PA



A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas

*Loiane Prado Verbicaro**

*Isabelle de Assunção Rodrigues**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o pragmatismo jurídico, especificamente as suas principais características acerca da atuação judicial, sob a ótica do autor e juiz norte-americano Richard Posner, bem como as críticas traçadas por Ronald Dworkin sobre alguns aspectos do pensamento de Posner, especialmente o ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. Por intermédio de pesquisa teórica, analisa o pensamento destes dois autores e apresenta a solução elaborada por Dworkin, relativa ao direito como integridade, para as inconsistências do pragmatismo jurídico de Posner. Considera ao fim, que Dworkin não rejeita o pragmatismo jurídico como um todo. Na verdade, o direito como integridade extrai os melhores aspectos do pragmatismo a fim de chegar a uma solução mais coerente e completa para a prática jurídica.

Palavras-chave: Atuação Judicial; Pragmatismo Jurídico; Richard Posner; Direito como Integridade; Ronald Dworkin.

The refutation of Dworkin to the skepticism as to pretensions juridically tutored

ABSTRACT

This article is a result of scientific research conducted about a theory belonging to the field of Philosophy of Law entitled Legal Pragmatism, specifically as to its main characteristics about the judicial acting from the perspective of the indoctrinator and US judge Richard Posner as well as the criticism made by the also philosopher of law Ronald Dworkin on some aspects of the thought of Posner, especially the aspect of skepticism as to pretensions juridically tutored. In addition, it presents the solution developed by Dworkin for what he believes are inconsistencies presents in the Legal Pragmatism of Posner, that would be the law as integrity. Analyzes of THE theoretical way the thought of these two authors, both appropriating some of his major works which focus on the judicial acting. Considers, lastly, that Dworkin does not ignore the Legal Pragmatism as a whole, having succeeded in extracting the best aspects of this theory in order to reach a solution that, in his view, would be more consistent and complete to legal practice.

Keywords: Judicial Acting; Legal Pragmatism; Richard Posner; Ronald Dworkin; Law as Integrity.

Introdução

A prática jurídica contemporânea tem sido alvo de muitas discussões a fim de se chegar a uma boa compreensão acerca da atuação judicial e seus impactos para o sistema jurídico de um país. No campo da filosofia do direito, muito se discute sobre os limites da atuação do juiz, especialmente em um contexto de crescente judicialização da política e das relações sociais, em que o Judiciário tem assumido um lugar central nas democracias contemporâneas, com grande visibilidade e legitimidade. Deve o juiz meramente aplicar as convenções jurídicas – leis e precedentes – ou tem a possibilidade de ir além, agindo com base em suas convicções políticas e morais, deixando de aplicar a lei ou conferindo-lhe outro sentido quando ela não mais atendesse os interesses sociais?

Essas reflexões levam ao pragmatismo jurídico, que tem como um dos principais expoentes o teórico e juiz norte-americano Richard Posner. Um ponto importante nessa discussão é o ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas, termo apresentado por Ronald Dworkin em referência à teoria do pragmatismo jurídico de Posner. Essa ideia é representada pela atuação cética que um juiz pode ter ao afastar os direitos das partes litigantes previstos em leis e/ou precedentes, por considerar que as convenções jurídicas não são capazes de dar uma solução plausível para o caso concreto que seja condizente com os interesses da comunidade. Essa desconsideração das pretensões juridicamente tuteladas enseja uma atuação mais proativa do juiz, que acaba decidindo com base naquilo que ele acha mais adequado.

Ressalte-se que, no meio acadêmico-jurídico brasileiro, a teoria interpretativista de Ronald Dworkin tem sido muito difundida, muitas vezes de maneira equivocada. A relevância deste trabalho justifica-se em razão da necessidade de se desmistificar alguns aspectos que até então têm sido tomados como verdades acerca da teoria de Dworkin e mesmo do Pragmatismo jurídico de Richard Posner, bem como trazer à tona um dos pontos nos quais Dworkin e Posner se mostram divergentes: a interpretação judicial – que é um ponto central na teoria de Dworkin. E, mais especificamente, analisar quais os impactos que o pragmatismo apresenta na prática jurídica ao ter uma postura cética em relação às pretensões juridicamente tuteladas.

Dworkin reconhece como vantajosos alguns aspectos do pragmatismo jurídico, como o favorecimento da flexibilidade e a liberdade que os juízes têm de realizar mudanças dentro da prática jurídica. Contudo, estabelece críticas também, cuja principal delas – objeto deste trabalho – é em relação ao ceticismo que os juízes pragmáticos apresentam quanto às pretensões juridicamente tuteladas, isto é, para eles, os verdadeiros direitos não são aqueles previstos em leis ou precedentes, e sim os que surgem mediante as decisões judiciais, conforme as necessidades das partes em cada caso, cujas consequências devem se estender, ressalte-se, para além das partes. Isto ocorre porque há um temor por parte dos juízes pragmáticos de que os direitos previstos nas leis e nos julgados prejudiquem a comunidade como um todo, em decorrência de uma atuação equivocada de legisladores ou juízes do passado.

No momento de decidir casos mais fáceis, cujas leis e precedentes são claros e definidos, o juiz pragmático comete uma “nobre mentira” (DWORKIN, 1999, p. 194) ao fingir, para as partes litigantes, que leva em consideração os direitos previstos nessas leis e/ou precedentes; o juiz age “como se” estivesse vinculado

pelos convenções passadas” (ARRUDA, 2011, p. 149), quando, na verdade, as desconsidera por completo, acreditando que apenas a sua decisão é capaz de garantir o direito mais adequado para a parte, que será aquele direito que mais esteja de acordo com os interesses da comunidade. Agindo assim, o juiz pragmático acaba atuando de maneira decisionista e arbitrária, porque não se sabe ao certo que parâmetros ele utiliza para decidir. Nesse sentido, esta teoria não traz previsibilidade, um elemento muito importante para uma prática jurídica coerente.

Segundo Posner, “os juízes criam em vez de descobrirem o direito, e usam como insumos as regras formuladas por legislaturas e tribunais anteriores (‘direito positivo’) quanto suas próprias preferências éticas e sobre políticas públicas” (POSNER, 2007, p. 611). Com essas palavras, Posner demonstra não haver uma preocupação com os direitos tutelados em regras ou precedentes no momento da decisão judicial, mas o que se demonstra relevante, para ele, é que os juízes ajam da melhor maneira possível para alcançar as consequências desejadas para uma determinada comunidade, mesmo que tome uma decisão carregada de subjetivismo. Dworkin critica veementemente esta ideia, simplesmente porque isso estaria longe de alcançar a objetividade pretendida por ele para a prática jurídica.

E em um contexto de crescente juridicização das relações sociais e de aumento da credibilidade das instâncias judiciárias, o trabalho, por intermédio de pesquisa teórica, analisa, no primeiro capítulo, o pragmatismo jurídico na visão de Richard Posner e o comportamento de um juiz pragmático; no segundo capítulo, o ceticismo interpretativo; no terceiro, as críticas apresentadas de Ronald Dworkin ao pragmatismo jurídico de Richard Posner, notadamente ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas; e, por fim, no quarto capítulo, analisa o direito como integridade como solução apresentada por Dworkin para as incompletudes do pragmatismo jurídico, como reação às tendências quase anárquicas que são propagadas pelo pragmatismo.

O pragmatismo jurídico na visão de Richard Posner. Comportamento de um juiz pragmático

Em sua obra *Problemas de Filosofia do Direito*, Posner afirma que o Direito norte-americano é e deve ser pragmático. A vertente do Pragmatismo jurídico que Richard Posner adota (2007, p. 40)

[...] enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a ‘metafísica’ –, vê com olhar duvidoso a descoberta de ‘verdades objetivas’ em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado. Veja-se, portanto, que estou falando de uma atitude, e não de um dogma; uma atitude cujo “denominador comum” é “um instrumentalismo que, voltado para o futuro, tenta mobilizar o pensamento como uma arma capaz de deflagrar ações mais eficazes”.

Como se depreende do excerto acima, este autor pugna por um Direito de cunho empírico, livre de divagações que, segundo ele, são próprias das teorias abstratas tais como as teorias morais e constitucionais, divagações estas que de nada serviriam ao Direito enquanto atividade judicial. Isso porque ele

acredita que tais teorias não conferem um real panorama da prática jurídica norte-americana a fim de solucionar os problemas detectados. Ao revés, Posner defende que as teorias das ciências sociais de caráter mais empírico como a sociologia jurídica é que seriam capazes de detectar os problemas e propor soluções mais eficazes para as dificuldades detectadas na atuação dos operadores do Direito.

Apenas os métodos empíricos de investigação científica seriam capazes de conferir a melhor faceta que um Direito de uma sociedade pode apresentar: um sistema jurídico atento aos problemas e disposto a solucioná-los, não fechado apenas a divagações abstratas e/ou metafísicas – que a seu ver acabam ultrapassando a real necessidade das pessoas. Ele defende um pragmatismo jurídico que seja próximo ao pragmatismo do cotidiano, de modo que os juízes devem tomar decisões da maneira mais prática possível, agindo segundo suas próprias convicções se for preciso e utilizando outros elementos que tornem a tomada de decisão mais célere e menos complexa.

Posner (2007) ainda admite um caráter instrumental das leis e dos precedentes judiciais, pois acredita que o papel deles é servir à realização das diferentes necessidades humanas e isso se dá com a possibilidade de os mesmos serem revisados e alterados ao longo do tempo, diferentemente de uma aplicação meramente legalista, formal e infundável dos mesmos. Outros materiais jurídicos e extrajurídicos também possuem um caráter instrumental, na medida em que podem servir de meio para auxiliar os juízes na resolução dos casos concretos.

Para o referido autor, o Direito, entendido enquanto atividade judicial, não pode estar aprisionado às convicções do passado apenas por respeito pelos legisladores que editaram as leis ou, no caso dos precedentes, dos juízes que tomaram as decisões que servem de parâmetro para casos semelhantes, pois é claro que tais autoridades, enquanto seres humanos, podem ter cometido falhas, ou mesmo podem ter acertado, mas para o seu contexto – de criação legislativa e judicial – histórico, econômico, político e social já ultrapassado, havendo grandes chances de não mais se aplicarem ao contexto atual (POSNER, 2007).

Nesse sentido, se uma lei ou um precedente revelam-se obsoletos e inaplicáveis a um caso atual, é indubitável que se pode deixar de aplica-los, pois não servirão para as necessidades tanto das partes litigantes quanto da sociedade como um todo, o que revela mais uma vez a característica pragmática de que as leis e os precedentes judiciais possuem um caráter instrumental: se não mais servem para atender aos anseios humanos daquele contexto local e temporal, não deverão mais ser considerados como parâmetros no momento de tomada de decisão, devendo a convicção pessoal dos juízes ser levada em consideração, se for preciso, de acordo com sua experiência.

Daí a necessidade de se pensar em um Direito que não se volte apenas ao passado, mas ao contrário, que seja construído com vistas ao futuro, deixando de lado, se for preciso, as leis e os julgados construídos no passado – bem como outros materiais jurídicos – que não mais forem úteis no atendimento das aspirações presentes e vindouras de uma dada sociedade e abrindo espaço para outros elementos que possam servir melhor não só a um caso específico, mas para todo o sistema jurídico, ainda que esses elementos advenham da própria vivência do magistrado ou mesmo da opinião pública.

Posner não defende um afastamento total dos materiais jurídicos elaborados no passado como as leis e os precedentes, pois muitos certamente servirão para o presente, e por isso não devem ser descartados e sim utilizados na construção do raciocínio judicial. O que se está falando aqui é da possibilidade de evadir-se do Direito na busca por uma melhor solução para os casos concretos, notadamente os mais difíceis, quando o mesmo não se mostrar útil.

Na obra “A Problemática da Teoria Moral e Jurídica,” Posner (2012, p. 358) apresenta o pragmatismo jurídico como “a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”, demonstrando, com isso, dois aspectos de seu pensamento: (i) seu desinteresse pelas teorias morais e constitucionais, tais como a teoria do filósofo do Direito Ronald Dworkin, por considerá-las inúteis para a solução dos casos concretos, haja vista serem demasiado abstratas e (ii) caracterização do consequencialismo como uma das características do Pragmatismo jurídico, pois os juízes devem agir sempre visando as melhores consequências das suas decisões para todos os membros da comunidade jurídica.

Para Posner (2007, p. 610-611), o Direito não pode ser descrito apenas como um conjunto de conceitos, sejam estes de direito positivo ou natural, mas sim como o conjunto de atividades praticadas pelos profissionais do Direito, em especial os juízes, que devem agir eticamente. Herdou essa ideia de Holmes (2002, p. 422-442), defendendo que ele acertadamente descreveu o Direito como sendo uma atividade propriamente dita, como se se resumisse ao dia a dia dos operadores do Direito, à verdadeira experiência diária dos magistrados, ideia esta que passou a proporcionar o fim da dicotomia entre direito positivo e direito natural.

No entanto, Posner sugere uma forma de pôr fim a tal dicotomia sem maiores prejuízos, qual seja, afastar as concepções tradicionalistas da filosofia do Direito e reconhecer o Direito em termos pragmáticos quanto à atuação judicial. Para ele, o Pragmatismo jurídico é apropriado porque trata dos problemas jurídicos de maneira experimental, concreta,

[...] com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do ‘caráter local’ do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da ‘verdade’, da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos (POSNER, 2007, p. 621-622).

De fato, a teoria pragmática de Posner é, em grande medida, avessa às teorias jusfilosóficas, e há diversos motivos para isso, um deles é que, para Posner, os juízes não devem – e muitas vezes não conseguem, por uma questão de tempo – se debruçar sobre as diversas teorias existentes no mundo acadêmico, pois elas muitas vezes só suscitam mais dúvidas em vez de ajudá-los a tomar decisões. Além disso, como ele defende uma prática mais experimental do Direito, pretendendo que os juízes experimentem variadas soluções até ver qual delas realmente funciona, afirma que os mesmos não devem se prender ao que os jusfilósofos dizem em suas teorias, ou mesmo às leis, decisões judiciais e outros materiais jurídicos que por terem sido criados por autoridades passadas respeitadas acabam sendo considerados verdadeiros e imutáveis, o que é demasiado prejudicial, segundo o autor.

Posner é adepto da ideia de que não há verdades objetivas e imutáveis para o direito. A prática pode ser revisada e alterada conforme a opinião pública clame por uma mudança, de acordo com os métodos empíricos de investigação. Ademais, o juiz possui diversas fontes à sua disposição, jurídicas ou extrajurídicas, de onde pode extrair a melhor fundamentação para a sua decisão, sem ter que se prender a fontes restritas como as leis e as decisões judiciais, pois em algum momento o juiz pode se deparar com leis e decisões obsoletas, defasadas, obscuras que não mais atendam às necessidades das partes do processo e da sociedade como um todo. Para a sua teoria, os juízes devem chegar aos melhores resultados possíveis, mas de forma prática, livre de divagações que ele acredita serem “desnecessárias” e confusas, como aquelas provenientes de teorias morais, que acabam muitas vezes se afastando da real vivência dos juízes.

A teoria pragmática de Posner pode ser considerada como uma reformulação não só do pragmatismo filosófico, mas também do realismo jurídico. O Pragmatismo jurídico tem o condão de aplicar ao Direito conceitos que antes eram explorados apenas no campo da filosofia. Logo, o pragmatismo jurídico trata acerca da maneira como um juiz deve lidar com os conceitos advindos do pragmatismo filosófico¹.

No ensejo, Posner (2012) também acaba diferenciando o que vem a ser o pragmatismo filosófico em relação à atividade judicial pragmática propriamente dita. Enquanto aquele é uma concepção teórica que incita a dúvida nos juízes, fazendo-os investigar mais, pensar em uma visão de sistema, analisar as possíveis consequências, etc., esta se refere mais a um modo de atuação de natureza pragmática dos juízes na prática jurídica, como expressão do pragmatismo jurídico, evidenciando que há uma relação entre o pragmatismo filosófico e a atividade judicial pragmática, mas que não se tratam da mesma coisa.

Posner não é adepto do pragmatismo enquanto concepção filosófica, pois não é totalmente compatível com a atuação judicial defendida por ele. O pragmatismo enquanto teoria filosófica não defende do fato de que os juízes devam ser pragmatistas no momento de decidir; do mesmo modo que o utilitarismo não defende que os juízes sejam maximizadores da utilidade.

Para ele, a atividade judicial pragmática

Não deve ser identificada com o pragmatismo como posição filosófica. A ideia de que os juízes não devem ser pragmatistas seria perfeitamente compatível com o pragmatismo filosófico, assim como a ideia de que eles não devem conceber-se como maximizadores da utilidade seria perfeitamente compatível com o utilitarismo. É possível acreditar que a utilidade geral seria maximizada se os juízes se restringissem a aplicar as normas jurídicas, uma vez que é plausível conceber que a justiça discricionária, com toda a incerteza por ela criada, acaba por diminuir e não aumentar a utilidade geral. Do mesmo modo, um pragmatista que julga o sistema jurídico pelos resultados por ele gerados pode concluir que os melhores resultados seriam produzidos se os juízes não tomassem decisões pragmáticas, mas simplesmente aplicassem as normas jurídicas (POSNER, 2012, p. 380).

Ao discorrer sobre a atividade judicial pragmática, Posner (2007, p. 41) afirma que o juiz deve buscar o conhecimento necessário para ponderar os interesses sociais que amoldam o Direito na experiência, no estudo e na reflexão, bem como em outros elementos que decorrem da própria vivência do magistrado.

¹ Pragmatismo filosófico é uma corrente teórica que surgiu no início do século XIX a partir dos autores William James e Charles Sanders Peirce. Basicamente refuta a existência de verdades absolutas; acredita que o raciocínio filosófico deve se aproximar do raciocínio científico em relação à experimentação, observação de fenômenos, formulação de hipóteses, proposição de teorias, etc. Também defende que a utilidade ou efeito prático de um objeto é o que vai expressar a sua razão de ser.

Assim, aduz que o juiz não é apenas um intérprete da lei, mas também contribui para a criação do Direito (POSNER, 2007, p. 41). Ele cria o Direito porque deve decidir não apenas com base nas leis e nos precedentes, mas também em suas próprias convicções e preferências éticas e políticas (POSNER, 2007, p. 611), pois só assim conseguirá atender as necessidades sociais, diferentemente se decidisse sempre preso às previsões legais e aos precedentes judiciais.

Para compreender melhor o papel do juiz pragmatista para Posner, é preciso comparar a atuação judicial pragmatista com a positivista, pois possuem posições dissonantes, que ajudam, inclusive, na compreensão do direito como integridade de Dworkin. O juiz pragmático é diferente do juiz positivista, pois consegue decidir com vistas às melhores consequências para o presente e para o futuro, enquanto que o juiz positivista acaba se preocupando demasiadamente com a tradição jurídica na medida em que atua como se tivesse um dever – nas palavras de Posner, um “dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado” (POSNER, 2012, p. 381) – para com a segurança jurídica ao aplicar de maneira não consequencialista os materiais jurídicos, principalmente as decisões judiciais.

Essa diferença é evidente quando Posner (2012, p. 381) afirma que

[...] a diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista (no sentido forte, ou seja, aquele que acredita que o direito é um sistema de normas estabelecidas pelo poder legislativo e meramente aplicadas pelos juízes) é que o último ocupa-se essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas, ao passo que o primeiro só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro.

Portanto, Posner acredita que os juízes positivistas têm um dever para com as autoridades passadas de aplicar as decisões judiciais e as leis que foram criadas por elas. Isso explicaria o porquê de não levarem em consideração materiais extrajurídicos ao aplicarem o Direito ao caso concreto. Já o juiz pragmático, para o autor, como o próprio adjetivo aponta, “tem outras prioridades. Quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras” (POSNER, 2012, p. 381).

O pragmatismo distancia-se da corrente positivista na medida em que discute a maneira como o Direito é aplicado por esta teoria: preocupação precípua em tomar decisões que estejam alinhadas com decisões e leis passadas, sem considerar tanto as possíveis consequências das decisões, etc. (POSNER, 2012, p. 381). Ressalte-se que, nesse aspecto, Posner não toma como parâmetro um autor específico do positivista, tratando desta corrente de maneira ampla e genérica.

Outra diferença importante entre o pragmatismo e o positivismo jurídico é que o juiz positivista se preocupa precipuamente em encontrar a norma e/ou decisão que melhor se aplica ao caso concreto. Por outro lado, o juiz pragmatista procura alcançar a melhor decisão, seja ela tomada mediante a aplicação de uma norma ou não, pois, já que consideram que as leis possuem um caráter instrumental, se elas não servirem às necessidades em jogo, não devem ser aplicadas, e aí o juiz deve recorrer a outras fontes jurídicas ou extrajurídicas.

Se comparado ao positivismo jurídico, o pragmatismo é extremamente flexível, causando até certa imprevisibilidade no sistema jurídico, coisa que é abominada pelo positivismo jurídico, que tanto prega

segurança jurídica. A concepção de instrumentalismo das leis que é pregada pelo pragmatismo não é compatível com a teoria positivista porque esta enxerga o Direito de maneira tautológica, hermética, levando em consideração os materiais jurídicos tão somente. O pragmatismo defende o instrumentalismo das leis porque acredita na velocidade das mudanças sociais, econômicas, políticas, etc. e o quanto é necessário que as leis as acompanhem.

Contudo, embora o pragmatismo não tenha uma preocupação precípua com a segurança jurídica, não desconsidera por completo as decisões passadas e as leis produzidas no passado porque entendem que são consideradas úteis e são respeitadas por toda a comunidade jurídica, então não há como simplesmente ignorá-las, caso contrário estar-se-ia instalando um caos em meio ao sistema jurídico. Nesse sentido, o juiz pragmático não se prende às convenções jurídicas; ele as considera como parâmetros, mas se não forem adequadas para o presente e o futuro, ele pode deixá-las de lado e tomar a decisão que tenha as melhores consequências. Tal juiz respeita as fontes do Direito tais como as leis e os precedentes, mas não se limita a elas, podendo inovar no caso concreto se for necessário.

Por “inovar” deve-se entender que o juiz pragmático tem liberdade de criar o Direito, diferente do juiz positivista, que possui uma discricionariedade restrita aos limites legais, a depender da versão específica de positivismo em referência. Posner acredita que “(...) os juízes não somente aplicam as normas como também as criam” (2012, p. 393). Entretanto, mesmo que venham a “criar” as normas no caso concreto, atuam de maneira diferente do legislador. O autor afirma que os juízes pragmáticos atuam como “legisladores ocasionais” (POSNER, 2011), pois, notadamente nos casos difíceis, quando os materiais jurídicos eventualmente mostrarem-se insuficientes, eles possuem liberdade de atuar segundo suas percepções sobre os fatos, sempre considerando o contexto histórico, político, econômico, social, etc. em que está inserido.

Claro está este ponto quando Posner (2012, p. 405) afirma que “quando os juízes tentam tomar a decisão que produzirá os ‘melhores resultados’, mas não dispõem de nenhum conjunto organizado de conhecimento ao qual possam recorrer, são obrigados a confiar em suas intuições”. Todavia, por ser considerado um legislador meramente ocasional, ao inovar no caso concreto, o juiz pragmático deve agir com cautela, buscando a melhor solução para o máximo de pessoas possível, pois é impossível satisfazer as necessidades de todos –, sendo que nesse aspecto a teoria pragmática se assemelha ao utilitarismo, quando remete ao consequencialismo. Ressalte-se que a teoria utilitarista leva em consideração, dentre outras coisas, as consequências das ações das autoridades públicas. Assim, não há como desvencilhar essa ideia da ideia de um juiz que deve agir visando às melhores consequências de suas decisões para um maior número de pessoas.

Além disso, deve haver uma visão de sistema; deve haver o mínimo de segurança no Direito para que o sistema jurídico não seja abalado. Para agir ponderando as melhores consequências, não há uma fórmula pronta para o juiz, bastando que ele atue com o mínimo de razoabilidade e racionalidade (POSNER, 2012).

A diferença sutil entre o juiz pragmático enquanto legislador ocasional e o legislador propriamente dito resta evidente quando Posner (2012, p. 392), afirma que

[...] o juiz pragmático acredita que o futuro não deve ser escravo do passado, mas não está obrigado a encarar determinados conjuntos de dados como diretrizes para a tomada da decisão que terá melhores efeitos para o

futuro. [...] Nesse processo decisório, o pragmatista será orientado pelo objetivo de fazer a escolha que produza os melhores resultados. Para fazer isso, não basta que o juiz consulte a jurisprudência, a legislação, as regulamentações administrativas, as constituições, os tratados de doutrina e outras fontes do direito ortodoxas; mas ele tem de consultá-las, e o legislador não tem.

Com isso, Posner conclui que o juiz positivista confere um maior valor às fontes do Direito, enquanto o juiz pragmatista confere um maior valor aos fatos no processo decisório. Registre-se que para o pragmatismo de Posner, em geral é mais sensato e razoável que os juízes sigam o disposto nas leis e nas decisões anteriores que servem de paradigma, bem como em outros materiais jurídicos. Contudo, é importante lembrar que o juiz não é adstrito a essas leis e decisões. Ele pode desconsiderá-los se for necessário, caso tragam consequências absurdas.

Ainda com relação à atuação judicial, Posner (2007, p. 320-321) concorda com Ronald Dworkin quando este afirma que o juiz pode obter melhores resultados se procurar utilizar os diferentes materiais que tem em mãos, não apenas os jurídicos, mas também os políticos, como as políticas públicas. Um juiz que fizesse uso de todos esses materiais não seria ilegítimo.

Contudo, Posner não aceita que Dworkin trabalhe com a ideia de que o juiz que coloca as políticas públicas acima dos princípios seja considerado ilegítimo, pois não há justificativa para que as políticas públicas – vistas como objetivos coletivos – sejam apartadas da consideração dos direitos subjetivos. Ao afirmar isso, Posner (2007, p. 320-321) corrobora ainda mais para a sua ideia de que o Direito se presta precipuamente a atender aos interesses sociais.

Para Posner, se o caso *Brown vs. Board of Education*, por exemplo, ocorrido nos Estados Unidos, tivesse sido resolvido de maneira não pragmática, apenas com a aplicação mecânica das leis e precedentes existentes à época, a situação de segregação racial presente até então para com as crianças negras nas escolas públicas não teria sido mudada (POSNER, 2007).

Esse e outros exemplos sugerem, segundo Posner (2007, p. 413), que as certezas contidas na prática jurídica norte-americana estão fundadas em bases pragmáticas e não analíticas. O problema nisso reside no fato de que muitas vezes não se muda um entendimento jurisprudencial, por exemplo, porque se está preso a uma autoridade cuja competência não se pretende questionar, retomando a ideia de “dever” dos juízes positivistas para com as autoridades passadas.

Posner foi criticado ao defender a legitimidade da decisão do caso *Brown*, pois os críticos acreditavam que a decisão paradigmática foi baseada apenas em estudos psicológicos feitos com crianças negras, ao que Posner (2007, p. 415) respondeu que, na verdade, a decisão deste caso se assentou na história política e no senso comum norte-americano, além da intuição ética dos juízes. É certo que não foi uma decisão interpretativa em sentido restrito, mas Posner considera que os juízes conseguiram extrair a utilidade da interpretação, não se restringindo às convenções jurídicas que afirmavam a segregação racial, mudando, portanto, o entendimento nefasto que predominava até então.

Segundo Posner (2007, p. 609-610), nem sempre o juiz encontrará a resposta para os casos difíceis nos materiais jurídicos, mas poderá encontrá-los nos materiais não jurídicos também, até porque muitas

das mudanças que ocorrem nas doutrinas jurídicas não se devem à simples aplicação de precedentes, mas são resultados de mudanças graduais, “(...) gestálticas ou de conversões de natureza religiosa” (POSNER, 2007, p. 609).

Posner se preocupa com o debate jurídico, pois afirma que, se se aceitar acriticamente as convenções jurídicas – aqui entendidas como as leis e os precedentes sistematicamente aceitos –, sem revisá-las ou alterá-las conforme ocorrerem as mudanças sociais, o Direito não evoluirá e isso será prejudicial a toda a comunidade jurídica (2007, p. 616-617).

Para ele, “o direito não é um texto sagrado, mas uma prática social monótona, vagamente ligada por convicções éticas e políticas” (2007, p. 625). Por esse viés, Posner critica e ao mesmo tempo lamenta o nível estático a que chegou a prática jurídica norte-americana, pois os profissionais do direito – advogados, juízes, etc. – acabam não inovando na criação judicial, tendendo a se manterem fiéis ao que foi criado e decidido no passado. E essa dificuldade começa a surgir nas próprias salas de aula das faculdades de Direito. Portanto, o Direito será melhor compreendido quando se passar a examinar as suas consequências para o plano dos fatos.

Posner como um autor antiteórico. O ceticismo interpretativo

Um aspecto importante a ser considerado sobre a teoria de Posner diz respeito ao seu ceticismo em relação às teorias morais e constitucionais como a de Ronald Dworkin – o qual é alvo de muitas críticas de Posner. A explicação para isso, basicamente, é que Posner não acredita que tais teorias possam apresentar soluções reais para as questões morais. Ao contrário, acredita que elas provocam um dissenso ainda maior no meio jurídico, pois só fazem incitar mais dúvidas. Daí dizer que a posição de Posner é a de um ceticismo moral pragmático.

Contudo, embora ele rejeite as teorias morais, acredita que não se deve generalizar, isto é, não se deve rejeitar toda e qualquer teoria, afinal, teorizar é preciso, mesmo para quem enxerga o Direito como uma atividade – sob o viés praticamente exclusivo da prática jurídica – como ele.

Ressalte-se que, para Posner, as teorias que seriam úteis e necessárias ao Direito seriam aquelas das ciências sociais como a sociologia jurídica, dentre outras. Para ele,

O direito precisa de teorias – teorias das ciências sociais. [...] O que ninguém precisa é da filosofia moral normativa, daquela espécie de teoria jurídica que se edifica sobre a teoria moral normativa ou corre paralela a esta, ou da antiteoria pós-modernista. Guiando-nos pelas luzes do pragmatismo, podemos evitar esses becos sem saída e nos mantermos firmes no caminho que conduz à verdadeira e saudável profissionalização do direito (POSNER, 2012, p. 492).

Para Posner (2012), as teorias das ciências sociais são úteis devido aos métodos que utilizam, métodos estes que ele acredita serem os corretos, notadamente os métodos empíricos, o que forneceria subsídios suficientes a estas teorias para que conseguissem alcançar um real panorama da realidade jurídica norte-americana. Assim, a teoria pragmática não se presta a resolver questões morais e de justiça, pois se

aproxima mais das questões empíricas do que das questões abstratas e metafísicas, nas quais ele enquadra as questões morais (POSNER, 2012).

No entanto, o autor apresenta os perigos de os juízes levarem em consideração materiais externos ao Direito, mesmo que sejam as teorias das ciências sociais. Isto é, os perigos decorrentes da adoção de um pragmatismo jurídico puro (POSNER, 2012). Sua preocupação resta demonstrada quando ele afirma que “um dos perigos de se convidar o juiz a ir além das fontes ortodoxas do direito é que os juízes não têm uma formação que os habilite a analisar e absorver as teorias e os dados das ciências sociais” (POSNER, 2012, p. 403).

Nesse sentido, o juiz pragmático não é um filósofo que precisa compreender os pressupostos das teorias morais, jusfilósofas. Além de não ter esse conhecimento específico – obviamente não se afasta a possibilidade de exceções –, o juiz não possui tempo para se debruçar sobre tais teorias, considerando a acelerada rotina dos juízes em geral, nesse caso mais ainda dos juízes norte-americanos, movidos pela celeridade dos processos judiciais.

Interessante atentar, entretanto, para a sua preocupação na obra “A Problemática da Teoria Moral e Jurídica,” quando preleciona que “o maior perigo do pragmatismo judicial é a preguiça intelectual” (POSNER, 2012, p. 415), demonstrando um possível receio de a sua versão da teoria pragmática ser levada ao pé da letra, o que seria um verdadeiro desastre, dado que os juízes não podem se sentir inteiramente acomodados e “livres” de recorrer a certas teorias – quando for necessário. Para este problema o autor apresenta uma solução: aduz que o ideal seria que o juiz só se definisse como pragmático depois de demonstrar que domina o raciocínio jurídico, pois é certo que quem sabe o “mais”, sabe o “menos” – por “menos” entende-se uma atuação judicial mais tranquila, sem tanta necessidade de expor suas argumentações –; contudo, o contrário pode não ser verdadeiro.

Isso porque o juiz pragmático não pode esquecer que ainda é um magistrado, devendo “levar em conta todas as fontes do direito e os argumentos jurídicos pertinentes a determinada causa” (POSNER, 2012, p. 415) em vez de ignorá-los de plano. Essa consideração de todas as fontes do Direito seria um bom antídoto contra a preguiça intelectual que Posner teme.

O autor assevera que “o pragmatismo não nos diz o que é melhor; mas se houver suficiente consenso de valores na magistratura (e acredito que há), o pragmatismo pode ajudar os juízes a buscar os melhores resultados sem se enredar em dúvidas filosóficas” (POSNER, 2012, p. 415), mais uma vez demonstrando que considera a inserção da filosofia no Direito algo inútil.

O autor chega a criticar diretamente o papel que um filósofo do Direito como Ronald Dworkin exerce no meio jurídico, acreditando ser um papel que nada acrescenta em termos de soluções de problemas práticos, levando em consideração as necessidades fáticas que surgem diante dos casos concretos (POSNER, 2012). Diante dessa pretensão de Posner de querer de certa forma afastar a intelectualidade jurídica, bloqueando o raciocínio jurídico, bem como as abstrações decorrentes dele, o mesmo passou a ser conhecido por alguns como um “antitéorico” – não se pode olvidar, contudo, que a própria abordagem pragmática posneriana não deixa de ser uma teoria.

Posner refuta as teorias morais porque acredita que as mesmas têm o condão de ditar o comportamento das pessoas, e isso chega a incomodá-lo. Isso fica muito claro quando se observa a maneira como ele descreve o juiz pragmático, como sendo aquele que não se deve prender a uma determinada forma de agir (POSNER, 2012). Ele denomina de “moralismo acadêmico” a teoria moral ensinada nas universidades norte-americanas e desdenha dela. Critica os moralistas acadêmicos como Dworkin porque acredita que eles objetivam trazer para o Direito os preceitos morais. Posner acredita que os moralistas acadêmicos não seriam aptos a introduzir a teoria moral no Direito por lidarem com métodos equivocados, incertos, não empíricos.

Além disso, acredita que os mesmos não possuem habilidade retórica e conhecimento suficiente dos fatos para inculcar nas pessoas um determinado padrão comportamental moralmente correto e ressalta o problema de não haver um acordo entre os teóricos morais (POSNER, 2012). Outro problema do moralismo acadêmico seria que ele estaria afastando cada vez mais o ensino nas universidades norte-americanas da prática jurídica (POSNER, 2012).

Em “A justiça de toga” (2010), Ronald Dworkin critica Posner pela sua afirmação de que ele não está em desacordo com a moral, mas sim com a teoria moral. Contudo, as duas coisas não devem ser separadas, considerando que esta trata sobre aquela, e Posner as diferencia como se refletissem coisas diferentes, ao que Dworkin assevera que “(...) a diferença só pode ser defendida, se é que pode, como uma enganosa questão de grau” (DWORKIN, 2010, p. 112).

Para explicar essa crítica, Dworkin aduz que muitas vezes as pessoas recorrem ao raciocínio moral para tentar entender se as suas concepções morais são corretas ou se estavam o tempo inteiro equivocados sobre determinadas questões. Assim, a teoria moral e a moral propriamente dita estão intrinsecamente ligadas, de modo que, para Dworkin, “(...) em princípio é impossível dizer onde o juízo moral termina e onde começa a teoria moral” (DWORKIN, 2010, p. 115).

Dworkin também critica uma certa contradição de Posner, que, se por um lado afirma que nenhuma teoria moral fornece subsídios suficientes para a formulação de um juízo moral, por outro se esquece que, o simples fato de fazer essa afirmação já constitui em si mesma uma questão moral, ainda que não se filie a nenhuma teoria moral. Essa seria a “tese forte” de Posner (DWORKIN, 2010).

Já a “tese fraca” de Posner, na visão de Dworkin, consistiria em 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 seus objetivos especiais” (DWORKIN, 2010, p. 120). Isto é, o que Posner está fazendo é simplesmente ignorar a independência da moral, uma vez que a considera apenas como um dos métodos aos quais os juízes em tese poderiam recorrer, mas que não é necessária.

Não obstante, Dworkin coloca em cheque os casos difíceis, que precisam recorrer às questões morais. A moral, assim, não deve ser vista como uma questão de escolha em todos os casos, mas como uma questão de necessidade em alguns. Isso fica claro quando Dworkin afirma que se os juízes

[...] tiverem de lidar com questões morais, seria um erro de categoria – como dizer a alguém com problemas com álgebra que tente usar um abridor de latas – dizer aos juízes que resolvam essas questões através da história, da economia ou de qualquer outra técnica não moral (DWORKIN, 2010, p. 120).

Para Dworkin, Posner recusa o “moralismo acadêmico” porque acredita que é uma intervenção, algo que foge da moral “natural”, e que os moralistas acadêmicos exprimem suas impressões sobre suas teorias. Além disso, o fracasso de Posner consistiria em que, ao mesmo tempo em que ele “pede a morte” da teoria moral, ele deseja que apenas a sua teoria prospere, como muitos jusfilósofos o fazem.

Entretanto, os próprios argumentos de Posner apontam para o sentido oposto 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 morais” (DWORKIN, 2010, p. 133). Dworkin acredita que “o próprio Posner é guiado por uma crença moral tácita, dissimulada e atraente, porém inexorável” (DWORKIN, 2010, p. 133).

Posner acredita que o uso da teoria moral não é indispensável na atuação judicial. Para ele, não é porque em determinadas situações que os materiais jurídicos se mostram insuficientes para resolver o caso concreto que já se deve apelar para as teorias morais e também os juízes só se veem dentro de um “dilema moral” quando o sistema jurídico contém certas convenções que contrariam suas próprias convicções morais.

Outro ponto em que Posner ataca Dworkin se mostra quando afirma que a sua teoria é demasiado abstrata e inútil para o cotidiano forense. Para ele, a pretensão de Dworkin é de que os juízes fundamentem nos princípios as decisões que tomam, o que acaba tornando o raciocínio jurídico impalpável. Posner preleciona que “O estilo de Dworkin (...) é abstrato demais para um sistema jurídico fundado nos precedentes” (POSNER, 2012, p. 186).

A solução, portanto, seria adotar o pragmatismo jurídico de Posner – aliado às teorias das ciências sociais –, como ele mesmo defende ao afirmar que

A cura [...] não é a alta teoria. O que os juízes precisam é uma compreensão melhor das consequências práticas de suas decisões. A maioria dos juízes norte-americanos não é ideóloga, mas pragmatista. Para encontrar boas soluções pragmáticas, porém, precisam compreender a dimensão empírica das disputas judiciais submetidas à sua apreciação (POSNER, 2012, p. 186-187).

Ainda de acordo com Posner, o problema de Dworkin é o seu “aprisionamento” na esfera abstrata da teoria moral e constitucional, que o impede de conhecer a fundo a realidade jurídica norte-americana, o que fica evidente quando ele aduz que

Na prática do direito, [...] é muito útil conhecer não somente um punhado de casos exemplares, mas também um grande número de casos. O direito é como uma língua. Escrever bem sobre o direito em sua realidade operativa sem conhecê-la intimamente é tão difícil quanto escrever bem sobre a China sem conhecer a língua chinesa (POSNER, 2012, p. 187).

É válido ressaltar ainda, dentro do viés do “moralismo acadêmico”, tão criticado por Posner, que, acerca da moral, Posner rejeita a ideia de verdades morais universais, o que converge com o seu pensamento de repulsa à ideia de verdades absolutas. Isso faz dele um cético moral, mas não em um sentido estrito, pois tende mais para o lado do relativismo moral, isto é, para ele há uma diferença entre teorizar sobre a moral e exercer a teoria moral, e afirma que o que ele faz é teorizar sobre a moral, dado que ele possui um grande receio de imposição de comportamentos pelas teorias morais.

Além disso, acredita que a teoria moral não é intrínseca ao Direito, convergindo com Herbert Hart nesse sentido, através da alegação de que a conexão entre Direito e moral não é necessária, tornando a argumentação moral dispensável e vã, considerando os objetivos a serem alcançados pelo juiz em sua atuação prática.

Ao seguir com as críticas em relação a Posner e outro autor de pensamento semelhante, qual seja, Cass Sunstein (1994), Dworkin divide os argumentos apresentados por esses autores contra o uso da teoria moral ou abstrata na argumentação jurídica em três tópicos: o metafísico, o pragmático e o profissional (DWORKIN, 2010, p. 83).

No primeiro tópico, Dworkin critica o fato de que os pragmatistas metafísicos não acreditam na existência de verdades morais objetivas, porque ao permitir que os juízes atuem segundo suas próprias concepções de verdades morais, não há como sustentar a argumentação teórica de uma determinada decisão judicial, além de que seria demasiado inseguro. Ele dá um exemplo: se eu disser a um crítico metafísico, como Richard Rorty, que acho o genocídio perverso, ele dirá que eu apenas expressei minha opinião e que isso não quer dizer que seja uma verdade moral objetiva. Sendo assim, se deparar-se com um juiz que não considera o genocídio perverso, que parâmetros ter-se-ia para saber se ele decidiria corretamente um caso que envolvesse esta prática? Dworkin não quer que se permita o “vale-tudo” interpretativo. Isto é, se não se acreditar na existência de verdades morais objetivas, estar-se-á deixando os casos à mercê de possíveis absurdos jurídicos.

Tudo não passaria de “jogos de linguagem” que os pragmatistas metafísicos utilizam partindo de suas necessidades e para atender os seus objetivos. De acordo com a linguagem que for utilizada, estar-se-á criando uma verdade moral, ao bel-prazer do interlocutor. Para tanto, vindica-se a plena liberdade de expressão. Esse pensamento é sustentado também por Posner.

Acerca do segundo tópico, o pragmático, Dworkin assevera que Posner prefere embasar suas fundamentações nas atitudes cotidianas dos juízes do que em teses filosóficas. Também critica o fato de que, embora Posner evite partir para a abordagem teórica do raciocínio jurídico, não deixa claro por que e como diverge de Dworkin nesse aspecto.

Segundo Posner, a abordagem pragmática do Direito é progressista, isto é, o raciocínio jurídico deve ser consequencial e não deontológico. Contudo, Dworkin afirma que a sua própria concepção de raciocínio jurídico é também consequencial – já que visa alcançar as consequências do utilitarismo –, não deontológica como Posner acredita que seja. Enquanto o consequencialismo se preocupa com as melhores consequências para a comunidade, a deontologia se preocupa em fazer o que deve ser feito, independentemente das consequências.

Acerca dessa intitulação de Posner do pragmatismo como uma concepção progressista do Direito, Dworkin assevera que isso pode ser prejudicial para a comunidade – embora não pareça em um primeiro momento –, pois é como se tivesse uma aproximação com o conceito de utilitarismo no sentido de uma determinada decisão judicial ter que ser tomada pensando-se sempre no bem-estar de um maior número de pessoas.

Pensar em um Direito com bases utilitaristas é um completo absurdo ao ver de Dworkin, haja vista que o utilitarismo mitiga o princípio da igualdade, tão aclamado por este autor – sendo inclusive considerado como a mais soberana das virtudes.

Dworkin não aceita que Posner defenda e incentive os juízes a decidirem de maneira trivial, sem se preocupar em fundamentar sua decisão em alguma teoria de peso, apenas visando os benefícios práticos daquela decisão, se ela realmente solucionará a lide, etc. Isso se tornaria insustentável quando um juiz que estivesse acostumado a agir assim se deparasse com um caso difícil que o fizesse voltar aos livros e que o fizesse refletir, à luz da filosofia, acerca de certas questões jurídicas.

Para ilustrar, Dworkin utiliza o seguinte exemplo: se um dia um carro vem a apresentar um problema em alguma peça e o dono não entende muito bem do funcionamento mecânico do carro, que são conhecimentos predominantemente físicos, poderia simplesmente sair tentando consertar o carro até funcionar, mas isso poderia lhe trazer uma série de riscos, inclusive de vida. Diferente seria se ele procurasse se informar sobre o que deveria ser feito e como deveria ser feito, antes de revirar peças do carro que precisam ser manuseadas com cuidado.

E por último, há ainda a terceira modalidade de críticas desferidas pelo pragmatismo jurídico – predominantemente partindo do professor Cass Sunstein – contra a abordagem teórica do raciocínio jurídico defendida por Dworkin, qual seja, a “objeção profissional” (DWORKIN, 2010, p. 93). Seria uma espécie de abordagem profissionalizada da prática jurídica, isto é, para o pragmatismo, os juízes – até mesmo os advogados – devem atuar de maneira que mais se aproxime à real função deles: julgar, ou no caso dos advogados, representar os interesses do cliente, sem que para isso precisem recorrer a abordagens teóricas, pois, se o fizerem, estarão adentrando no vasto campo da filosofia do direito.

Dworkin critica o posicionamento de Sunstein quando ele sugere que juristas e juízes se abstenham de adentrar no campo abstrato da teoria moral política ao julgar, seja em julgamentos coletivos, como no caso de um Tribunal, ou de julgamentos individuais, como Juízos “a quo”. Ou seja, Sunstein “não apenas pretende afirmar que as alianças políticas e judiciais podem ser forjadas a partir de um acordo concreto, mesmo quando há divergência teórica, mas que os julgamentos individuais que levam ao acordo concreto devem ser, eles próprios, superficiais” (DWORKIN, 2010, p. 97).

Entretanto, Dworkin acredita ser uma postura errada a de querer adotar, previamente, como os juízes devem decidir, mesmo diante de casos complexos. Quando o pragmatismo diz que os juízes não devem recorrer a teorias morais para ajudar na fundamentação das decisões, o que se está fazendo é uma delimitação de até onde eles podem atuar, dali não podendo ultrapassar. Porém, o que Dworkin e outros teóricos defensores da abordagem teórica do raciocínio jurídico defendem é que o nível em que um determinado juiz vai adentrar em uma teoria moral vai depender de cada caso.

Há casos que precisariam de uma fundamentação muito mais completa, em que seria necessário saber primeiro se o que se pleiteia é justo ou injusto, antes de se tomar qualquer decisão. Para isso, obviamente, seria necessário recorrer a diversas teorias capazes de explicar as questões morais em torno do objeto da

lide. Por outro lado, isso não significa que em todo e qualquer caso os juízes devam recorrer a teorias mais grandiosas do raciocínio jurídico.

Ao menos essa seria uma solução melhor que a apresentada por Sunstein, segundo Dworkin, porque o que ele pretendia era que, para decidir os casos difíceis, os juízes utilizassem algo “mais próximo” da prática advocatícia, que seria a analogia, que consistiria na mera comparação e aplicação de precedentes judiciais em vez de se voltarem para níveis teóricos mais abstratos.

Parafraseando Kant, Dworkin aduz que pensar assim representaria um perigo para o sistema jurídico porque “sem teoria, a analogia é cega. Uma analogia é uma maneira de afirmar uma conclusão, e não de chegar a uma conclusão, e o verdadeiro trabalho deve ser feito pela teoria” (DWORKIN, 2010, p. 99).

Críticas apresentadas por Ronald Dworkin ao pragmatismo jurídico de Richard Posner - especialmente o ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas

Em “O Império do Direito,” Dworkin defende a concepção de direito como integridade. Essa concepção considera também as decisões judiciais e legislações passadas para que haja coerência no Direito. Neste ponto, diverge do pensamento de Posner, que por sua vez defende que a aceitação dos referidos materiais jurídicos pretéritos por parte dos juízes pragmáticos não é um dever ético, visto que não vinculam a atuação dos mesmos, servindo apenas como parâmetros. É exatamente essa ideia que caminha para uma das críticas principais de Dworkin dirigidas ao pragmatismo posneriano: o ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas, considerada por alguns a característica central da dimensão política do pragmatismo jurídico, que é apenas a forma como ele chama a conduta de certos juízes pragmáticos segundo características já descritas nesse trabalho. A questão maior é entender por que, segundo Dworkin, tal dimensão do pragmatismo é tão prejudicial para a comunidade jurídica.

A priori, Dworkin (2014, p. 118) coloca o pragmatismo jurídico como uma teoria de certa forma atraente, quando nota que, em uma primeira vista, em relação ao convencionalismo e ao direito como integridade – que são as outras duas concepções diferentes com as quais ele trabalha antes de se posicionar sobre qual é a concepção que adota para defender o seu conceito de Direito, qual seja, o direito como integridade – o pragmatismo seria uma concepção “mais poderosa”, que só poderia ser vencida quando da inclusão da filosofia política nos debates.

Entretanto, o aspecto negativo do pragmatismo jurídico vem à tona quando Dworkin o conceitua como sendo uma concepção cética do Direito, pois os pragmatistas negam que haja alguma vantagem em exigir dos juízes que decidam com base nos direitos dos litigantes previstos tanto em leis quanto em precedentes formulados no passado e isso ocorre porque os juízes pragmáticos são céticos a tal ponto – pois visam sempre o melhor futuro da comunidade jurídica em que atuam – que acreditam que não necessariamente aquilo que é melhor para a comunidade estará previsto em leis e decisões obsoletas – estes seriam apenas meios auxiliares de se chegar ao melhor futuro da comunidade, não sendo considerados meios absolutos.

Nas palavras do autor: “O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas” (DWORKIN, 2014, p. 195). A busca pelas melhores consequências, inerente ao pragmatismo jurídico, pode levar os juízes até mesmo a romperem com o passado se for preciso.

Isto é, os pragmatistas pensam sempre nas melhores consequências, mesmo que para isso seja preciso romper com o passado. Isso seria o ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas, ferrenhamente criticado por Dworkin, conforme fica demonstrado no seguinte trecho da obra “O Império do Direito”:

Assim, estritamente falando, o pragmatismo rejeita a ideia de direito e pretensões juridicamente protegidas por mim desenvolvida em minha apresentação do conceito de direito, ainda que, [...] insista em que as razões de estratégia exigem que os juízes às vezes atuem “como se” as pessoas tivessem alguns direitos (DWORKIN, 2014, p. 119).

É também cética porque “rejeita o pressuposto de que as decisões passadas estabelecem os direitos daquelas ainda por vir” (DWORKIN, 2014, p. 126). Sendo céticos os juízes adeptos dessa concepção, se chegam a aplicar determinados precedentes aos casos concretos é porque estão atuando “como se” os litigantes tivessem alguns direitos previstos nessas decisões passadas, porque na realidade não acreditam que essas previsões de fato sirvam para a situação jurídica atual – essa nomenclatura do “como se” é utilizada por Dworkin em suas críticas. Dworkin critica a crença do pragmatismo de que as decisões passadas por si só não oferecem as respostas suficientes para o presente, o que faz com que os juízes pragmáticos acreditem que, ao decidir, devem se concentrar no presente e no futuro, agindo sob suas próprias convicções, como se objetivassem tornar o futuro da comunidade mais promissor, “liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência” (DWORKIN, 2014, p. 185).

Diante disso, Dworkin estabelece uma comparação entre a concepção convencionalista do direito, o direito como integridade e o pragmatismo jurídico. O convencionalismo acredita que um indivíduo que compõe uma determinada relação jurídico-processual apoia sua pretensão jurídica em uma decisão política ou jurídica anterior. O direito como integridade, por sua vez, defende que as pretensões juridicamente tuteladas das pessoas se encontram em princípios, responsáveis por melhor justificar a prática jurídica.

O pragmatismo, entretanto, por meio do ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito (DWORKIN, 2014, p. 186).

Isso confirma, portanto, que há um ceticismo total do pragmatismo quanto aos direitos previstos em materiais jurídicos anteriores. Daí desponta o seguinte questionamento: se os pragmatistas desacreditam nos direitos previstos dessa forma, como a linguagem dos direitos e deveres ainda figura em seus discursos jurídicos?

Dworkin responde a essa pergunta destacando a atuação “como se” dos juízes pragmáticos, citada

anteriormente, pois, entre um juiz pragmático que não concorda com certas previsões judiciais e as ignora e um juiz, também pragmático, que simula acreditar em uma pretensão juridicamente tutelada e aplica um determinado precedente judicial, p. ex., que a apoie, mesmo desacreditado dos fundamentos jurídicos da mesma, esse último seria preferível porque não põe em risco a segurança da ordem jurídica. Por isso Dworkin afirma que, embora em tese o pragmatismo jurídico pareça um tanto radical, na prática não o é ou pelo menos não parece ser, devido a toda essa simulação praticada pelos juízes ao atuar em determinados casos.

Dworkin também chama essa atitude de “nobre mentira”. É como se os juízes estivessem ludibriando a todos e a si mesmos ao desconsiderar os direitos das pessoas previstos em regras jurídicas e/ou decisões judiciais, embora, de fato, não haja nenhum prejuízo para as partes litigantes, considerando que não sofrerão, via de regra, o impacto de decisões absurdas por conta do ideal consequencialista. O prejuízo maior seria para o judiciário como um todo, caso todos os magistrados ou a maioria deles resolvessem agir dessa forma.

Se uma decisão judicial ou lei produzidas no passado forem aceitas pela comunidade jurídica, um juiz pragmático estaria ameaçando seu trabalho se se posicionasse contrário às mesmas. Assim, se elas convergirem com aquilo que decidiram aplicar, preferem não discutir e deixar quieto, aplicando-as. E se não concordarem com as pretensões veiculadas nestes materiais jurídicos?

É legítima para o pragmatismo jurídico a atuação judicial *contra legem*, sem nenhum prejuízo para a comunidade jurídica? Sim, mas essa seria a atuação de um juiz não sofisticado, disposto a correr certos riscos em prol da defesa de seu ponto de vista. O juiz sofisticado, por outro lado, é aquele que simula que está levando em consideração os direitos juridicamente protegidos no momento de decidir, nada mais sendo do que aquele que comete a tal “nobre mentira” (DWORKIN, 2014, p. 188-190).

O fato de os juízes pragmáticos considerados sofisticados não serem transparentes com a comunidade jurídica e com a sociedade de um modo geral também é alvo de críticas por parte de Dworkin, pois, ao cometerem a “nobre mentira”, objetivam esconder que são juízes pragmáticos, pois estes não são vistos com bons olhos por muitos membros da comunidade jurídica, por serem associados à ideia de “preguiça intelectual”, por isso muitos têm receio de se declarar como tais. Assim, preferem mascarar uma realidade, forçando uma determinada interpretação legal ou judicial para evitar desordem e ganhar credibilidade perante a comunidade.

Contudo, Dworkin acredita que, se comparado à corrente convencionalista, o pragmatismo parece a priori se adaptar melhor às práticas jurídicas do seu sistema jurídico, qual seja, o regime do *common law* norte-americano, considerando que, enquanto o convencionalismo é acusado de estagnar o Direito, impedindo-o de avançar mediante modificações nas leis e entendimentos jurisprudenciais ao longo do tempo, o pragmatismo permite que cada geração tenha uma nova concepção das estratégias adequadas à realização de determinadas pretensões jurídicas (DWORKIN, 2014, p. 192).

Para Dworkin (2014, p. 194), se resolverem aceitar o pragmatismo jurídico como uma corrente que descreve bem a prática jurídica norte-americana contemporânea, é preciso lidar com todas essas “nobres

mentiras”. Sendo aceita, a corrente pragmática entraria na realidade jurídica por meio do que o autor chama de “mecanismo procustiano” (DWORKIN, 2014, p. 194), que seria um mecanismo despótico, uma representação forçada da realidade, pois não se encaixa corretamente naquilo que o autor entende ser o melhor para a comunidade jurídica, considerando o comportamento não transparente e incerto dos juízes que assim atuam.

Dworkin também acredita ser equivocada o pensamento de alguns juristas de que os juízes pragmáticos só possuem muita liberdade ao decidir porque isso foi permitido tacitamente pelos membros da comunidade jurídico-política, a partir do momento em que não questionaram as decisões judiciais baseadas em convicções pessoais – bem ao estilo pragmatista. Isso, por si só, já seria uma convenção, uma justificativa da atuação dos juízes pragmáticos, que seria, por conseguinte, uma tentativa forçada de unir pragmatismo e convencionalismo (DWORKIN, 2014, p. 195-196).

Segundo Dworkin, “o pragmático dará ao passado toda a atenção exigida por uma boa estratégia” (DWORKIN, 2014, p. 197). Com isso, quis dizer que os juízes pragmáticos sofisticados muitas vezes optam por fundamentar suas decisões em pretensões previstas em normas ou julgados por uma questão de estratégia, pois nos casos em que as leis e/ou os precedentes judiciais se mostrarem claros e convergirem com a convicção dos mesmos, eles atuarão basicamente como um juiz convencionalista, aplicando os direitos como se realmente acreditassem que se tratam de pretensões jurídicas plausíveis. No entanto, até mesmo o juiz pragmático sofisticado mais estratégico poderá ser detectado por um jurista atento. Então, quando for descoberto, provavelmente não será visto com bons olhos, por não acreditar nos direitos que ele mesmo deve zelar e aplicar, como guardião da lei.

O ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas desponta, então, quando os magistrados estão diante de leis obsoletas ou de precedentes injustos ou ineficientes, momento em que não há saída senão rejeitar as convenções jurídicas e decidir segundo suas convicções pessoais. Em ambos os casos, os juízes pragmáticos eram céticos, mas na segunda situação é mais fácil identificar o lado cético. Nessa situação de afastamento dos materiais jurídicos é quando se revela pretender “correr o risco de errar, pelo menos no que diz respeito à questão correta” (DWORKIN, 2014, p. 199).

Na obra “A justiça de toga”, Dworkin também tece críticas ao pragmatismo posneriano. Ele afirma que Posner e outros autores refutaram a abordagem teórica do raciocínio jurídico privilegiada por Dworkin, vendo-a como um erro e endossando uma concepção prática. Para Dworkin, o raciocínio jurídico refere-se à aplicação de princípios de natureza moral ou de moralidade política a problemas jurídicos específicos (DWORKIN, 2010, p. 72).

Assim, o autor prossegue à diferenciação entre a concepção teórica, defendida por ele, e a prática, defendida por Posner e outros autores. Dworkin defende que a melhor justificação das decisões jurídicas se dá por meio da utilização de princípios que as sustentem, restando descobrir em cada caso qual o princípio mais adequado.

O modelo ideal de juiz para ele é o juiz Hércules, que seria um juiz de habilidade sobre-humanas,

perspicaz, extremamente inteligente, capaz de encontrar soluções até para os problemas jurídicos mais complexos e difíceis, apenas utilizando o raciocínio jurídico da forma correta, que seria o raciocínio de “fora para dentro”, isto é, ele deveria primeiro refletir sobre todas as “questões fundamentais de metafísica, epistemologia e ética, e também de moral, inclusive de moralidade política” (DWORKIN, 2010, p. 78) antes de chegar ao caso concreto. Os juízes “normais”, ao contrário, decidem de dentro para fora, isto é, partem do caso concreto para os possíveis argumentos que possam embasá-los.

O juiz Hércules, portanto, não atuaria como se as pessoas tivessem direitos, porque acredita que elas têm, de fato, suas pretensões jurídicas amparadas não apenas por regras positivadas, mas também por princípios, utilizando-os como fundamento em suas decisões.

Acerca da fidelidade ao texto constitucional, isto é, saber se os juízes devem ou não ser fiéis às normas constitucionais quando da aplicação das mesmas aos casos concretos, Dworkin aponta o pragmatismo jurídico como um dos fundamentos utilizados para superar tal fidelidade. Ele relembra que uma das características do pragmatismo é o experimentalismo, devendo os juízes atentar para o que efetivamente funciona na prática, não se preocupando com justificações em teorias morais, de modo que o experimentalismo por si só não é capaz de justificar o desinteresse pela fidelidade pura ao texto constitucional (DWORKIN, 2010, p. 194).

Segundo Dworkin, para os pragmatistas, “os juízes se eximem do dever de manter-se fiéis à Constituição ao obterem, no caso que se lhes apresenta, o resultado que, em sua opinião refletida, decorre da melhor interpretação de um princípio abstrato de moralidade constitucional” (DWORKIN, 2010, p. 196). Assim, se um juiz pragmático, consequencialista por natureza, entender que manter-se fiel à Constituição trará as melhores consequências para todos, então assim o fará.

Contudo, se perceber que o texto constitucional pura e simplesmente não representa a melhor interpretação possível de um certo princípio contido na norma constitucional que está sendo analisada, não há por que manter a referida fidelidade. Para Dworkin, a questão da fidelidade à Constituição vai bem além de questões consequencialistas. Primeiro é preciso detectar os objetivos perseguidos pela sociedade. Se forem objetivos mais palpáveis, como desenvolvimento econômico, melhoria da qualidade de vida dos habitantes, etc., isso se resolveria com soluções empíricas, não precisando recorrer a questionamentos abstratos que se voltariam para questões de base acerca da justiça ou injustiça de determinadas políticas públicas, como p. ex., se perguntar se as cotas raciais para universidades são justas ou não.

Dessa forma, se se deparassem com situações em que a sociedade precisasse primeiro definir noções básicas de justiça, para os pragmatistas, ainda assim não seria necessário adentrar no vasto campo das teorias morais e jusfilosóficas. Ao revés, para Dworkin, nessas situações, as teorias morais seriam imprescindíveis para responder aos questionamentos pertinentes, considerando que não seriam apenas situações de tentar ver o que funciona na prática até acertar, como pretendem os defensores da corrente pragmática, pois seria preciso, antes de mais nada, definir parâmetros de justiça antes de se tomar qualquer decisão.

Direito como integridade: solução apresentada por Dworkin para as incompletudes do pragmatismo jurídico

Diante de todo o exposto até o momento, não se pode olvidar que certamente o maior alvo de críticas feitas por Dworkin em relação ao pragmatismo posneriano é quanto à atuação judicial propriamente dita, na medida em que há uma diferença crucial de atuação entre o juiz pragmatista e o juiz positivista – já explicitada anteriormente. Porém, Dworkin não se posiciona em nenhum dos lados, considerando que há uma terceira forma de atuar do juiz, representada pelo juiz Hércules, e que traduz uma concepção de atuação judicial que ficou conhecida por direito como integridade.

Essa forma de atuar – a do juiz Hércules – é considerada por ele como a forma ideal de agir do juiz, que é aquela que não se baseia apenas nas decisões passadas como um dever ético de seguir estritamente o que foi decidido pelos juízes do passado ou o que foi criado em termos legislativos pelos legisladores anteriores – característica da concepção convencionalista do Direito –, tampouco é uma atuação judicial consequencialista, preocupando-se apenas com os melhores resultados para o futuro, ainda que para isso seja preciso desvincular-se do passado – característica do pragmatismo jurídico –, mas é uma atuação que conjuga estes dois modos de atuar (DWORKIN, 2014).

A concepção de Dworkin de direito como integridade parte do pressuposto de que o convencionalismo e o pragmatismo jurídico são concepções maniqueístas e incompletas do Direito. O convencionalismo, de um lado, reflete um apego aos materiais jurídicos construídos no passado, de modo que os juízes devem reproduzi-los fielmente no presente, por uma questão de dever e coerência com as tradições consolidadas no sistema jurídico, por uma questão de segurança e previsibilidade do Direito vigente – e é esse ideal de certeza que é elogiado por Dworkin (PEDRON, 2014; DWORKIN, 2014).

Contudo, o juiz convencionalista não justifica moralmente suas decisões, não reflete sobre as convenções jurídicas que estão servindo de suporte àquilo sobre o que estão decidindo. Dworkin (2014) considera isso um grande erro, pois o juiz deve exercer um juízo crítico sobre uma lei ou um precedente judicial que está considerando no momento de decidir.

O pragmatismo, por outro lado, como já visto ao longo deste trabalho, não se atém ao passado, considerando o Direito atual como uma verdadeira ponte que conduzirá a prática jurídica vigente ao melhor futuro possível. O juiz pragmático, reitera-se, não se preocupa em refletir sobre as convenções jurídicas que estão à sua disposição, e sim em resolver de forma mais prática e consequencialista possível o caso que está em suas mãos. A vantagem dessa concepção seria a flexibilidade de poder romper com o passado quando aquilo que ele oferece não for útil ao presente e ao futuro. No entanto, ao mesmo tempo não se pode decidir ao bel-prazer do juiz, por uma questão de segurança jurídica, afinal, não se pode abrir margem para um ampla discricionariedade dos juízes, sob pena de provocar insegurança e instabilidade no sistema jurídico (PEDRON, 2014; DWORKIN, 2014).

Como se vê, são duas teorias opostas: enquanto uma se apega ao passado, a outra se restringe ao futuro. Dworkin então pensou em uma maneira de reunir as duas, objetivando a prática jurídica sob a melhor luz, aquilo que melhor serviria a uma comunidade jurídica a curto e a longo prazo, que seria justa-

mente a ideia de direito como integridade, que vem para aperfeiçoar a prática jurídica.

O direito como integridade vem corroborar com o fato de que Dworkin não apenas pretende descrever o Direito, mas também determinar um modelo ideal de Direito a ser seguido, colocando-o a sua teoria em um patamar de “descritivo-normativa”, pois fornece as justificações – inclusive morais – e críticas de um Direito como deve ser (DWORKIN, 2014). Dworkin (2014) divide as exigências da integridade em duas partes: a integridade legislativa, que atribui aos legisladores a responsabilidade de criar leis mantendo um todo coerente com os princípios, com a moral da comunidade e a integridade judicial, que atribui aos juízes o dever de decidir tentando manter uma coerência principiológica dentro do sistema.

O foco será, por óbvio, a integridade judicial, em razão do foco que se pretende dar à pesquisa. Essa segunda exigência da integridade leva à conclusão de que o juiz ideal para Dworkin não pode ignorar o passado, não pode ser cético quanto à existência de direitos prévios, pois se assim não for, criar-se-á um problema dentro do sistema, haja vista cada juiz poder decidir conforme o que bem entender, sem tomar como parâmetro uma decisão semelhante, até mesmo por um ideal de justiça – entretanto, ressalte-se que a integridade é independente desta.

Dworkin (2014, p. 199-203) vê a integridade como um valor distinto da equidade e da justiça, de modo que se relaciona, mas não se confunde com estes. Assim, não há uma exigência de que todas as decisões contenham justiça e equidade de forma nítida, mas pelo menos que as mesmas apresentem um mínimo de justificação moral e política, coerente com os princípios da comunidade jurídica.

A concepção de direito como integridade se apresenta, para o autor, com uma dupla face: é, ao mesmo tempo, o produto de uma interpretação abrangente que se faça sobre a prática jurídica e a sua fonte de inspiração. O juiz que se atrela só ao convencionalismo ou só ao pragmatismo perde a dimensão da totalidade do sistema jurídico, pois se concentra ou somente no passado, ou somente no futuro, sem pensar na dimensão total de passado, presente e futuro (DWORKIN, 2014, p. 272-273). Assim, o juiz dworkiniano, que abraça o ideal de direito como integridade, ao realizar o processo interpretativo expande o seu ponto de vista, procurando materiais jurídicos do passado e ao mesmo tempo tentando adaptá-los ao presente e ao futuro, na medida em que sirvam ou não para serem aplicados mesmo tempos depois de terem sido criados e/ou decididos.

Por esse ângulo é possível observar tanto o direito como integridade como o produto de uma interpretação abrangente quanto a sua utilidade enquanto fonte de inspiração para a atuação dos juízes – de acordo, é claro, com a concepção de juiz para Dworkin. Na concepção dworkiniana, há situações que se apresentam em que se faz necessário conjugar a interpretação com a história da prática jurídica da comunidade na qual o juiz em voga está inserido, pois é observando a tradição jurídica consolidada que o juiz tem grandes chances de obter uma boa decisão. Entretanto, não é preciso se aprofundar nessa pesquisa histórica, até porque com o passar do tempo muitas mudanças ocorrem no mundo jurídico.

A história deve servir tão somente de guia para que o juiz possa perceber que caminho ele deve seguir, por uma questão de coerência de princípios, segundo o que a sua comunidade jurídica entende como o minimamente correto, justo, processualmente válido, etc., ao longo das gerações, até porque, ao

olhar para o passado, o juiz não pode analisá-lo mecanicamente, mas deve também conjugar essa análise de acordo com suas concepções de justiça e equidade, na medida do possível. Seria uma clara união entre os aspectos mais vantajosos do convencionalismo e do pragmatismo. Assim,

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2014, p. 274).

Importante destacar que, ao realizar a interpretação da doutrina do direito como integridade, o juiz, ao olhar para os precedentes judiciais consolidados desde o passado, não precisa necessariamente aplicá-lo nos mesmos moldes, como se não houvesse diferença nenhuma entre os casos, mas deve considerar sobretudo os princípios em comum que podem ser utilizados em uma decisão atual.

Para exemplificar a concepção de direito como integridade, Dworkin faz uso da ideia de “romance em cadeia”, isto é, compara os juízes a autores literários que estão escrevendo conjuntamente uma obra literária propriamente dita, de modo que cada um está escrevendo um capítulo e, para que haja coerência, é preciso que cada autor atente para o capítulo anterior que fora escrito por outro autor, ao mesmo tempo em que precisa escrever o seu capítulo com coerência, preocupando-se com a continuação que será escrita pelo autor subsequente. Assim deve ser o trabalho do juiz na visão de Dworkin, pois ao mesmo tempo em que deve se debruçar sobre as decisões tomadas no passado a fim de tentar entender a tradição consolidada na prática jurídica sobre determinados casos, precisa preparar as gerações seguintes de juízes para que estes possam decidir da melhor maneira possível, sempre visando à prática interpretativa “sob a melhor luz”, na denominação do autor, isto é, deve haver sempre o ideal de aperfeiçoamento do Direito.

Deve ser um trabalho minucioso, bem feito, fazendo com que a prática jurídica vire um todo coerente e unificado, como se houvesse uma constante comunicação entre as diferentes gerações de juízes, ainda que haja uma separação temporal significativa, mas sem perder o caráter multifacetado e complexo. Para Dworkin, a complexidade da tarefa desempenhada pelos autores “reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 2014, p. 276). E se, seguindo esse exemplo, um determinado autor não concordar com o conteúdo – ou uma parte – dos capítulos anteriores? Ele pode optar por outro viés interpretativo. Contudo, se discordar totalmente do que foi feito até então, pode abandonar este projeto interpretativo e se filiar a um novo.

Dar continuidade a uma prática interpretativa não é uma tarefa fácil. Se um juiz se deparar com um raciocínio construído pela metade, sem ter um significado formado ainda, sem saber como se dará o desfecho de determinadas situações jurídicas caberá a ele levar o raciocínio para o caminho interpretativo que achar mais adequado, que considerar bom e justo segundo o seu ponto de vista. Por meio da comparação com o romance em cadeia, é possível perceber a relação direta que Dworkin faz do direito como integridade com o convencionalismo e pragmatismo jurídicos, isto é, ao mesmo tempo que o juiz não deve

se prender a interpretações mecânicas, ele não deve ter total liberdade de criação interpretativa do Direito, referindo-se à adoção isolada de uma ou outra destas duas concepções interpretativas (DWORKIN, 2014, p. 281).

Utilizando esta analogia, é possível perceber que há três momentos interpretativos diferentes: um momento “pré-interpretativo”, em que o juiz estudaria os precedentes judiciais para saber quais poderiam ser aplicados, bem como o direito positivado – leis; um momento “interpretativo”, que se subdivide em dois momentos, o da consistência, em que o juiz deve analisar se a decisão que ele pretende tomar tem consistência com as regras jurídicas do passado e o momento da justificação, em que o juiz precisa fazer uma valoração moral acerca da decisão que pretende tomar, de acordo com seus ideais de justiça e equidade. Por fim, há o momento “pós-interpretativo”, em que o juiz deve dar concretude à sua decisão visando o melhoramento do Direito, de modo que sua decisão possa servir de precedente no futuro e os juízes subsequentes possam melhorar ainda mais o entendimento firmado.

Paralelo a isso, Dworkin cria um modelo ideal de juiz, o juiz Hércules, que, como já foi dito, seria uma espécie de juiz perfeito, extremamente zeloso e responsável por tomar as melhores decisões. O objetivo dele é, claramente, o de inspirar a atuação dos juízes reais. Qual seria a participação do juiz Hércules em ajudar a construir o direito como integridade?

Para o autor, o direito como integridade pede que os juízes reconheçam que o Direito é estruturado sobre uma base formada por princípios de justiça, equidade e devido processo legal e que apliquem esses princípios em suas decisões. É exatamente o que o hipotético juiz Hércules faz, pois “esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, 2014, p. 291).

Contudo, é importante fazer uma ressalva: Dworkin acredita que o juiz, ao analisar as decisões tomadas no passado, não deve se preocupar apenas com o conteúdo das mesmas, mas também no modo como elas foram tomadas, quem as tomou e dentro de qual contexto. Os juízes se diferenciam dos legisladores porque devem agir sob a égide dos princípios, não da política (DWORKIN, 2014, p. 292). O uso dos precedentes só se justifica se se pretender extrair deles argumentos morais, não políticos.

Dworkin afirma claramente que Hércules rejeita o pragmatismo, e o faz porque defende a doutrina do direito como integridade, pretendendo fazer uma interpretação do que foi decidido pelos juízes anteriores de acordo com o posicionamento que ele tomou. Ou seja, não é decidir como bem entender, e sim adotar o ponto de vista que mais se aproxime do seu; é escolher um caminho interpretativo e se debruçar sobre o seu histórico na prática jurídica antes mesmo de passar a decidir. Isso não significa que Hércules deva recusar outros caminhos interpretativos – a não ser que os argumentos desses sejam estritamente políticos e não jurídicos e principiológicos.

Embora Dworkin tenha a pretensão de aproximar o juiz Hércules dos juízes reais, ele entende a dificuldade de realizar a interpretação integrativa, pois nem todos os juízes possuem tempo para estudar um arcabouço de decisões tomadas no passado, tampouco tomar decisões com cautela a fim de projetar as

melhores consequências para o futuro (DWORKIN, 2014, p. 294). Eis a grande dificuldade que a doutrina interpretativa do direito como integridade apresenta na prática.

Nos casos difíceis – que são aqueles casos que fazem o juiz ficar em profunda dúvida acerca de qual interpretação adotar, seja de uma lei ou de um julgado – os juízes que optam pela utilização do método interpretativo do direito como integridade devem analisar qual interpretação se encontra mais de acordo com o conjunto de princípios que expressam os direitos e deveres das pessoas, bem como com a estrutura política e a doutrina jurídica da comunidade na qual está inserido. Essa, portanto, é a interpretação do Direito sob a melhor luz. Assim, os juízes adeptos do direito como integridade sempre terão um parâmetro para auxiliá-los na melhor decisão, sem que precisem recorrer às suas convicções pessoais de justiça, como pugnam os pragmatistas, a exemplo de Richard Posner.

O cerne da interpretação baseada na integridade do Direito, portanto, aponta que deve haver um equilíbrio entre o pensamento convencionalista e pragmatista, isto é, o juiz, notadamente nos casos difíceis, quando o trabalho interpretativo for mais árduo, deve sempre atentar para as leis e julgados do passado, na busca por uma interpretação mais adequada ao caso. Nesse aspecto, pode-se observar claramente a doutrina do convencionalismo. Entretanto, ressalte-se, o juiz não será obrigado a aplicar uma convenção jurídica do passado se perceber que ela não se aplica ao presente.

Dessa forma, seguindo a doutrina pragmatista, por outro lado, o juiz poderá rever o posicionamento de seus antecessores, depositando suas convicções acerca dos princípios morais e da estrutura política e jurídica da comunidade, segundo o que entender mais adequado diante da conjuntura mais atual acerca dessas ideias. O juiz só deverá mudar a direção de um entendimento quando servir não apenas ao caso *sub judice*, mas também a todos os outros semelhantes e contemporâneos. Nas palavras de Dworkin,

Não obstante, é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade. Deve admitir que, ao preferir finalmente uma interpretação a outra de uma série de precedentes muito contestada, talvez depois de uma reflexão que o leve a mudar de opinião, ele está desenvolvendo sua concepção aplicável do direito em uma direção, e não em outra. Esta deve parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente (DWORKIN, 2014, p. 308).

Para Dworkin, o fato de Hércules não tomar a decisão mais adequada com a tradição jurídica consolidada desde o passado não significa que esta decisão esteja errada, pois pode ser que a conjuntura jurídica contemporânea exija que seja tomada uma decisão diversa do que normalmente se tomaria. Nesse caso não haveria uma violação a nenhuma estrutura política da comunidade, ainda que Hércules precisasse decidir com base em suas convicções pessoais de justiça e equidade – por “convicções pessoais” entenda-se que a escolha de Hércules refletiria “apenas sua própria moral política” (DWORKIN, 2014, p. 311). Assim, não seria totalmente errado “abandonar” a integridade, se fosse preciso.

Para o autor, Hércules “(...) faz essa opção no momento e da maneira que a integridade tanto o permite quanto o exige, e portanto é totalmente enganoso dizer que ele abandonou o modelo da integridade exatamente nesse ponto” (DWORKIN, 2014, p. 314). Entretanto, se Hércules decide abandonar o caminho

interpretativo que deveria ser seguido diante da moral e da política de sua comunidade, ou seja, deliberadamente escolhendo tomar uma decisão diversa da que deveria ter tomado, sem motivos plausíveis, certamente não estará agindo conforme a integridade, e isso será prejudicial para a comunidade jurídica, pois trará insegurança para o meio (DWORKIN, 2014, p. 313-314).

Ao ser criticado acerca da inutilidade prática de Hércules como um modelo a ser seguido pelos juízes reais –em razão de estes não terem tempo suficiente para decidir de maneira perfeccionista conforme Hércules, se voltando ao passado e ao mesmo tempo se projetando para o futuro – Dworkin responde que, por esse viés, a sua teoria foi mal interpretada, pois na verdade “Hércules nos é útil exatamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ou, dada a urgência do trabalho, precisaria ser” (DWORKIN, 2014, p. 316).

Para que Hércules sirva de inspiração, é preciso que os juízes tenham em mente que ele só decide de maneira cautelosa porque cuida de cada caso como se fosse o único de sua carreira, depositando todo o seu tempo e estudo em cada decisão, de modo que, por óbvio, possui mais tempo para se dedicar a isso que os juízes reais, mas nada impede que os juízes reais se sintam inspirados a fazer pelo menos metade do que Hércules faz – e é esse o objetivo de Dworkin, pois ele tem plena consciência de que um juiz como Hércules não existe.

Então surge o questionamento: é correto que os juízes reais estudem diversas teorias capazes de oferecer interpretações a um mesmo caso, ainda que seja simples? A resposta é não, pois essa atitude poderia ser considerada exagerada até mesmo para um juiz como Hércules. O próprio Dworkin pretende que o direito como integridade seja mais reservado aos casos difíceis – o que faz sentido até por uma questão de celeridade processual –, senão veja-se: “(...) o direito como integridade, com sua estrutura elaborada e instável, é, na melhor das hipóteses, uma concepção apenas para os casos difíceis” (DWORKIN, 2014, p. 316).

No entanto, nada obsta que o direito como integridade seja capaz de explicar os casos fáceis também, considerando que os casos fáceis nada mais são do que espécies diferenciadas de casos difíceis, com um nível de complexidade infinitamente menor. A opção de Dworkin por pugnar pela não utilização do direito como integridade nos casos fáceis pode ser resumida em uma frase: “(...) não precisamos fazer perguntas quando já conhecemos as respostas” (DWORKIN, 2014, p. 317).

O direito como integridade, portanto, para o referido autor, é uma concepção que

[...] nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2014, p. 271).

Conclusão

Dado o que foi exposto, faz-se necessário reconstruir, a título conclusivo, as hipóteses desenvolvidas na pesquisa. Sendo assim, pode-se afirmar que o pragmatismo jurídico é uma teoria que, segundo o viés de Posner, busca orientar os juízes na condução de um sistema jurídico mais célere e prático, apartado de abstrações que, ao seu ver, são presentes em doutrinas jurídico-filosóficas como a do filósofo do Direito Ronald Dworkin. Vê-se no pragmatismo uma pretensão de fazer com que os juízes decidam segundo os interesses sociais atuais, deixando de aplicar leis e decisões judiciais anteriores quando essas não refletirem tais interesses. Essa teoria se propõe a ser empírica tal como as teorias das ciências sociais, preocupadas em detectar e solucionar os problemas fáticos apresentados em meio à sociedade.

O juiz pragmático, portanto, possui grande autonomia. É considerado um juiz consequencialista, não formalista, pois procura, acima de tudo, refletir sobre as possíveis consequências práticas não só para as partes litigantes, como também para toda a comunidade jurídica. Para Posner, formalista seria um juiz como o positivista, por exemplo, preocupado sobretudo com a correta aplicação das leis e dos precedentes judiciais. Além disso, segundo o autor, as leis e os precedentes possuem um caráter instrumental, pois possuem um papel de servir precipuamente à realização das necessidades humanas. Tais materiais jurídicos não vinculam a atuação judicial, portanto, servindo apenas como parâmetros para a tomada de decisão. Assim, o juiz pragmático pode atribuir uma nova interpretação a um material jurídico anterior ou mesmo deixar de considerá-lo e, de certa forma, vir a criar direito. Contudo, há a plena noção de que, simplesmente ignorar os materiais jurídicos existentes e consolidados no sistema acarretaria em insegurança jurídica, o que não é desejado por nenhum juiz.

Dessa forma, muitos juízes pragmáticos acabam cometendo uma “nobre mentira” segundo as palavras de Dworkin, pois muitas vezes aplicam a um caso concreto uma lei ou um julgado sem acreditar que os direitos previstos neles sejam realmente plausíveis de serem levados em consideração no momento de decidir. Afinal, o que realmente contaria seria a maneira como os juízes ponderam os anseios sociais, inegavelmente mutáveis com o passar do tempo. Essa “nobre mentira” reflete um comportamento cético por parte desses juízes, chamado por Dworkin de ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. Esse ceticismo acarreta, notadamente nos casos que requerem uma maior complexidade no momento de decidir, em decisões baseadas nas convicções pessoais dos juízes diante daquilo que eles consideram o mais adequado para ser decidido naquele momento, considerando as mudanças sociais e jurídicas latentes e a sua experiência na carreira de magistrado. Isso seria possível, dentre outras razões, pela concepção de Posner de que não existem verdades objetivas no universo jurídico, podendo os institutos passar por alterações ao longo do tempo, permitindo assim que os juízes não se prendam ao conteúdo previsto em materiais jurídicos produzidos no passado como leis e precedentes.

Outrossim, também foi possível analisar que um dos principais focos de crítica de Dworkin é em relação à postura cética que os juízes pragmáticos assumem – ou como Posner pretende que eles assumam – no momento de analisar um material jurídico para decidir, pois ele propõe um modelo ideal de juiz, o juiz Hércules, que é encarregado de pensar não apenas no futuro, como aparenta pensar o juiz pragmático,

mas também de repensar o passado, pois a tradição jurídica não deve ser ignorada, tampouco deve ser simuladamente aplicada, devendo sim ser digna de credibilidade por parte dos juízes.

É possível perceber que, para Dworkin, a prática jurídica passada, presente e futura não se separam, devendo haver uma comunicação entre os três tempos verbais a fim de se alcançar um sistema jurídico mais completo possível, uma prática interpretativa construída sob a melhor luz, no dizer desse autor. Essa específica concepção é chamada de direito como integridade, uma das soluções centrais apresentadas por ele em relação às insuficiências de teorias como o convencionalismo e o ora pragmatismo, que são consideradas por ele como reducionistas – embora apresentem vantagens como, respectivamente, a segurança jurídica e a flexibilidade –, pois só se atêm a um tempo verbal: aquela ao passado e essa ao futuro. O direito como integridade, portanto, reflete a união entre o passado, o presente e o futuro no que diz respeito ao momento do tempo em que uma decisão judicial foi, é ou será tomada.

Além disso, para Dworkin a melhor forma de justificar uma decisão judicial é recorrendo aos princípios jurídicos que mais se adequarem em cada caso. Para ele, o juiz Hércules, que, ressalte-se, é o juiz ideal, acredita realmente nas pretensões juridicamente tuteladas, de modo que não atuaria de maneira simulada sobre os direitos previstos nas leis e/ou precedentes. Portanto, Dworkin defende uma atuação judicial mais completa, que respeita as diversas fontes do Direito consolidadas ao longo da história da prática jurídica, ao mesmo tempo em que, pensando no presente, se projeta também para o futuro. Não é uma atuação apenas formalista ou apenas consequencialista, mas carrega consigo um pouco dos dois, considerando ambas as atuações necessárias para a construção da melhor prática jurídica possível: aquela que acredita que muitos direitos devem ser aplicados conforme previram os legisladores ou juízes anteriores, ou, quando necessário, conforme acredite ser o melhor a ser feito, como o auxílio na construção de novos direitos. Sempre, é claro, buscando a melhor justificação com base nos princípios jurídicos, notadamente nos casos mais difíceis, que requerem uma justificação jurídica e principiológica mais aprofundada.

Diante disso, conclui-se que, embora haja uma clara divergência entre os autores Richard Posner e Ronald Dworkin acerca da atuação judicial, Dworkin conseguiu extrair o que pôde de melhor do pragmatismo jurídico e o conjugou com o convencionalismo também, tendo formulado uma terceira dimensão teórica. Para Dworkin, o pragmatismo, por si só, seria insuficiente para oferecer a prática jurídica almejada por ele, capaz de oferecer decisões corretamente justificadas e sem ignorar todo o trabalho anteriormente realizado pelas autoridades legislativas e judiciárias. Dworkin criticou, pois, Posner não se valendo de discursos vazios, mas conjugou suas críticas com a solução que apresenta para as incoerências encontradas no pragmatismo posneriano, procurando corrigi-las por meio do Direito como integridade, uma solução atraente para um sistema jurídico que pretenda ter como pilar a coerência, a vivacidade e o estabelecimento de limites à atuação judicial em uma era de crescente judicialização das relações políticas e sociais nas democracias contemporâneas.

Referências

- ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Disponível em: file:///C:/Users/Isabelle/Downloads/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificéis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 05/12/2014.
- BENTHAM, Jeremy. “Os Limites do Direito Definidos”. In: MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- D’MACÊDO, Juliana Maria. **Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2362/1558. Acesso em: 09/08/2015.
- DUTRA, Alexandre Pereira. **Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação**. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html. Acesso em: 18/08/2015.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- EISENBERG, José; POGREBINSCHIL, Thamy. **Pragmatismo, Direito e Política**. Disponível em: http://novos estudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/96/20080627_pragmatismo_direito.pdf. Acesso em: 09/08/2015.
- FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- FELIPE, Bruno Farage da Costa. **O Pragmatismo Antiteórico de Richard A. Posner e as Respostas da Teoria Moral para a Decisão Judicial**. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2015.
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HOLMES JR, Oliver Wendell. “O Caminho do Direito e Direito Natural”. In: MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 422-442.
- LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. Pragmatismo jurídico e processo decisório judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3218, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21595>. Acesso em: 04/08/2015.
- LOPES, Hálisson Rodrigo; PIRES, Gustavo Alves de Castro; PIRES, Carolina Lins de Castro. **Breves Considerações Sobre o Pragmatismo**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14530. Acesso em: 09/08/2015.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAIA, Roberta Figueira Tigre. **Linhas Gerais do Pragmatismo**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/tigre-maia.pdf. Acesso em: 18/08/2015.
- MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **Dworkin Contra o Pragmatismo de Posner na Decisão Judicial**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>. Acesso em: 21/06/2015.
- MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PEDRON, Flávio Quinaud. **A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin**. Como casos podem ser

- decididos à luz de uma “resposta correta”.Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23808>. Acesso em: 03/12/2014.
- PEREIRA, Antonio Alves Netto. **Considerações jusfilosóficas acerca do ato judicial no direito brasileiro:** uma abordagem a partir do pragmatismo jurídico.Disponível em: <file:///C:/Users/Isabelle/Downloads/1108-3854-1-PB.pdf>. Acesso em: 04/12/2014.
- PETRIN, Natália. **Pragmatismo.** Disponível em: <http://www.estudopratico.com.br/pragmatismo/>. Acesso em: 06/01/2016.
- PISKE, Oriana. **Pragmatismo Jurídico:** o diálogo entre a filosofia pragmática e o direito. Disponível em: <http://www.direitolegal.org/artigos-e-doutrinas/pragmatismo-juridico-o-dialogo-entre-a-filosofia-pragmatica-e-o-direito/>. Acesso em: 09/08/2015.
- POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, Richard A. **Cómo Deciden Los Jueces.** Madrid: Marcial Pons, 2011.
- POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial.** El debate Hart- Dworkin. Bogotá: SiglodelHombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.
- SCHULZE, Clenio. **A teoria da decisão judicial em Ronald Dworkin.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/Clenio_Schulze.html. Acesso em: 03/12/2014.
- SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- VERBICARO, Loiane Prado. **O Republicanismo de Cass Sunstein e o Liberalismo Igualitário de Ronald Dworkin. Uma Análise a Luz da Função Exercida pelos Tribunais nas Democracias Contemporâneas.** Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado, v. 12, 2007.