

**O LUGAR DA TEORIA NO DIREITO: UM CONFRONTO ENTRE RICHARD
POSNER E RONALD DWORKIN**

**THE ROLE OF THEORY IN THE LAW: A CONFRONTATION BETWEEN
RICHARD POSNER AND RONALD DWORKIN**

Georges Abboud¹

Rafael Tomaz de Oliveira²

RESUMO

As presentes reflexões objetivaram analisar o papel que da teoria no direito a partir da obra de dois autores contemporâneos: Richard Posner e Ronald Dworkin. Tratam-se de autores que compartilham a mesma tradição jurídica, mas oferecem distintos desenhos institucionais e práticos para a teoria jurídica. Este artigo pretende, a partir do método do confronto hermenêutico, avaliar os pontos de distanciamento entre uma proposta e outra. Para isso, partiu-se do pressuposto de que a análise de diferentes propostas teóricas necessita problematizar, antes, o quadro referencial que possibilita a abertura interpretativa de cada autor. Ao final, concluiu-se que Posner, ao tentar afirmar uma posição sociológico-pragmática para a teoria do direito, acaba por carregar consigo uma escolha originária que já é, ela mesma, moral.

Palavras-chave: Teoria do Direito, Richard Posner, Ronald Dworkin, Pragmatismo, Direito como Integridade.

ABSTRACT

These reflections aimed to analyze the role of theory in the law from the work of two contemporary authors: Richard Posner and Ronald Dworkin. They are authors who share the same legal tradition, but offer different institutional and practical designs for legal theory. This article intends, from the method of the hermeneutical confrontation, to evaluate the points of detachment between one proposal and another. For this, it was assumed that the analysis of different theoretical proposals needs to problematize, rather, the framework that allows for the authoritative opening of each author. In the

¹Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FADISP-SP. Advogado. Email : georges@neryadvogados.com.br

² Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP-SP. Advogado. Email: rafael_81oliveira@icloud.com

end, it was concluded that Posner, in trying to assert a sociological-pragmatic position for the theory of law, ends up carrying with him an original choice that is already moral.

Key-words: Law Theory, Richard Posner, Ronald Dworkin, Pragmatism, Law as Integrity.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

As presentes reflexões pretendem explorar o papel que a teoria desempenha no contexto das práticas jurídicas. Trata-se de responder à seguinte questão: afinal, o esforço teórico que incorpore algum tipo de filosofia moral ou constitucional, possui algum valor para o enfrentamento dos problemas cotidianos projetados por nossas práticas jurídicas? Para responde-la optamos por realizar um ensaio – na verdade um pequeno guia de leitura - que procura buscar algumas indicações em um confronto especificamente estadunidense e que envolveu Richard Posner e Ronald Dworkin.

Nosso trabalho reconstrói esse diálogo a partir de textos de artigos e/ou palestras desses dois autores e que se encontram hoje reunidos em livros de fácil acesso para o público leitor. Pretendemos opor aqui as diferenças que marcam uma proposta de abordagem jurídica de corte marcadamente realista ou pragmaticista (presente em Posner) de uma outra, que procura justificar as práticas jurídicas em uma teoria político-moral mais abrangente (Dworkin).

Antes, porém, apresentamos uma reflexão sobre o problema do diálogo entre teóricos que formulam suas posições a partir de diferentes paradigmas ou quadros referenciais teóricos.

Ao final, concluímos que a abordagem moral em torno do direito não é algo que deriva de um simples opção teórica feita pelo jurista. Antes, é ela um fardo inevitável como o qual devemos necessariamente lidar, quando empreendemos alguma atividade interpretativa em torno de conceitos jurídicos.

2. O LUGAR DA TEORIA

É conhecida a afirmação de Eric Hobsbawn que apresenta *o século XX como o século mais curto de toda história* (HOBSBAWN, 2002, p. 411). Certamente, essa enunciação do historiador inglês é reflexo dos eventos que marcaram profundamente o século passado: duas guerras com um potencial destrutivo jamais vivenciado em outros períodos; a grande depressão econômica que praticamente levou à falência todo sistema capitalista; o *new deal*; as democracias do segundo pós-guerra; os movimentos pela efetivação dos direitos humanos, etc. todos acontecimentos que levaram esse mesmo autor a nomear o século XX como “A Era dos Extremos”.

Pois esse reflexo da história – e dos extremos retratados por Hobsbawn – certamente produziram efeitos nas concepção filosóficas e epistemológicas que pulularam, numa quantidade absurda de diferentes propostas, nesses tempos extremos. De fato, não é exagero afirmar que também no campo teórico, de produção do conhecimento, o século XX foi uma era de extremos. Em nenhuma outra época histórica existiu um número tão grande de diferentes abordagens teóricas que procuram apontar para um mesmo aspecto, problema ou objeto do mundo histórico-social. No âmbito das ciências humanas, então, esse quadro assume uma proporção ainda mais agigantada. Com efeito, são várias as formas pelas quais se nomeia esse conflito entre diversas posições teóricas que competem, ao mesmo tempo, o título de estatuto primário do conhecimento de cada uma das disciplinas que compõem o universo da cultura: fala-se em *crise do fundamento* (STEIN, 1997); *poluição semântica* (STEGMÜLLER, 1977); e, até mesmo, em um *relativismo epistemológico* (D’AGOSTINI, 2013, p. 175). O campo jurídico é um terreno fértil para isso. O século XX assistiu a construção de inúmeras propostas que procuravam cuidar de solucionar os problemas teóricos e concretos da experiência jurídica. As teorias jurisprudenciais na Alemanha pandectística e pós-pandectística (jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores); o normativismo lógico de Hans Kelsen; o jusnaturalismo culturalista de Gustav Radbruch; e, já na segunda metade do século a ascensão das chamadas teorias *pós-positivistas*, como é o caso da teoria da argumentação de Robert Alexy e da metódica estruturante de Friedrich Müller. No âmbito do

direito anglo-saxão, o mesmo período presenciou a construção do positivismo utilitárias de Bentham e Austin, bem como as críticas lançadas por Herbert Hart à posição destes autores, que acabou por se considerada uma forma “moderada” do positivismo jurídico. Ainda neste contexto, não se pode esquecer das críticas feitas por Ronald Dworkin ao Conceito de Direito de Hart, cujo eixo central encontra-se vinculado à refutação da tese hartiana do poder discricionário dos juízes para decidir sobre a chamada “textura aberta”, a “zona da franja” dos *Hard Cases*.

Diante desse aparente caos teórico, no interior do qual essas diversas posições – que podem até confluir para um consenso num determinado aspecto – se apresentam de maneira contraditória, o primeiro (e talvez o maior) esforço a ser empregado pelo pesquisador passa pela construção de ferramentas que o possibilitem encontrar, dentro desse universo complexo, algo que produza sentido.

Uma ferramenta interessante é desenvolvida contemporaneamente por Lorenz Puntel a partir daquilo que, no contexto de sua obra, vem sendo chamado de *quadro referencial teórico*.³ Por certo que Puntel pensa esse quadro referencial para composição de sua filosofia sistemática que, embora com reformulações e novos contornos críticos, procuram recompor uma unidade presente na tradição e que foi perdida no contexto da radicalização da filosofia analítica no século XX. Evidentemente, essa intenção primária do filósofo não está em sintonia com aquilo que será apresentado nesse trabalho. Todavia, o marco teórico de sua construção nos servirá de referência constante. Com efeito, a construção desse quadro referencial teórico é realizada por Puntel a partir de Rudolf Carnap que introduziu – no âmbito da filosofia analítica – o conceito de *linguistic framework*, ou, *quadro referencial lingüístico*.⁴ Todavia, Puntel vai além de Carnap e oferece um conceito que é ao mesmo

³ Cf. PUNTEL, 2008, p. 27 e segs.. Na esteira do autor leia-se o seguinte: “a determinação minimal mas fundamental de filosofia, como entendida neste livro, diz que filosofia é uma atividade *teórica*, isto é, uma atividade que visa o desenvolvimento e a exposição de teorias. Para que o desenvolvimento e a exposição de uma teoria seja factível. Devem ser reconhecidos e cumpridos muitos requisitos específicos. A totalidade dos fatores que preenchem esses requisitos pode ser chamada de *quadro referencial*, mais precisamente *quadro referencial teórico*.”

⁴ Cf. CARNAP, 2010. Dentro das pretensões da filosofia de Carnap, eis uma amostra do significado do conceito: “If someone wishes to speak in his language about a new kind of entities, he has to introduce a system of new ways of speaking, subject to new rules; we shall call this procedure the construction of a linguistic *framework* for the new entities in question” [Se alguém deseja falar em sua linguagem sobre uma nova espécie de entidades, deve introduzir um sistema de novos modos de falar, sujeito a novas normas; daremos a esse procedimento o nome de construção de um *quadro referencial lingüístico* para as novas entidades em questão – em tradução livre].

tempo mais abrangente e mais preciso do que aquele com o qual operava este último. Como ressaltado em nota, para Carnap o quadro referencial lingüístico só era acionado no momento em que alguém queria nomear uma nova espécie de entidades.

Já Puntel articula o conceito da seguinte forma:

Neste livro, o termo quadro referencial é empregado em um sentido teórico abrangente, a saber, no sentido de *quadro referencial teórico*. O quadro referencial como quadro teórico designa a totalidade de todos aqueles quadros referenciais específicos (pensa-se principalmente no quadro referencial lingüístico, no lógico, no semântico, no conceitual, no ontológico) que de uma ou outra maneira constituem os componentes irrenunciáveis de um quadro referencial compreensivo pressuposto por uma dada teoria. (...) o termo “quadro referencial teórico” não pode ser entendido no sentido de um sistema formal interpretado; um quadro teórico de cunho filosófico **(e científico)** é, antes, um instrumento que permite apreender, compreender e explicar algo (um nexos, um domínio objetual...). **Dentro de ou por intermédio de um quadro referencial teórico se faz referência a algo**(PUNTEL, 2008, p. 30).

A ferramenta apresentada acima é extremamente importante para que o pesquisador do direito possa andar por caminhos precisos no momento em que trabalha na descrição de sua dimensão objetual que, conforme já mencionado, está pulverizada por uma pleide de teorias concorrentes.

Esse problema já foi havia sido percebido, é verdade, por pesquisadores ocupados com o fenômeno jurídico. Leonel Severo Rocha, por exemplo, já indicava uma preocupação com a construção de um quadro referencial teórico para observar o Direito. De fato, no texto *As Três Matrizes da Teoria Jurídica*, Severo Rocha aponta para as diferenças presentes nas epistemologias jurídicas construídas no interregno do século passado (Cf. ROCHA, 1999). Coincidentemente, é também em Carnap que o jurista busca inspiração para compor seu instrumento de análise. Isso é assim porque, como se sabe, a segunda fase do pensamento de Carnap⁵ é marcada pela percepção de

⁵ Conforme informa Manfredo Araújo de Oliveira, a primeira fase do pensamento de Carnap é marcada pela construção de um ambiente antimetafísico de reflexão, fincado na teia do giro lingüístico efetuado pela filosofia do início do século XX e que desaguou nas construções do empirismo lógico do Círculo de Viena. Para Carnap, Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XX, v. 24, n. 2, p. 145-158. Jul./Dez. 2015 ISSN 2318-8650

que uma teoria completa da linguagem deve contemplar três dimensões: A *sintaxe*; a *semântica*; e a *pragmática*.⁶

Nessa ordem de idéias, Severo Rocha divide a epistemologia jurídica em três matrizes que seriam, respectivamente, 1) o *normativismo analítico* (sintaxe); 2) a *hermenêutica jurídica* (semântica); e 3) a *pragmática-sistêmica* (pragmática).⁷

Não nos cabe aqui realizar uma descrição aprofundada de cada uma dessas matrizes. Interessa-nos apontar, apenas, que as discussões entre diversas propostas teóricas devem estar atentas ao fato de que quem as formula pode estar falando de diferentes “lugares” teóricos, paradigmas ou quadros referenciais teóricos.

3. POSNER E SEU “PRAGMATISMO RENOVADO”

O livro de Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, apresenta questões interessantes e que atingem diretamente aquilo que estamos tratando neste trabalho. Foi publicado em

o afastamento da metafísica – com sua conseqüente superação – só seria alcançado a partir da construção de uma linguagem rigorosa que superasse os paradoxos lógicos (a expressão é de Bertrand Russel) que permeiam a “linguagem natural”. Carnap chega a afirmar que a linguagem natural está corrompida pela metafísica. Desse modo, é preciso procurar uma base formal a partir da qual seja possível seja efetuar uma distinção entre *frases metafísicas* (também chamadas pseudo-objetuais) e frases *não metafísicas* (objetuais). O modo encontrado por ele para solucionar essa questão, foi dado a partir da construção de uma linguagem artificial, rigorosamente determinada por sua objetualidade (empirismo) e coerentemente conformada a partir dos instrumentos da lógica matemática. Num primeiro momento de seu pensamento Carnap estará voltado, exclusivamente, para construção de uma sintaxe da linguagem. Como afirma Manfredo: “Do ponto de vista da linguagem, o programa de Carnap significa a proclamação da auto-suficiência da sintaxe. Ele afirma que os conceitos semânticos podem ser definidos no seio da teoria da sintaxe lógica por meio de conceitos sintáticos. Em suma, nessa fase de seu pensamento Carnap defende uma substituição da semântica pela sintaxe”. Assim, apenas em um segundo momento é que as preocupações semânticas ocuparão um lugar privilegiado no pensamento carnapiano. De todo modo, é importante afirmar que, para Carnap, apenas a sintaxe e a semântica eram as dimensões da linguagem que interessavam ao labor filosófico. A pragmática, sendo uma ciência empírica, estava excluída da filosofia (OLIVEIRA, 2001, p. 82-83).

⁶ Ainda na trilha de Manfredo, as três dimensões da linguagem apontadas por Carnap podem ser enunciadas da seguinte maneira: “a *sintaxe*, que se relaciona às propriedades formais das construções lingüísticas. Trata-se, pois, de uma consideração da linguagem abstraindo tanto do sujeito, do sentido e da significação, como do objeto designado. Seu único objetivo são as expressões lingüísticas e suas formas; a *semântica* que estuda a relação entre construções lingüísticas e coisas, acontecimentos no mundo etc., aos quais se referem as expressões lingüísticas, como também a relação entre frases e condições no mundo, que devem existir a fim de que as frases possam ser consideradas verdadeiras; e, por fim, a *pragmática*, que trata das características do uso da linguagem, como dos motivos psicológicos dos falantes, das relações dos ouvintes, da sociologia dos diferentes padrões lingüísticos” (Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 83).

⁷ Essa questão é retomada em outros textos do autor. Assim, para um aprofundamento sobre a temática Cf. ROCHA, 2005.

1999 como resultado de um ciclo de palestras proferido por Posner em 1997, cuja temática girava em torno do ensaio de Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, que, naquele ano, completava seu centenário de publicação.⁸ O autor reescreveu e reorganizou os textos das palestras, incluiu trechos novos e respondeu a algumas críticas que lhe foram apresentadas. O livro é resultado de todo esse processo. Apresenta-se como uma manifesto pragmaticista no direito: afirma-se nele que os métodos de investigação e decisão do direito não devem ser tributários de uma teoria moral “metafísica”, mas, sim, devem ser buscados pragmaticamente, no seio das ciências sociais e do senso comum.

Explicando melhor: os juízes – ou qualquer outro tomador de decisões no âmbito do direito – quando se veem diante de casos que não encontram uma resposta simples a partir das fontes corriqueiras de orientação (Constituição, Leis, precedentes) “nada podem fazer além de recorrer a noções derivadas da condução dos negócios públicos, dos valores profissionais e pessoais, da intuição e da opinião”.⁹ Essa seria, segundo o autor, uma abordagem mais condizente com aquilo que efetivamente se passa no âmbito das práticas decisórias no direito. Seria uma perspectiva mais profissional e menos teórica de aproximação do fenômeno jurídico.¹⁰

Partindo desse pressuposto, os argumentos críticos do texto são dirigidos a um alvo definido: aqueles autores aos quais Posner nomeia como “juristas acadêmicos” e que, de alguma forma, estabelecem uma aproximação entre a filosofia do direito e a filosofia moral ou, melhor ainda, colocam a teoria jurídica para dentro da teoria moral. Os alvos privilegiados de Posner (os “juristas acadêmicos”) são os seguintes: Ronald Dworkin, Charles Fried, Anthony Kronman, John Noonan e Martha Nussbaum.

⁸ Cf. HOLMES, 1897, pos. 58. O texto é um programa de uma teoria pragmática do direito, que fez história sob o epíteto “realismo jurídico”. É nele que se encontra a frase de Holmes que entraria definitivamente para a posteridade: *The prophecies of what the courts to do in fact, are what I mean by the law*.

⁹ Cf. POSNER, 2012, p. VIII.

¹⁰ Para conhecer os detalhes da proposta “profissionalista” de Posner, ver: POSNER, 2012 pp. 291 e segs.

De todos esses nomes, o de Ronald Dworkin certamente é aquele que aparece com maior frequência diante de sua artilharia pragmaticista. A concepção de moral que perpassa a obra de Dworkin é constantemente atacada por Posner. Na verdade, uma de suas pretensões básicas é realizar uma desmistificação do direito para libertá-lo das amarras de qualquer teoria moral. Nas palavras de Posner: “a filosofia moral não tem nada a oferecer aos juízes e aos estudiosos do direito no que se refere à atividade judicial ou à formulação de doutrinas jusfilosóficas ou jurídicas” (POSNER, 2012, p. IX).

O jurista da escola de Chicago segue adiante para dizer que tanto a filosofia moral quanto “algumas de suas primas-irmãs, como a jusfilosofia e a teoria constitucional, são impotentes para resolver questões jurídicas concretas” (POSNER, 2012, p. IX.). Para justificar sua afirmação, Posner recorre a um argumento, por assim dizer, “empírico”. Relembra um julgamento da Suprema Corte estadunidense no interior do qual se discutiam leis que proibiam o suicídio assistido por médicos (uma questão que tem como pano de fundo um acalorado debate moral). Nesse caso, um grupo de filósofos morais submeteram à apreciação da Corte um memorial de *amici curiae*. Este memorial teria sido, ainda seguindo a argumentação de Posner, ignorado solenemente pelos juízes daquele Tribunal. *In verbis*: “os juízes ficam com um pé atrás quando se procura convencê-los a usar a teoria moral ou constitucional para decidirem as demandas” (POSNER, 2012, p. IX.).¹¹

Note-se que a verdadeira pretensão de Posner é postular a inviabilidade da Teoria do Direito. Sua intenção, portanto, é metateórica: analisar as condições pelas quais se considera impossível ou, neste caso, o melhor seria dizer, inútil e despreciando, o esforço teórico no direito. Não que, em seu livro, não se faça algum tipo de “teoria jurídica”. Aliás, como bem enfatizará Dworkin em um de seus textos de resposta a Posner, a postura deste último é sempre também teórica e, em certo sentido, “metafísica”. De todo modo, sua proposta de abordagem do direito não é teórica em um sentido filosófico, mas, sim, em um sentido sociológico: não possui uma matriz filosófico-reflexiva; trata-se

¹¹De se consignar que Ronald Dworkin menciona o mesmo caso em seu *A Justiça de Toga*. Cf. DWORKIN, 2010, pp. 71 e segs.

de um referencial sociológico-descriptivo. No fundo, portanto, o argumento de Posner apresenta-se como uma crítica das posturas que procuram pensar o direito a partir da filosofia para realizar uma defesa das análises sociológicas sobre o direito. No caso, da sua peculiar análise sociológica do direito.

4. DWORKIN E A DEFESA DE UMA POSIÇÃO MORAL SOBRE O DIREITO

Em um texto de 1997, Dworkin escreveu sobre alguns pontos destacados por Posner no livro que comentamos acima. Na verdade, os argumentos enfrentados por Dworkin já haviam aparecido em um livro anterior do autor, chamado *Para Além do Direito (Overcoming Law)*. O texto de Dworkin ao qual nos referimos foi incorporado ao livro *A justiça de Toga*, em capítulo intitulado *O Elogio da Teoria*. (DWORKIN, 2010, pp. 71 e segs.). Nesse texto, Dworkin afirma que a postura teórica – em sentido filosófico – não apenas é possível como também inevitável. Como já afirmamos, para Dworkin, Posner também faz teoria do direito no sentido mesmo sentido em que ele a critica.

E, de certo modo, Posner também professa algum tipo de moral.

Nesse sentido, temos a seguinte passagem de Dworkin:

Em minha opinião, o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos coerentes de princípios *oferece a melhor justificação* da prática jurídica como um todo (...) (DWORKIN, 2010, p. 205).

Nota-se, pelo trecho acima transcrito, que a questão da vinculação entre o direito e a moral não está associada a um parâmetro de correção transcendente, mas, ao contrário, remete-nos a uma imanência interpretativa que deve posicionar o argumento construído pela interpretação do direito constitucional no interior da melhor justificação para a prática jurídica como um todo.

Mas não é apenas isso. A interconexão, como quer Dworkin, entre direito e moral também repercute na própria concepção de “teoria”. Com efeito, para o jusfilósofo, mesmo no plano da teoria não é adequado falar em pura *descrição*, como se fosse possível conquistar um ponto arquimediano a

partir do qual o teórico se colocaria, de forma neutra, a tratar dos conceitos jurídicos ou políticos. Para Dworkin, também os juízos *descritivos* (teóricos) e *valorativos* (morais) estão em estado de interrelação. Isso fica claro quando o autor assevera que:

Conceitos de liberdade, democracia, etc. funcionam, no pensamento e no discurso comuns, como conceitos interpretativos de *valor*: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor. O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular. É claro que um filósofo ou cidadão podem insistir que, afinal de contas, não há valor na democracia, na liberdade, na igualdade ou na legalidade. Mas ele não pode defender esse ponto de vista simplesmente escolhendo uma entre as muitas versões questionadas da liberdade, por exemplo, e em seguida insistir que a liberdade entendida dessa maneira não tem valor. Ele deve afirmar não apenas que a liberdade é inútil nos termos de determinada concepção, mas que ela é inútil nos termos da melhor concepção defensável, e esse é um empreendimento muito mais ambicioso, que não separa os sentidos descritivo e valorativo, mas tira partido da inter-relação entre eles (DWORKIN, 2010, pp. 212-213).

Portanto, a teoria do direito de Dworkin se apresenta com uma preocupação fundamental de base: dar conta da controvérsia que inevitavelmente existe no momento da interpretação desses conceitos abstratos, de modo que a “melhor” interpretação possa aparecer como tal. Como o “melhor” dessa interpretação implica “valoração”, o argumento construído a partir dela será posicionado, necessariamente, em um horizonte moral.

O grande atrativo da proposta de Posner é, sem dúvida nenhuma, seu apelo prático. No modo como constrói seu argumento, a sua aparentemente, despretensiosa teoria parece dar notas de grande utilidade e adequação aos problemas contemporâneos do direito. Porém, se olhada mais de perto, essa sua análise esconde uma série de elementos que comprometem toda a argumentação.

O primeiro destes pontos, certamente, é a sua pretensa assepsia moral. Numa estratégia que não é exatamente nova (Kelsen, por exemplo, já havia argumentado de forma parecida para criticar a concepção kantiana de moral e defender a sua tese da separação entre o juízo moral e o juízo jurídico),

Posner se afirma como um “relativista moral moderado”. Ele critica as concepções universalistas sobre o conteúdo dos conceitos morais, mas, ao mesmo tempo, não se diz pronto para aceitar as teses dos relativistas radicais, que pregam um ceticismo completo no que tange à possibilidade do conhecimento das formas morais. Para ele, é possível ao investigador mapear certo conjunto de crenças e sentimentos que compõem a dimensão moral de uma determinada e específica comunidade de indivíduos. Mas, por outro lado, seria impossível universalizar o conteúdo conhecido dentro daquelas condições específicas de modo a aplicar suas normas em outro local, diferente daquele em que tais conteúdos tiveram origem.

Para ele, no momento de decidir, mais importante do que o juiz conhecer tais conteúdos morais (por exemplo, qual o valor da democracia no seio de uma comunidade; o que significa a cláusula de igual respeito; ou se é compatível com a Constituição uma lei que proíbe o suicídio assistido por médicos), é ele ter o domínio instrumental das questões econômicas, políticas e sociais envolvidas na questão. É preciso que ele tenha um domínio, com máxima previsibilidade possível, sobre as consequências geradas por sua decisão, tendo sempre como guia a adoção da medida que traga maior benefício ou uma melhora nas condições gerais observadas pelas pessoas envolvidas no caso.

Desse modo, Posner faz uma admoestação a Dworkin, dizendo que sua preocupação, quase realista, com os conceitos morais acaba por desvencilhá-lo dessas questões consequencialistas, produzindo, assim, um tipo de teoria da decisão que desconsidera totalmente as condições reais que determinam *in concreto* o direito.

Em sua avassaladora resposta, Dworkin inicia argumentando que sua abordagem teórica difere substancialmente da descrição oferecida por Posner. Sua proposta não se desenha a partir de um emaranhado de conceitos morais e jurídicos abstratos. O argumento moral não é construído pelos juízes apenas nos casos limítrofes, de decisões “difíceis”. Na verdade, qualquer interpretação jurídica implica uma argumentação moral. Em sua proposta, Dworkin afirma que conceitos como os de

democracia, liberdade, igualdade, devido processo legal etc., são conceitos jurídicos que estão impregnados pela moralidade política e que, no momento em que são discutidos judicialmente, eles são, necessariamente, interpretados. Nesse sentido, a sua proposta teórica é interpretativa e construtivista. Melhor seria dizer, quem interpreta o direito deve fazê-lo de modo a construir argumentos que se ajustem, de melhor forma, às práticas jurídicas da comunidade política. Nessa medida, sua abordagem teórica “alega que há princípios de tal modo inseridos em nossa prática jurídica que, quando os aplicamos ao caso em questão, eles dão (ou não) o direito” (DWORKIN, 2010, p. 74) à parte que o reivindica. Vale dizer: “justificamos as alegações jurídicas ao demonstrar que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificação de uma prática jurídica mais geral na área do direito em que se situa o caso” (DWORKIN, 2010, p. 75).

Por certo, haverá discordância com relação a qual conjunto de princípios oferece a melhor solução para o caso. Mas essa discordância, antes de ser o retrato da improcedência da tese é, ela mesma, o que a torna mais atraente (para usar uma expressão dworkiniana). A controvérsia sobre esse conjunto de princípios – que é uma questão moral – será resolvida a partir do confronto dos vários argumentos lançados para o caso, sendo que prevalecerá aquele que, de forma mais responsável, demonstrar o melhor ajuste às práticas jurídicas.

Na mesma linha, a questão a respeito do consequencialismo deve ser colocada em devidos termos. Na verdade, Dworkin afirma que também sua proposta é consequencialista. Mas o é em um sentido diferente daquele retratado por Posner. Nos termos propalados por Dworkin, sua proposta é consequencial no seguinte sentido: “cada argumento jurídico interpretativo tem por finalidade assegurar um estado de coisas que, de acordo com princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas” (DWORKIN, 2010, p. 89).

5. À GUISA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, a proposta de Posner, com toda a sua aparente indiferença às questões morais, acaba sendo portadora de uma certa concepção de moralidade: aquela que se verifica no utilitarismo. No fundo, o debate sobre os conteúdos morais dos conceitos jurídicos é inescapável. Do mesmo modo que a reflexão teórica também o é. E isso por um motivo muito simples: todo aquele que estiver comprometido com alguma ambição de igualdade e democracia terá melhor sucesso se enveredar pelos caminhos da teoria. Nas palavras do próprio Dworkin:

Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos viver juntos e iguais, e parece crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. (...) Só poderemos perseguir essa indispensável ambição se tentarmos, sempre que necessário, nos colocar em um plano elevado [vale dizer: teórico, acrescentei] nossas decisões coletivas, inclusive em nossas decisões judiciais, de modo a pôr à prova nosso progresso em tal direção. Devemos nos incumbir desse dever soberano se pretendemos alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho da igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade (DWORKIN, 2010, pp. 105-106).

Assim, se o direito é marcado pela controvérsia e, se essa controvérsia, representa um desacordo sobre conceitos jurídicos problemáticos, encarar o direito como um “ramo da moral”, no sentido que lhe dá Dworkin, realmente é algo inevitável. Enquanto juristas necessariamente enveredamos no âmbito da moral – Não a moral deformada pelo espelho da subjetividade, mas a moral que constitui os fundamentos da comunidade política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNAP, Rudolf. *Empiricism, Semantics, and Ontology*. Texto disponível em: http://www.philosophy.ru/library/carnap/02_eng.html>, acesso em 29.10.2010.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HOBBSAWN, Eric. *Interesting Times. A Twentieth-Century Life*. Nova York: Pantheon Books, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*. Kindle Book: Public Domain, 1897.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001.

POSNER, Richard A. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PUNTEL, Lorenz. *Estrutura e Ser. Um quadro referencial teórico para um filosofia sistemática*. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. As Três Matrizes da Teoria Jurídica. In: *Anuário de Pós-Graduação em Direito*. Lenio Luiz Streck. José Luiz Bolsan de Moraes. Leonel Severo Rocha (orgs.). São Leopoldo: Unisinos, 1999.

_____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico”. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*, Vol.I e II. São Paulo: EPU, 1977.

STEIN, Ernildo. *A Caminho de uma Fundamentação Pós-Metafísica*. Porto Alegre:Edipucrs, 1997.

Recebido em 17.12.2015

Aprovado em 07.02.2016