

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAPHAELA BORGES DAVID

**ENTRE A ABORDAGEM PRAGMÁTICA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: Um
estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa**

Belo Horizonte

2014

RAPHAELA BORGES DAVID

**ENTRE A ABORDAGEM PRAGMÁTICA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: Um
estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa**

Dissertação apresentada a
Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal
de Minas Gerais para obtenção
do grau de Mestre, sob a
orientação do Professor Doutor
Bernardo Gonçalves Alfredo
Fernandes

Belo Horizonte

2014

RAPHAELA BORGES DAVID

**ENTRE A ABORDAGEM PRAGMÁTICA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: Um
estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa**

Dissertação apresentada e _____ junto ao Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de
Mestre.

Belo Horizonte, _____ de dezembro de 2014.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (Orientador)

Universidade Federal de Minas Gerais

[FICHA CATALOGRÁFICA]

*Ao Henrique, pela ternura e
pelo amor que me faz
continuar...*

*Aos meus pais e irmãos,
Andréa, Tadeu, Thiago e Lucas,
que me deram asas fortes para
voar quando o inverno
chegasse...*

RESUMO

A presente pesquisa de mestrado situa-se no campo de investigação da teoria da decisão jurídica e pretende testar duas importantes vertentes teóricas do direito norte-americano ao direito brasileiro. Para tanto, iniciamos com a descrição dos pontos-chaves da teoria da integridade de Ronald Dworkin e do pragmatismo de Richard Posner, apontando, em seguida, os principais argumentos do debate entre ambos os autores. Depois de colocados os pressupostos teóricos que guiarão a investigação, passa-se à análise de quatro julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei Complementar nº 135/10, conhecida popularmente como Lei da Ficha Limpa, selecionando os argumentos lançados pelos magistrados, em especial, aqueles atinentes à aplicação ou não da referida às eleições gerais de 2010 face ao princípio constitucional da anterioridade eleitoral. Os referenciais teóricos, ao serem testados nos votos dos magistrados, revelam o quanto a abordagem pragmática se afasta do compromisso democrático, enquanto a teoria da integridade pode nos levar à construção de um projeto plural e coerente de sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: Filosofia do Direito, Teoria da Decisão Jurídica, Teoria da Integridade, Abordagem Pragmática, Lei da Ficha Limpa.

ABSTRACT

This current masters degree research is located at the legal decision theory field and aims to test two important slopes for the North American legal system towards the Brazilian legal system. With this goal we start with the discretion of Ronald Dworkin's law as integrity theory and Richard Posner's pragmatism, pointing, as a sequence, the most valuable arguments of the discussion between both authors. After putting down the theoretical assumptions which will guide the investigation we will follow to the analysis of four cases from the Supremo Tribunal Federal about the Lei Complementar nº 135/10, popularly known as "Lei da Ficha Limpa". Such analysis will select the arguments thrown by the judges, specially those relating on whether or not the said law at the general elections in 2010 facing the electoral anteriority constitutional principle. The theoretical referentials, when tested at the judges votes, reveal how much the pragmatic approach apart itself from the democratic commitment, insofar as the law as integrity theory may lead us towards the construction of a plural and coherent society project.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela fé que me move e me permite ir além. *“Todos os dons que me destes, com gratidão vos devolvo”*.

Ao Henrique, por poder amar e me sentir amada, por sermos a leveza dos nossos duros dias e por acreditar em mim até quando nem eu mesmo acredito ser capaz.

Ao meu pai, por me ensinar a viver em princípios e coerência, e a minha mãe, por me mostrar a delicadeza da vida na força de ser mulher. Aos meus irmãos, Thiago e Lucas, meu porto seguro, minha fortaleza, na certeza de que serão sempre meu aconchego, onde quer que estivermos. Amo vocês!

Ao meu orientador, professor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, pelo apoio infinito e por acreditar no meu potencial e me fazer buscar sempre mais. Muito obrigada por acreditar em mim!

A todos os professores que se fizeram presente nessa trajetória, em especial Professor Thomas da Rosa Bustamante, Professor Marcelo Cattoni, Professor Emilio Peluso Neder Meyer. Não posso deixar de agradecer aos meus professores da UFJF que me apoiaram no início dessa trajetória, com uma leitura atenta dos primeiros projetos e me dando motivação para o primeiro passo: Professora Joana Machado e Professor Raphael Carvalho de Vasconcelos (paraninfo é para sempre!), muito obrigada.

Ao professor Rodolfo Viana Pereira que, juntamente com toda a equipe do IDDE, me recebeu nessa cidade nova, me acolheu e me incentivou nesse projeto de vida acadêmica. Se estou onde estou, é graças ao seu apoio e amizade.

Aos novos amigos da FDUFMG, que me fizeram sentir em casa, rindo e chorando juntos e tornando toda essa trajetória mais fácil: Daniel, Rafa, Aninha, Mirlir, Ludmila, João Lança, Lais, Thiago, Natalia, Badaró, Tayara, Sandrelise, Fabiana... Ao Deivide, (e também a Kívia, parceira de cafés no fim da tarde) como sempre falamos, você é o melhor presente que a vida em BH me trouxe. Tudo bem que a nossa amizade é baseada nas reclamações cotidianas, cada hora um “chorando as pitangas” e colocando o outro para cima. Você foi espelho para mim: sabia exatamente o que cada momento significava e me dava calma para continuar. Valeu padrinho!

A toda comunidade acadêmica do curso Ciências do Estado e à CAPES, pela prática que agregou conteúdo a este trabalho e a minha vida profissional.

Aos todos os meus alunos, pelo estímulo de cada dia, e por me mostrar que é possível a educação verdadeira e a formação de juristas sensíveis à realidade que os rodeia.

A minha nova família, Maria Teresa, Hugo e Maria Clara, pelo apoio de sempre e por dividirem o Henrique comigo! Vocês também fazem parte dessa caminhada, e a vocês, minha eterna gratidão pelo carinho de filha e irmã. A Melissa,

parceira dos dramas acadêmicos e dos papos altamente politizados e filosóficos, valeu!

Aos amigos de sempre, de colégio, de faculdade, da vida, o melhor que há mim. Agradeço em especial ao Rafael e a Fran, por compartilharem comigo as angústias da vida de um pós-graduando. Aos meus avós por me acharem a pessoa mais inteligente do mundo e assim serem aquele doce alívio quando tudo parece errado. Aos meus tios e primos, pela felicidade do retorno a minha querida Juiz de Fora e pela alegria dos finais de semana.

Muito obrigada!

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1. POR QUE POSNER E DWORKIN?.....	13
CAPÍTULO 2. RONALDO DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	16
2.1. O que é o direito como integridade? Um breve resumo das ideias dworkianas.....	17
2.2. A concepção constitucional de democracia e a leitura moral da Constituição.....	32
2.3. A responsabilidade política do juiz.....	39
CAPÍTULO 3. O PRAGMATISMO DE RICHARD POSNER E O PROBLEMA DO FORMALISMO JURÍDICO.....	46
3.1. A crítica a objetividade e a autonomia do direito.....	46
3.1.1. O “Critical Legal Studies Movement”.....	55
3.2. Indo mais fundo na crítica: o ceticismo moral pragmático.....	65
3.3. A proposta teórica de Richard Posner.....	71
CAPÍTULO 4. O DEBATE ENTRE RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN....	78
4.1. O que Richard Posner diz sobre Ronald Dworkin.....	78
4.2. O que Ronald Dworkin diz sobre Richard Posner.....	81
4.2.1. O argumento final de Dworkin: o caso Bush vs. Gore.....	89
CAPÍTULO 5. ENTRE A LEITURA MORAL E O PRAGMATISMO: UM ESTUDO DE CASO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	92
5.1. Um estudo de caso: a lei da Ficha Limpa, combate à corrupção, anterioridade eleitoral e irretroatividade da lei.....	92
5.2. Os argumentos dos primeiros casos da Lei da Ficha Limpa.....	96
5.3. O que a prática jurídica pode nos revelar?.....	111

CAPÍTULO 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	125

CAPÍTULO 1. POR QUE POSNER E DWORKIN?

O presente trabalho tem como finalidade testar duas importantes teorias do direito norte-americano ao contexto jurídico brasileiro. De um lado, a teoria da integridade elaborada por Ronald Dworkin, e de outro, a análise econômica do direito de Richard Posner¹.

O debate sobre a hermenêutica constitucional nos Estados Unidos atingiu outro patamar após John Hart Ely afirmar que a teoria do direito deveria ir além da dicotomia entre interpretativistas e não-interpretativistas. A primeira corrente defendia uma postura mais conservadora, em que juízes deveriam buscar o significado explícito do texto da lei, ou ao menos, claramente implícito. Já a segunda corrente defende que os magistrados devem ir além do texto constitucional,

¹ Já nessa entrada é importante fazer um esclarecimento quanto à exclusão de um importante autor do movimento anti-teórico norte americano, qual seja, Adrian Vermeule. Vermeule envereda por caminho semelhante ao de Richard Posner, porém, apresentando uma resposta teórica mais refinada do que a deste. Exponente do chamado empirismo jurídico, defende que teorias abstratas da democracia e demais conceitos políticos são muito abstratos para ser utilizados pelo intérprete como opções interpretativas, sendo mais plausível a realização de uma análise empírica das capacidades interpretativas de cada instituição encarregadas de ler e aplicar a Constituição, bem como os efeitos sistêmicos da interação entre elas. Admite que qualquer teoria interpretativa precisa de um aporte de uma teoria moral, mas argumenta que tais teorias envolvem conceitos demasiadamente abstratos o que torna fundamental uma análise empírica que toque um ponto mínimo comum entre as teorias disponibilizadas ao intérprete. A teoria da integridade seria construída sobre pressupostos imaginários que não trazem resultados práticos benéficos aos problemas de interpretação, principalmente por supor que há uma ligação automática entre o nível teórico e o nível operacional. Ao revés, para além das teorias adotadas por cada intérprete, é possível que esses entrem em acordo quanto às estratégias interpretativas a serem adotadas num nível mais baixo, o nível operacional. A busca por uma razão da teoria jurídica produziria a chamada “nirvana falacy” com uma idealização exacerbada das capacidades do judiciário, em detrimento de uma descrença na superioridade epistêmica do legislativo. Como o presente trabalho partiu, no seu início, do marco teórico da teoria da integridade, julgamos ser oportuno trabalhar aqui, inclusive pelas limitações acadêmicas que são próprias de uma dissertação de mestrado, apenas com o interlocutor direto de Ronald Dworkin nesse debate, que é Posner. Adianta-se, porém, que o projeto de pesquisa a ser desenvolvido em sede de doutorado nessa mesma instituição, e já aprovado no respectivo processo seletivo, já inclui o novo marco teórico do empirismo jurídico, de forma a aprofundar o trabalho aqui desenvolvido. Para uma boa síntese do tema, em correlação com as teorias de Dworkin e Posner, ver: BUSTAMANTE, T. R. "Dworkin, Vermeule and Gyorfi on Constitutional Interpretation:Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement (Comment on Gyorfi)". *German Law Journal*, v.14, p. 1109-1146, 2013. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=14&no=8>. Acesso em: 03 jun 2014.

buscando os valores que emanam dos direitos ali postos². O debate atual gira em torno, principalmente, da legitimidade das cortes para concretização de direitos fundamentais. Daí um enfoque necessário na relação entre moral e direito dentro da teoria da decisão jurídica, de forma a se estabelecer novos parâmetros de argumentação jurídica afins com nova situação da hermenêutica pós giro linguístico.

Dessa forma, pretendemos analisar ambas as teorias à luz do direito brasileiro, testando-as nos argumentos lançados pelos magistrados nos primeiros casos da Lei da Ficha Limpa. Iniciamos, no capítulo 2, com um breve resumo da teoria dworkiana, explicitando seus principais pressupostos através das ideias de integridade, leitura moral da constituição e responsabilidade política. Em seguida, passamos à análise econômica do direito de Posner, partindo de sua crítica ao formalismo e ao objetivismo jurídico para chegar a sua proposta teórica pragmática. Demonstramos ali o seu ceticismo moral e seu repúdio ao moralismo acadêmico e à teoria moral como suporte da teoria da decisão judicial. Para finalizar essa primeira parte descritiva, no capítulo 4, apontamos os principais argumentos no debate Dworkin-Posner, de forma a delinear as principais críticas lançadas contra as teorias em análise. Num segundo momento, no capítulo 5, aplicamos todo esse arcabouço teórico aos primeiros julgados no Supremo Tribunal Federal relativos à Lei do Ficha Limpa. Todos eles giram em torno da polêmica constitucional lançada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que, por meio de consulta, declarou que a Lei Complementar nº135/10 deveria ser aplicada às eleições gerais de 2010. A controvérsia surge em face do princípio da anterioridade eleitoral, previsto pelo art. 16, da Carta Magna, que disciplina que alterações no processo eleitoral não podem ter vigência para eleições que venham ocorrer no mesmo ano de sua promulgação.

² Para mais ver ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

O pano de fundo que guia a presente investigação é descobrir qual o real papel do magistrado e como deve ser sua argumentação frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 2. RONALD DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Ronald Dworkin foi um renomado filósofo do direito norte-americano, tendo lecionado Teoria Geral do Direito na *University College of London* e na *New York University of Law*. Atuou como assistente jurídico do juiz Learned Hand, então juiz da corte federal de apelações em Nova York e influente magistrado nos Estados Unidos. Iniciou a carreira de professor na *Yale Law School*, vindo a fixar-se, posteriormente, na *New York University*, com o propósito de ajudá-la a alcançar o posto uma das melhores faculdades do país. Sua obra mais icônica é “O império do Direito”, onde Dworkin lança as bases de sua teoria da integridade, a partir de uma discussão acerca da natureza e do papel da decisão jurídica no direito norte-americano.

No Brasil, a teoria dworkiana ainda é reduzida, muitas das vezes, ao seus artigos *Model of Rules I* e *Model of Rules II*, publicados originalmente em 1967 e 1972, na *University of Chicago Law Review* e na *Yale Law Journal*, respectivamente. Tais artigos foram publicados, posteriormente, na obra *Taking Right Seriously*³, e, apesar de significarem grande marco na carreira do autor, não expressam a grandeza do conjunto da sua obra, tal como seus escritos posteriores. Nesses artigo, Dworkin ficou conhecido pela diferenciação feita entre regras e princípios, tendo sido o mesmo utilizado largamente pela doutrina pátria na distinção com a ponderação de princípios de Robert Alex⁴, e na colocação de ambos autores

3 Traduzido para o português por Nelson Boeira, e publicado pela editora Martins Fontes.

4 Alex, inclusive, parte do *Model of Rules I* para chegar a sua teoria, fortemente adotada no Brasil. Em síntese, para que não nos distanciemos do objeto de estudo do presente trabalho, temos que Dworkin apresenta uma distinção lógico-argumentativa, enquanto Alexy propõe um diferenciação a partir de sua estrutura de aplicação ou de suas características morfológicas. Em “Modelo de Regras I”, temos que regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (um regra, ou é válida ou não é válida, sendo útil ou inútil para a decisão de determinado caso concreto), enquanto princípios possuem uma dimensão extra, de peso ou importância (quando eles se inter cruzam, o conflito será resolvido levando em conta a força relativa de cada

como expoentes de doutrina pós-positivista. A dicotomia entre regras e princípios, porém, situa-se num nível meramente semântico, não trazendo à tona a essência da problemática hermenêutica-interpretativa, sendo necessário aprofundarmos mais leitura à Dworkin, a fim de adentrarmos no cerne de sua teoria da integridade.

2.1. O que é o direito como integridade? Um breve resumo da ideia dworkiana

Na abertura do seu *O Império do Direito*, Dworkin lança uma afirmativa que representa o fio condutor de sua teoria: *“É importante o modo como os juízes decidem os casos. [...] As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer outra norma que provenha do legislativo”* (DWORKIN, 2007, p. 3). O autor então centra sua teoria da integridade na necessidade de se buscar uma justificação suplementar da decisão judicial nos chamados casos difíceis⁵, uma vez que nos casos fáceis, o juiz aplica regras pré-estabelecidas já justificadas pelo seu processo de criação. Questiona-se, aqui, a extensão da autoridade judicial, bem

um) (DWORKIN, 2010, p.39-46). A partir desses pressupostos, Alexy afirma que os princípios são mandados de otimização, aplicados pelo seu critério da ponderação, e as regras, por sua vez, mandados de definição, aplicadas via subsunção. Resta enfatizado o elemento discricionário, uma vez que a distinção alexyiana confere ao magistrado demasiado poder de escolha. Em Dworkin, não há colisão de princípios solucionada em nível de prioridade, e sim, uma concorrência, no caso concreto, solucionada argumentativamente pelos participantes da discussão, com auxílio da história institucional daquela comunidade. Para mais sobre essa diferenciação em Dworkin e Alexy, v. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodium, 5ª ed, 2013, pp. 237-244; ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 301-311.

5 Uma curiosidade dada por Stephen Guest: nos Estados Unidos o termo hard case, até o surgimento da teoria da integridade, é extremamente difundido sob a conotação negativa de que “casos difíceis fazem jurisprudência ruim” (do inglês: “hard cases make bad law”) (GUEST, 2010, p.11).

como a extensão da obrigação moral e política de um indivíduo obedecer à uma lei criada pelo juiz. Ou seja, quer-se investigar, em última análise, os limites da discricionariedade judicial em um plano de justificação moral.

Para Dworkin, a teoria do direito trata de problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos (DWORKIN, 2010, p. 8-12).

Não se quer dizer que o direito não é um fenômeno social. Ocorre que a complexidade que ele envolve advém de uma característica que o difere dos demais fenômenos sociais: o direito é uma prática argumentativa, onde suas proposições estão em frequente discussão pelos membros da comunidade que o aceita. Dworkin pretende estudar o direito a partir da perspectiva do participante, de um ponto de vista interno que exclui a perspectiva histórica/sociológica. Toma como referencial o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista dos juízes, por entendê-lo como um bom paradigma para exploração da prática jurídica como um todo, onde podemos encontrar argumentos explícitos que informam a questão central⁶ (DWORKIN, 2007, p. 17-19).

Os membros de uma comunidade compartilham práticas e tradições e as interpretam da melhor maneira que julgam a fim de aplicá-las às circunstâncias concretas, desenvolvendo uma complexa atitude denominada por Dworkin de *atitude interpretativa*. O direito enquanto prática argumentativa é mais um dos conceitos interpretativos de uma comunidade. E para tomarmos essa postura interpretativa é necessário que tenhamos em mente uma teoria da interpretação que nos auxilie

6 “Os filósofos do direito discutem sobre o fundamento interpretativo que qualquer argumento jurídico deve ter. Podemos reverter essa questão. Qualquer argumento jurídico prático, não importa quão detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros. Desse modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito.” (DWORKIN, 2007, p. 113)

nesse empreendimento⁷. Dessa forma, Dworkin coloca o direito como um conceito que se utiliza de uma interpretação criativa, a exemplo do que se dá com a interpretação artística de obras de arte e literatura. Assim o enquadra para diferenciar da interpretação científica, aquela que se dá através da análise precedida por uma coleta de dados, e principalmente, para distanciá-la da chamada interpretação conversacional, que busca as intenções da comunicação social através de sinais como a fala e o corpo. A interpretação criativa é, por excelência, uma interpretação construtiva, que se preocupa com o propósito de um objeto e não com a causa deste. Uma prática social se desenvolve sim a partir da soma de atos individuais, mas sua interpretação se afasta desses atos isolados para ter como objeto a prática em si, o que ela representa coletivamente (DWORKIN, 2007, p.55-80). Devemos ler tal prática social, portanto, a sua melhor luz. Significa localizar o argumento moral como ingrediente essencial do argumento jurídico, a partir da premissa de que o direito pode ser tido como uma justificação moral para coerção do Estado, impondo a este o dever de tratar seus cidadãos com igual consideração e respeito (GUEST, 2010, p. 33-39).

Para estudar a interpretação construtiva como instrumento ao estudo do direito enquanto prática social, Dworkin estabelece uma distinção analítica de três etapas da interpretação⁸. Primeiro há uma etapa “pré-interpretativa”⁹, em que ocorre a identificação dos padrões que poderão oferecer o conteúdo experimental da prática. Exige-se, aqui, um alto grau de consenso nessa comunidade interpretativa, para que a atitude interpretativa tenha sucesso. A segunda etapa é a interpretativa,

7 “[...] se uma comunidade faz uso de conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos.” (DWORKIN, 2007, p. 60)

8 Dworkin alerta: “Em minha sociedade imaginária, a verdadeira interpretação seria muito menos deliberada e estruturada do que sugere essa estrutura analítica” (DWORKIN, 2007, p. 82).

9 Entre aspas, pois explica o autor que algum tipo de interpretação se faz necessário já aqui nessa etapa.

em que o intérprete busca uma justificativa geral para os itens da prática social encontrados na primeira etapa. Por último, há uma etapa pós-interpretativa, em que o intérprete ajusta sua ideia daquilo que a prática requer para servir à justificativa encontrada na etapa anterior, de modo a adequar seu caso ao padrão estabelecido (DWORKIN, 2007, p.81-82).

Nesse ponto, cabe a diferenciação feita pela filosofia contemporânea entre conceito e concepção. Nossos debates sobre nossa prática jurídica são como a estrutura de uma árvore: em geral, as pessoas concordam com proposições mais genéricas e abstratas sobre o direito (formando assim o nosso tronco), mas divergem quanto às especificações ou quanto a subinterpretações daquelas proposições abstratas (o que forma os galhos):

O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base ideias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida. Expor essa estrutura pode ajudar a aprimorar o argumento, e, de qualquer modo, irá melhorar a compreensão da comunidade acerca de seu ambiente intelectual. (DWORKIN, 2007, p. 87)

Visualizando o direito como um conceito interpretativo, cujas concepções são dadas construtivamente, a partir daquilo que a prática de uma determinada comunidade seleciona, temos uma abertura para construirmos uma nova teoria do direito. Dworkin extrai da filosofia do direito o que ele chama de agulhão semântico, argumento segundo o qual um debate só pode existir quando os participantes aceitam os mesmos critérios para decidir se uma posição é fundada ou não¹⁰. Pelo agulhão semântico, ao decidirmos sobre a veracidade de uma

10 No exemplo de Dworkin, “*Eu e você só podemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um*

proposição do direito, não pode haver nenhum desacordo sobre o que é o direito. O autor afirma que essa é uma característica das chamadas teorias semânticas do direito, teorias que atribuem critérios linguísticos para verificar as proposições jurídicas, de modo a ligar à palavra direito a um fato histórico puro e simples.

Um das teorias semânticas do direito a serem examinadas pelo autor é o positivismo, tendo Dworkin iniciado a construção de sua teoria através de uma investigação acerca dessa corrente jusfilosófica dominante à época. Elenca três preceitos-chaves para descrever, genericamente, a posição tomada por um jurista que adira essa concepção, de forma a criar um esqueleto positivista¹¹. O primeiro seria a noção de que o direito é um conjunto de regras especiais, utilizado para verificar qual comportamento será punido ou coagido pelo estado. Essas regras podem ser identificadas a partir do que Dworkin chama de um *teste de pedigree*¹²: não se investiga aqui o seu conteúdo, mas sim a forma com a tais regras são adotadas. A segunda característica comum nos informa que, se o direito é um conjunto de regras, tal qual coloca o primeiro preceito, e se um indivíduo não encontra seu caso claramente encoberto por alguma dessas regras, estamos diante de um caso que não pode ser decidido mediante a aplicação do direito. Resta então, ao juiz, decidir “exercendo seu discernimento pessoal”, ficando autorizada o uso da discricionariedade¹³. O terceiro e último preceito-chave diz que só existe uma

panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de Moby Dick não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda.” (DWORKIN, 2007, p. 55)

- 11 Como Dworkin bem alerta, este é apenas um esqueleto do positivismo, sendo, portanto, uma descrição de cunho generalizante. “A carne é distribuída diferentemente por diversos positivistas e alguns chegam mesmo a rearranjar os ossos.” (DWORKIN, 2010, p. 29).
- 12 “As diferentes versões [de positivismo] diferem, sobretudo, na sua descrição do teste fundamental de pedigree que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica” (DWORKIN, 2010, p. 29) Por exemplo, em Austin temos a autoridade do soberano, enquanto em Hart temos a sua regra de reconhecimento.
- 13 Dworkin alerta que o conceito de discricionariedade possui um pano de fundo de aplicação claro: quando alguém é encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma autoridade, ou seja, quando há um espaço vazio circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito

“obrigação jurídica” quando há um caso enquadrado numa regra jurídica. Na ausência de tal regra jurídica, e no uso do recurso da discricionariedade pelo juiz, não estamos diante de um direito jurídico (DWORKIN, 2010. p. 27-28).

Dessa forma, para os casos difíceis, ou seja, aqueles em que não há claramente uma regra jurídica a ser aplicada, o positivismo inclui o uso do poder discricionário, havendo ali a criação de novos direitos que serão retroativamente aplicados ao caso concreto. É nesse ponto que vai se situar a principal crítica de Dworkin à teoria da decisão positivista. Assim, temos que contra a originalidade judicial e contra os argumentos de política, pesa dois argumentos democráticos fundamentais: a ideia de que uma comunidade deve governada por indivíduos eleitos pela maioria, e que, por essa razão, juízes não podem criar leis, já que não são eleitos, e a ideia de que ao criar uma nova lei, um juiz o faz no caso concreto, aplicando-a retroativamente para as partes ali envolvidas.

Há dois tipos de argumentos que podem ser utilizados quando falamos em decisão jurídica num sentido lato (o que incluiria as decisões tanto dos magistrados no curso de um processo, quanto as escolhas feitas pelo poder legislativo no momento de elaboração das leis). De um lado temos os **argumentos de política** que são aqueles que fomentam um objetivo coletivo da comunidade, e de outro, os **argumentos de princípio** que garantem um direito individual ou de um grupo¹⁴. A sua tese defende que as decisões judiciais, inclusive nos casos difíceis,

relativo, afetado sempre pelas características do contexto (precisamos delimitar quais são os limites, quem é a autoridade, e assim por diante). Daí falarmos em dois sentidos para o termo. Discricionariedade em sentido fraco indica que os tais padrões não serão aplicados mecanicamente, exigindo o uso da capacidade de julgamento, ou que a decisão a ser tomada não é passível de revisão por outra autoridade. Por sua vez, discricionariedade em sentido forte, indica um uso do termo em sentido que não há a limitação de padrões dado por outra autoridade, mas apenas padrões abstratos de eficácia, racionalidade e equidade. O autor acredita, que no caso de uma teoria positivista, teremos aplicação do sentido forte do termo, de onde partirá a crítica formadora de sua teoria da integridade. Para mais ver, DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 50-63.

14 Dito de outra maneira, argumentos de princípio descrevem direitos, enquanto argumentos de política descrevem objetivos. Tal distinção se assemelha com a proposta de Klaus Günther, onde ele desenvolve o

não devem ser geradas pelo primeiro tipo de argumento, e apenas pelos argumentos de princípio, não transformando, assim, o juiz em um legislador segundo. Ambos os tipos de argumentos justificam uma decisão política, uma vez que o direito é um “*compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade*” (DWORKIN, 2010, p. 133). Dado esse significado, temos que a decisão jurídica também é uma decisão política, que se une a um sistema de direitos que reafirma o direito de uma comunidade como um todo, tornando essa decisão compatível com o conjunto de decisões anteriores e com o próprio direito em sua completude, como indica a doutrina da responsabilidade política. A história institucional age como um componente do juízo político dos juízes, tornando plausível sua decisão (DWORKIN, 2010, p. 128-136). E somente os argumentos de princípio pode preservar essa responsabilidade política no momento da decisão jurídica. Como diz Dworkin,

A doutrina [da responsabilidade política] requer, poderíamos dizer, uma consciência articulada. Tal exigência, contudo, é relativamente fraca quando se trata de políticas. As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. Da doutrina da responsabilidade não se depreende, portanto, que, se o poder legislativo conceder um subsídio a um fabricante de aeronaves num dia, ele deva conceder um subsídio a outro fabricante no dia seguinte. No caso dos princípios, contudo, a doutrina insiste na aplicação da consciência distributiva a todos os casos, pois não admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão. (DWORKIN, 2010, p. 137-138)

que chamou de *senso de adequabilidade*, para demonstrar que em sede de aplicação de princípios os discursos devem se fundamentar na necessidade de adequabilidade, demonstrando assim a existência de dois níveis discursivos com diferentes tipos de racionalidade: **(a) os discursos de justificação e (b) os discursos de aplicação**. Segundo Rodolfo Viana Pereira, o primeiro é “tipicamente legislativo, cuja dimensão de *validade* é afirmada a partir da sua possibilidade de universalização em face da abstração artificial das diferentes situações de aplicação”, enquanto o segundo são “tipicamente jurisdicionais e executivos, cuja dimensão de *adequabilidade* é afirmada a partir da possibilidade de sua individualização em face da consideração de todas as circunstâncias concretas envolvidas no momento da aplicação” (PEREIRA, 2007, p.159).

Tomando essa diferenciação como pressuposto, Dworkin indaga como um juiz poderia desenvolver, nos casos concretos, aquilo que o direito requer. Para tanto, cria a figura metafórica do juiz Hércules, “*um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas*”, representativo da jurisdição norte-americana (DWORKIN, 2010, p. 165). Para entendermos como o juiz Hércules decide, o autor examina sua atuação num caso hipotético. Supõe-se que exista uma Constituição escrita na jurisdição de Hércules, que disciplina que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião, e que o legislador tenha criado uma lei que assegure o transporte escolar gratuito às crianças das escolas paroquiais. Pergunta-se: a concessão institucionaliza uma religião? Para responder essa pergunta, Hércules precisa elaborar uma teoria político-constitucional completa (lembrem-se, ele é Hércules), que justifique a Constituição como um todo e que se ajuste às suas regras. Isso porque,

A Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade de acordo com esse sistema, e devem assumir seus encargos [...] (DWORKIN, 2010, p. 166).

Portanto, não pode incluir em sua teoria um direito preferencial a uma religião, mas há permissão para estabelecer dispositivos específicos a respeito da religião. Restam-lhe duas teorias a serem escolhidas: uma, na qual é errada a promulgação de uma lei que leve a uma grande tensão ou desordem social, e outra, em que é errado violar um direito preferencial de liberdade religiosa. Nesse ponto, Hércules deverá “*voltar-se para as outras regras constitucionais restantes e para as práticas estabelecidas no contexto dessas regras, para ver qual dessas duas teorias se harmoniza melhor com o sistema constitucional como um todo.*” (DWORKIN, 2010, p. 167). Deve se perguntar ainda:

Um direito à liberdade religiosa inclui o direito de não termos nossos impostos utilizados para nenhum objetivo que ajude uma religião a sobreviver? Ou simplesmente, de não termos nossos impostos utilizados para beneficiar uma religião as expensas de outra? (DWORKIN, 2010, p. 167).

Hércules, então, deve ver a questão não só como uma questão de ajustamento entre regras e princípios do direito, mas também como uma questão de filosofia política, para encontrar uma resposta que se encaixe a uma ideia geral de liberdade religiosa. Assim, Hércules deve ir gerando várias teorias, tanto ligadas à filosofia política, quanto aos direitos jurídicos e institucionais, testando-as com os aspectos mais amplos do sistema e da comunidade na qual ela é formada.

E qual é o papel da legislação e do precedente na atuação do juiz Hércules? Vejamos. Uma lei pode alterar o direito, por se tratar de um fundamento próprio da teoria constitucional. A Constituição dá competência para que um grupo, eleito democraticamente, tome decisões coletivas sobre as condutas de determinada sociedade, não só em termos de restrições à direitos individuais, mas também com base no *“dever geral de lutar por metas coletivas que definam o bem-estar público”* (DWORKIN, 2010, p. 169). Dessa forma, o juiz Hércules, ante um caso concreto, busca uma interpretação que se liga da melhor forma à linguagem utilizada pelo poder legislativo, justificando a aplicação da lei à luz dessa responsabilidade institucional do legislador. Em relação ao precedente, Dworkin fala de uma *força gravitacional* que tais decisões anteriores exercem no momento de formação de uma nova decisão. Os juízes, em geral, podem discordar sobre o que é essa força e sobre que interpretação dar ao precedente. Mas é unanimidade a sua existência. E tal força gravitacional é explicada em razão de um apelo a equidade, na necessidade de se tratar os casos semelhantes da mesma maneira. Logo, a força gravitacional se limita à extensão dos argumentos de princípios pertinentes

para justificar uma decisão. Isso porque um argumento de política não é capaz de exercer tal força, ficando seu valor restrito aos casos que abarcam termos bem específicos do precedente. *“A força distributiva de uma meta coletiva [...] é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral”* (DWORKIN, 2010, p. 177).

Se anteriormente falamos em buscar uma concepção de direito que apreenda a grandeza de sua prática argumentativa, resta descobrir a concepção a qual o juiz Hércules melhor se ajusta. Se *“o direito de uma comunidade é um sistema de direitos e responsabilidades que autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado”* (DWORKIN, 2007, p. 116), é esperado um grande número de posições antagônicas sobre o que esses direitos e responsabilidades são e representam. Grande é o número de práticas jurídicas de uma comunidade, como legislaturas, tribunais e organismos administrativos dos mais diversos, o que torna possível a identificação de várias interpretações abstratas do que o seja o direito (DWORKIN, 2007, p. 112-118). Dworkin seleciona três concepções do direito que pretende analisar¹⁵. Cada concepção estabelece suas distinções entre argumento jurídico e argumentos não-jurídicos, criando a sua justificativa para coerção de Estado gerada pelas decisões políticas. Uma justificativa para o uso do poder coercitivo é, portanto, o conceito de direito, o núcleo comum que tais concepções compartilham.

A primeira concepção é o convencionalismo, que busca legitimação nas decisões do passado capazes de trazer o consenso entre juristas que defendam ideologias diferentes (FERNANDES, 2008, p. 207). Tem-se no respeito e na

15 Dworkin informa que o agrupamento que faz é novo, não tendo a intenção de rivalizar com as tradicionais escolas doutrinárias, e que talvez nenhum filósofo do direito as defenderia da forma que ele coloca. *“Cada uma delas, porém, capta temas e ideias importantes nessa literatura, agora organizados como afirmações interpretativas, não semânticas, e o debate entre elas é portanto, mais esclarecedor do que as velhas batalhas dos textos.”* (DWORKIN, 2007, p. 118)

aplicação de convenções jurídicas estipuladas pelas instituições que tem o poder de elaborá-las, sua melhor ideia de como se compreender a prática jurídica e o direito como um todo. Nos casos difíceis, tem-se uma abertura para o exercício da discricionariedade do juiz, podendo este buscar justificativa para sua decisão para além do conteúdo das leis e da jurisprudência¹⁶. Tal autorização vem da diretiva de que “[...] *não existe direito decorrente de decisões tomadas no passado – a não ser aquele que é extraído de tais decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção [...]*” (DWORKIN, 2007, p. 144). A falha de tal concepção está justamente em seu aspecto negativo: só existe direito extraído das decisões do passado. Há um apego à segurança jurídica através da utilização de convenções jurídicas, mas esse “ideal de expectativas asseguradas” resta comprometido com a discricionariedade dos casos difíceis e pela própria forma na qual os magistrados interpretam o conjunto de regras de uma sociedade.

A segunda concepção do direito é chamada de pragmatismo. Tal concepção nega que as decisões do passado ofereçam, por si só, uma justificativa para o uso da coerção pelo Estado. Sua justificativa está na eficiência que a decisão coercitiva é capaz de produzir. Há que ser levado em conta, aqui, um elemento estratégico da decisão, estando esta sempre condicionada a produzir, a longo prazo, consequências positivas para a sociedade (FERNANDES, 2008, p. 209). Os juízes são estimulados a decidir segundo suas próprias ideologias, selecionando uma, dentre as várias noções de boa comunidade, de forma a se alcançar um conceito mais próximo de sociedade imparcial, justa e feliz (DWORKIN, 2007, p. 186). Os

16 Fica nítido a semelhança na descrição dessa concepção de direito com as teorias semânticas anteriormente citadas por Dworkin: “*Mas há uma importante diferença. As teorias semânticas afirmam que a descrição que acabamos de apresentar se concretiza e se aplica por meio do próprio vocabulário jurídico, de modo que seria uma espécie de autocontradição dizer que o direito confere direitos para além daqueles estabelecidos por mecanismos sancionados por convenção. A concepção convencionalista do direito, ao contrário, é interpretativa: não faz nenhuma afirmação linguística ou lógica dessa natureza.*” (grifo nosso) (DWORKIN, 2007, p. 144)

pragmatistas acreditam que assim nos aproximaremos mais da coerência do que através da leitura de decisões passadas do judiciário ou do legislativo. É, portanto, uma concepção cética do direito: os direitos de uma pessoa são “direitos como se”, ou seja, um pano de fundo para uma falsa justificativa dos juízes, que ao final, decide estrategicamente, em prol de uma sociedade melhor, independentemente desse suposto direito. A atuação, aqui, é em busca do bem-estar coletivo, afastando-se de uma coerência de princípios em favor desse agir estratégico.

A terceira concepção, criada e endossada por Dworkin, é a integridade. Para explicá-la, o autor inicia afirmando que os grandes clássicos da filosofia são utópicos, tendo estudado a justiça social sob a perspectiva de um Estado idealizado. Desconsideram, assim, que as pessoas reais vivem uma vida política comum, atuando dentro de estrutura política real, que visa alcançar um Estado justo. Ambas teorias, clássica e real, compartilham as virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo¹⁷. Mas a política real acrescenta um novo ideal ao grupo das virtudes, não encontrado nas teorias políticas clássicas: a virtude da integridade política.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade

17 “(Esses nomes são um tanto arbitrários; outros são comumente usados em filosofia política, e às vezes uma das virtudes que distingo é tratada como exemplo de alguma outra. [...]) Em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político da maneira adequada. Em termos gerais, isso atualmente remete – ao menos nos Estados Unidos e na Inglaterra – a procedimentos e práticas que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam. A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificado. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação.” (DWORKIN, 2007, p. 200-201)

corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção.” (DWORKIN, 2007, p. 202).

Esse princípio da integridade, aplicado à prestação jurisdicional, representa a terceira concepção de direito. Pressupõe uma personificação profunda da comunidade política, como se ela fosse uma entidade distinta dos seus cidadãos considerados individualmente (DWORKIN, 2007, p. 204). A legitimidade política dessa comunidade personificada, não é encontrada no campo dos contratos, dos deveres da justiça ou da ideia de jogo limpo, mas sim no campo da fraternidade. A comunidade política possui uma obrigação em seu seio, semelhante com o que ocorre com a família, a amizade e outras formas íntimas de associação humana (DWORKIN, 2007, p. 249-250). O modelo de comunidade que a integridade pressupõe é um modelo baseado em princípios¹⁸. Uma comunidade política genuína só pode ser formada quando seus membros aceitam que seus destinos estão ligados por princípios comuns, que os governam e regem a prática local. A política, nesse cenário, é a arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar. Os membros de uma comunidade de princípios aceitam a ideia de que seus deveres e direitos políticos dependem do sistema de princípios que cada decisão particular endossa. Assim, cada indivíduo aceita a integridade, ainda que eventualmente discordem sobre a moral política a ser seguida.

A coerência que a integridade exige vai além do que Dworkin chama de “consistência pura”. Aquela determina uma consistência em princípio, a expressão

18 O autor afirma haver três modelos gerais de associação política que uma comunidade pode querer adotar. O modelo da comunidade de princípios se opõe a outros dois: a) uma comunidade que trata sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, onde as pessoas se veem apenas como instrumentos para atingirem seus próprios fins; b) uma comunidade baseada num modelo de regras, com o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas a partir de uma formalidade colocada por seus membros (DWORKIN, 2007, p. 252-259).

de uma visão única e abrangente da justiça, enquanto esta é puramente a ausência de contradição lógica entre duas proposições jurídicas. A coerência segue a lógica da consistência, mas acrescenta a ela critérios adicionais de certo e errado, só podendo ser compreendida num ideal de comunidade baseado numa visão única de justiça: a fraternidade (GUEST, 2010, p. 46-48).

Dessa forma, o direito como integridade *“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”* (DWORKIN, 2007, p. 273). Possuem duas perspectivas: por se tratarem de opiniões interpretativas, se voltam tanto para o passado, quanto para o futuro, como uma política em constante desenvolvimento. Juízes devem compreender os direitos a partir do pressuposto de que foram criados pela comunidade personificada, como derivação dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade. E é essa característica, do direito como um conceito interpretativo, que difere essa terceira concepção do convencionalismo e do pragmatismo. Segundo o autor, esse dois últimos se oferecem *como* interpretações, recomendando, através de conclusões pós-interpretativas, seus respectivos programas de deliberação judicial. Não são, em sim, programas *de* interpretação, já que não recomendam aos juízes que façam, nos casos difíceis, exames interpretativos da doutrina jurídica. O convencionalismo indica que os juízes devem estudar as decisões jurídicas e legislativas passadas, como fonte de resposta para os casos concretos, enquanto o pragmatismo exige que os magistrados pensem no direito como um instrumento para se alcançar as melhores regras para o futuro. Já o direito como integridade é produto da interpretação da prática jurídica, que pede aos juízes uma contínua interpretação de

suas respostas, ainda que se acredite ter tido sucesso no caso difícil (DWORKIN, 2007, p.272-273).

A história exerce um papel fundamental e pontual no direito como integridade, intimamente ligado à ideia de coerência. O direito pode ser lido através de um sistema de princípios interligados que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado. *“O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo determine”* (DWORKIN, 2007, p. 274). Os princípios aceitos por uma comunidade se ajustam a prática jurídica, justificando-a. A história, dessa maneira, *“[...] é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores”* (DWORKIN, 2007, p. 274). Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia, para explicar essa interpretação encadeada do direito. Na interpretação criativa, os juízes impõem um propósito sob o texto, tendo como base a tradição na qual está situado, e permitindo que as decisões futuras repitam essa cadeia interpretativa. Os juízes, então, agem como um grupo de escritores que pretendem escrever, em conjunto, uma só obra, cada um escrevendo um capítulo, de forma a criarem um produto coeso, como se realizado por uma só pessoa. O direito como integridade pode ser visto nessa metáfora do romance em cadeia. Em toda a sua complexidade, essa terceira concepção de direito, exige que nossas práticas jurídicas sejam interpretadas como realizadas por uma comunidade personificada, onde cada membro leve a sério suas responsabilidades de continuidade. Assim, haveria a busca de uma resposta correta¹⁹, a qual a integridade

19 A despeito de alguns críticos da resposta correta de Dworkin, Álvaro Ricardo de Souza Cruz ressalta que ela se encaixa na nova racionalidade do giro linguístico-pragmático, devendo o conceito ser lido à luz do romance em cadeia e localizado dentro dessa reviravolta filosófica, e não como um método positivista que idealisticamente traz segurança e certeza para nossa prática jurídica. *“Com essa perspectiva, resta evidente que a decisão não é uma, ou seja, um ato. A decisão é procedimento. Quando lermos um processo, a decisão se apresenta nós como um acontecimento, como um fenômeno. Esse insight, esse clique, essa clareira se*

exige como forma particular da coerência requerida, através de decisões jurídicas e legislativas tomadas de acordo com a comunidade de princípios que cada sociedade comunga: a melhor resposta de acordo com as nossas práticas jurídicas e sociais.

2.2. A concepção constitucional de democracia e a leitura moral da Constituição

Na obra *Freedom's Law*²⁰, publicada em 1996, Ronald Dworkin vai descrever um “*método particular de ler e executar uma constituição política*” (DWORKIN, 2006, p. 2), chamado de *leitura moral da Constituição*. Veremos, então, que a Constituição exerce um papel fundamental na concepção do direito como integridade, vindo esse “*método*” a adensar a já descrita interpretação construtiva das proposições jurídicas. Isso porque as Constituições elencam uma série de direitos em uma linguagem abstrata, fazendo referência constante a princípios morais relativos à justiça, inserindo a moralidade política no âmbito do direito constitucional (DWORKIN, 2006, p. 2).

Aqui cabe um parêntese para esclarecer nosso posicionamento acerca da utilização do método pela ciência jurídica, bem como informar o sentido

apresenta a nós sem que possamos explicar essa ocorrência. [...] Então, treinados ostensivamente desde a Faculdade de Direito a lidar com os métodos (subsunção, ponderação, etc.), redigimos 'racionalmente' o voto, a sentença, que é o ente do 'seer' da decisão, sem dar conta que a sentença está apenas justificando (traduzindo para uma linguagem técnica) aquilo que se deu a nós como fenômeno. [...] A reviravolta exige que indaguemos como o Direito pode se abrir para a Moral, para a Ética e para argumentos pragmáticos. O círculo hermenêutico abre a sua faticidade e transcendência ao questionamento da forma como se deu a decisão fenomenológica, pois agora o intérprete pode criticar o acontecer de sua compreensão e sua disposição afetiva. [...] A urgência do método cede espaço para a ação do tempo diacrônico com o qual aquele que aprecia a demanda pode rever aquilo que se apresentou de imediato como resposta. [...] Por conseguinte, a re viravolta linguística não fornece um trajeto para se chegar diretamente à 'resposta correta', mas indica quais são os caminhos que não devem ser tomados. A consecução da 'pretensão de correção' se faz de modo dialético, como mecanismo de alerta para aquilo que não deve ser tentado ou repetido.” (CRUZ, 2011, p. 233-235)

20 No Brasil, “O direito de liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana”, com tradução para o português por Marcelo Brandão Cipolla, pela editora Martins Fontes.

na qual Dworkin se apropria da palavra. Falamos em “método”, entre aspas, para sinalizar a superação da sua utilização como fonte para alcançar a verdade sobre o conhecimento de determinado objeto, possibilitada pelo giro hermenêutico-pragmático. A partir de Wittgenstein e de Gadamer, a filosofia passa por uma reconstrução, rompendo com o paradigma de racionalidade anterior, com raízes no Iluminismo, e com a crença de que a razão humana é ilimitada. Não há, dessa forma, método que *“desvele os objetos e nos mostre-os de forma pura, absoluta e total [...], sendo o nosso olhar permeado pela 'historicidade' e, portanto, sempre socialmente condicionado”* (FERNANDES, 2013, p. 174). Dworkin e sua teoria se adequam a novo paradigma da linguagem, situando o conhecimento na prática de uma sociedade, com a exigência de respeito sua à história institucional e de abertura para as decisões futuras. É nesse novo sentido que Dworkin fala de método para leitura moral da Constituição. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em suas investigações sobre a resposta correta, faz a seguinte consideração sobre a utilização do método, que obviamente pode ser estendida para a questão ora em análise. Vejamos:

Nesse sentido, seria correto dizer que não há método para se indagar sobre a 'resposta correta'? Tanto o 'sim' quanto o 'não' cabem como resposta aqui. Se a questão trata o 'método' como um caminho sequencial, previamente concebido, típico da Filosofia da Consciência, pela qual o sujeito molda o mundo ao conhecê-lo, certamente não há método, tal qual bem coloca Hans-Georg Gadamer. Nessas condições, o método passa a ser um modo de referendar uma decisão previamente tomada, uma mera justificativa do decisionismo do intérprete. [...] Por outro lado, se o sentido de 'método' passa a ser renovado, deixando de lado os pressupostos totalizantes do mentalismo e do sujeito cognoscente, [...] a Fenomenologia passa a ser considerada uma forma de método inteiramente renovada por uma racionalidade também original. (CRUZ, 2011, p. 232)

Retomando ao tema em análise, temos que esse “método” da leitura moral da constituição deve ser realizado, principalmente, por aquele a quem o documento jurídico compete sua interpretação final. Nos Estados Unidos é a

Suprema Corte, e no Brasil, temos no Supremo Tribunal Federal o seu guardião precípuo, conforme disciplina o art. 102, caput, da Carta Magna brasileira. A leitura moral não é algo revolucionário, alerta Dworkin. Quando juízes optam por uma determinada estratégia para interpretar a Constituição, eles estão fazendo uso da leitura moral. Ela está arraigada na prática constitucional, sendo utilizada para interpretação dos grandes valores morais que o texto da Constituição traz. A história institucional de uma sociedade elege, através do tempo, princípios morais que deverão ser utilizados pelos juristas nos casos concretos. Não há mais aqui a distinção entre direito e moral, uma vez que o direito se encontra na dependência desses princípios morais (DWORKIN, 2006, p. 2-4).

A acusação que se faz a essa leitura moral realizada pelos juízes é de que ela fere a soberania moral do povo, uma vez que entrega a uma elite profissional as questões mais sensíveis de determinada sociedade. Em raciocínio semelhante, é comum a frustração de políticos que fazem a indicação de juízes para os Tribunais do país com as decisões tomadas por esses. Isso acontece por eles não entenderem o sentido da leitura moral da Constituição e a importância de se compreender o verdadeiro caráter de um sistema constitucional, que orienta a prática decisória de uma comunidade. (DWORKIN, 2006, p. 4-9). A visão de que a leitura moral é elitista, antirrepublicana e antidemocrática está intimamente ligada à relação que habitualmente se faz entre democracia e vontade da maioria.

Dworkin afirma existir duas limitações importantes à liberdade de ação de um juiz que realiza a leitura moral aqui defendida. Primeiramente, temos o filtro da história, que impõe que uma interpretação constitucional focada no que os autores do texto disseram. Não é no sentido de se buscar as suas intenções, mas sim de uma limitação encontrada no texto escrito, no contexto em que foram ditas e

em outras especificidades que podem determinar nosso entendimento.

Somos governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios (DWORKIN, 2006, p. 15).

A segunda limitação é a exigência de integridade constitucional, revelada, principalmente, na metáfora do romance em cadeia. Os juízes não podem decidir com base em suas próprias convicções, traduzindo os princípios morais abstratos da Constituição como juízos morais particulares. Há a obrigação de uma decisão que seja ligada por um fio lógico comum, coerente com todas as outras decisões já tomadas e com as que ainda não se surgiram.

Os juízes devem submeter-se à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais [...] que se encaixe ao conjunto da história norte-americana. Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico. É claro que os juízes podem abusar de seu poder – podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la. Mas o fato é que os generais, presidentes e sacerdotes também podem abusar do seu poder. A leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso (DWORKIN, 2006, p. 16).

Esse segundo pressuposto da leitura moral da Constituição, liga o poder judiciário à doutrina, à academia. Juízes devem ter como seu principal motor de ação o aspecto intelectual do direito, se afastando assim do motor político, típico das decisões legislativas. A integridade no direito, então, atua como um princípio superior e independente: a) em primeiro lugar, exige que a decisão judicial seja tomada com base em princípios, e não em acordos ou estratégias políticas; b) em segundo lugar, a integridade se aplica verticalmente, determinando que uma afirmação jurídica em torno de um princípio seja fundamentada através da coerência

com todos os precedentes e com as principais estruturas do arranjo constitucional; c) por último, a integridade se aplica horizontalmente, impondo a um magistrado que ele dê plena importância a um princípio já aplicado nos demais casos a serem decididos. Não se busca aqui uma uniformidade. O direito como integridade é diferente disso. Seu objetivo é um princípio, a ideia de que não somos governados por um rol de direitos e deveres, mas sim por um ideal que é a essência da vida em comunidade (DWORKIN, 2006, p. 132-134).

E a crítica na qual a leitura moral é antidemocrática? Para rebatê-la, Dworkin vai rever o próprio conceito de democracia. Não existe uma definição unânime sobre o que ela seja, sendo objeto de profundas controvérsias. No campo filosófico, debate-se qual o valor ou objetivo fundamental da democracia. Uma das teses que dominam tal debate é a da *premissa majoritária*. A premissa majoritária informa que os resultados de um procedimento político será justo se a decisão favorecer a maioria dos cidadãos ou muitos deles. Os complexos arranjos políticos devem, segundo tal tese, ter como meta e critério essa ideia de realização da vontade da maioria. A ação coletiva é classificada como estatística, em que as decisões políticas são tomadas de acordo com a vontade de cidadãos individuais que, encarados um a um, formam uma maioria. Não há aqui uma negação de que os indivíduos possuem direitos morais, estando ligado a uma teoria coletivista ou utilitarista. Quem aceita a premissa majoritária aceita também que em certas ocasiões a vontade da maioria não deve predominar, mas sempre qualifica tal situação como injusta, ainda que existam fortes razões para tanto (DWORKIN, 2006, p. 24-25). A acusação que dissemos ser lançada contra a leitura moral da Constituição encontra sua fundamentação nessa premissa majoritária. Ela exerce forte influência sobre os juristas norte-americanos, que acusam de antidemocrática a

revisão judicial das normas, e por consequência, a leitura moral da Constituição.

Dworkin rejeita a premissa majoritária, defendendo em seu lugar uma *concepção constitucional da democracia*. Por ela, as decisões coletivas tomadas pelas instituições políticas de uma comunidade devem dedicar a todos os seus membros, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. A estrutura dessa sociedade é a mesma da premissa majoritária, com eleições populares elegendo a estrutura do Estado. Porém, na concepção constitucional da democracia há a exigência de igualdade de *status* para além do compromisso com a maioria (DWORKIN, 2006, p. 26), sendo a ação coletiva classificada como comunitária, em que as decisões políticas são tomadas por um agente único, o povo, e não pelo conjunto dos indivíduos encarados separadamente²¹. É falsa a noção de que juízes podem utilizar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras, já que as opiniões constitucionais são sensíveis às convicções políticas. E é nesse sentido que funciona a leitura moral: ela exige que os magistrados façam juízos morais, encorajando-os a demonstrarem as bases justificadoras desses juízos, fundamentando-os em princípios que permitam ao público uma participação em cada debate (DWORKIN, 2006, p. 57).

E o que significa ser membro de uma comunidade política, ser membro desse “povo” como entidade própria? O conceito de *participação moral* nos dá essa resposta. O vínculo entre o indivíduo e o grupo, onde aquele possa coerentemente se considerar como um membro deste, é uma questão moral. A concepção constitucional de democracia implica numa noção comunitária de ação coletiva, de

21 Nosso autor chega a afirmar que a insistência em se ver questões morais controversas sendo resolvidas pela política comum pode produzir consequências prejudiciais à democracia, uma vez que tais questões têm “*a peculiar tendência de gerar uma paralisia legislativa que só os tribunais, imunes às pressões dos grupos que defendem interesses especiais, podem romper.*” (DWORKIN, 2006, p. 111).

um autogoverno coletivo²², baseada na participação moral dos seus membros. Dessa forma, esse conceito se situa como uma condição para realização da concepção constitucional de democracia, através de duas qualificadoras: uma do tipo estrutural, que determina as características que uma comunidade deve ter para que possa ser considerada uma verdadeira comunidade política²³; e outra, mais relevante, de relação, que exige que os indivíduos sejam tratados de uma certa forma para que seja considerado membro dessa comunidade²⁴. Nega-se aqui, a acusação feita pela premissa majoritária de que a sua negação comprometeria a liberdade da comunidade, por limitação do poder de agir da maioria. Ao revés, a adesão à uma concepção constitucional de democracia aumenta o âmbito da liberdade e da igualdade com a consequente rejeição da premissa majoritária. Só podemos falar em autogoverno numa comunidade que atenda à condição da participação moral, permitindo falar de um governo verdadeiramente do povo, no sentido comunitário que aqui se propõe. Como bem disse Dworkin, “[...] *uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima.*” (DWORKIN, 2006, p. 39).

22 Dworkin alerta que a ideia de autogoverno e autodeterminação pode ser uma ideia muito perigosa e poderosa nos dias de hoje. *“As pessoas querem com todas as suas forças ser governadas por um grupo ao qual pertencem, e não só isso: deve ser também um grupo como qual possam identificar-se de modo particular. Querem ser governadas por membros da mesma religião, raça, nacionalidade ou comunidade linguística, e não por outro grupo qualquer; e veem como tirania qualquer comunidade política que não atenda a esse pré-requisito, por mais que essa comunidade seja justa e satisfatória de outros pontos de vista.”* (DWORKIN, 2006, p. 33)

23 *“Algumas dessas condições estruturais são essencialmente históricas. A comunidade política não pode ser somente nominal: tem de ter sido estabelecida no decorrer de um processo histórico que tenha produzido fronteiras territoriais suficientemente reconhecidas e estáveis. Muitos políticos, sociólogos e cientistas políticos acrescentariam outras condições estruturais a essa condição bastante limitada: fariam questão, por exemplo, de que os membros da comunidade política partilhassem a mesma cultura e a mesma história política; de que falassem a mesma língua, tivessem os mesmos valores etc. Alguns exigiriam também certas condições psicológicas: que os membros da comunidade tivessem a tendência predominante de confiar uns nos outros, por exemplo. Não vou tratar agora das interessantes questões levantadas por esse rol de condições, pois é o segundo conjunto de condições que mais nos interessa a esta altura.”* (DWORKIN, 2006, p. 37)

24 *“Uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a essa pessoa uma ‘participação’ em qualquer decisão coletiva, um ‘interesse’ nessa decisão e uma ‘independência’ em relação à mesma decisão.”* (DWORKIN, 2006, p. 37-38)

Mas se a leitura moral da Constituição parte do pressuposto de que os dispositivos constitucionais elencam direitos morais de forma abstrata, “[...] *como podemos medir a distância entre um direito e a linguagem constitucional da qual ele é extraído?*” (DWORKIN, 2006, p.84). Os juízes, ao interpretar os dispositivos constitucionais para aplicá-los ao caso concreto, devem identificar os princípios latentes da Constituição como um todo, bem como voltar seu olhar para as decisões passadas que já fizeram essa identidade, a fim de tornar o direito cada vez mais coerente.

O grande trunfo da leitura moral é livrar o direito da ideia de que os juízes podem usar estratégias de interpretação politicamente neutras. A leitura moral, diferentemente da exigência de neutralidade dos juízes, prega uma fidelidade à Constituição através de uma interpretação focada na moralidade política fundamentada em princípios que a comunidade compartilha.

2.3. A responsabilidade política do juiz

Após todas essas considerações teóricas, temos que a integridade se coloca para além de uma mera teoria do direito ou da decisão judicial. Ela se posiciona como um ideal a ser perseguido em todas as esferas de poder político, como exigência de legitimidade dessa comunidade que compartilha princípios comuns. A comunidade política verdadeira é aquela que dá aos seus membros condições de participação moral baseadas na ideia de igual consideração e respeito a todos, permitindo que seja dada importância às consequências da decisão para a vida de um indivíduo da mesma maneira que é dada para as demais pessoas. Ou

seja, só é justa e legítima uma sociedade que considera as necessidades e perspectivas das minorias. Podemos, então, exigir que um governo persiga a resposta correta sobre os direitos de seus cidadãos, seguindo uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos e agindo de forma consistente. Há sempre a possibilidade do erro, mas o que se deseja é que o dever de coerência seja levado a sério – esse é o cerne da resposta correta, essa é a exigência maior da integridade.

Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania [...] (DWORKIN, 2005, p. IX).

A integridade se materializa, principalmente, em dois princípios basilares do sistema jurídico: a liberdade e a igualdade (traduzidos na expressão largamente citada pelos dworkianos de “igual consideração e respeito a todos”). Para Dworkin, tais princípios exercem, um sobre o outro, uma relação de complementaridade, sendo a liberdade necessária à igualdade e vice-versa. Ambas as ideias possuem dois sentidos, dois vieses de abordagem: sentido simples e sentido normativo. Dworkin esclarece que utiliza dos sentidos normativos, excluindo a associação da liberdade a uma ideia de permissividade ou ausência de restrição, bem como afastando o sentido simples da igualdade de mera equivalência ou identidade em uma dimensão específica. Aceita, respectivamente, os sentidos de grupo de direitos nos quais as pessoas podem ser consideradas livres e iguais por questões de justiça (DWORKIN, 2005, p. 165- 167). Logo, é equivocada qualquer teoria que trate como angustiante uma eventual escolha entre essas duas virtudes: tidas como ideais normativos, não é aceitável que uma teoria subordine a liberdade à igualdade e ainda assim respeite os pressupostos fundamentais da nossa cultura

política.

A integridade como ideal político afirma a liberdade como dependente da relação entre o governo e a coletividade dos cidadãos. Nega-se, aqui, mais uma vez, a premissa majoritária, chamando o autor atenção para o quão perigosa e poderosa pode ser a ideia de autodeterminação e autogoverno: todos querem ser governados pelo grupo a qual pertencem. Para além do interesse próprio, defende-se que livres são aqueles que governam a si mesmo, sem perceber que, na verdade, não são livres, pois tem de se curvar com frequência à vontade alheia. Dworkin, através da integridade, defende concepção diversa: uma concepção comunitária de ação coletiva. Através dela,

Se sou membro real de uma comunidade política, o ato dessa comunidade é, num sentido pertinente, um ato meu, mesmo que eu tenha defendido o contrário e votado contra ele [...]. Essa é a única concepção que nos permite pensar que, na qualidade de membros de uma democracia plena, nos governamos a nós mesmos (DWORKIN, 2006, p. 35).

A esse tipo de participação, Dworkin chama de *participação moral*, conforme já dito no item anterior, na qual se baseia a verdadeira democracia. Dessa maneira, condições de participação moral devem ser endossadas em uma sociedade, de forma que quanto mais se nega a premissa majoritária, mais se adensa a liberdade dessa comunidade. O autogoverno, noção aqui relacionada diretamente com a liberdade, só é possível nesse contexto, podendo só assim se falar em um verdadeiro governo do povo. Ademais, conforme já dito anteriormente, o processo político de uma comunidade política que compartilha a integridade deve tratar os interesses dos seus membros com igualdade de consideração, como coerência a sua própria condição de membro dessa sociedade, no sentido literal de pertencimento pleno ao grupo. A noção comunitária da ação política implica uma

leitura da igualdade também à luz daquela concepção de comunidade na qual seus cidadãos são considerados coletivamente, e não um a um, isolados. Igualdade política pressupõe também um povo que governa os governantes, a partir do coletivo que considera cada plano de vida para além da opinião da maioria (DWORKIN, 2006, p. 43-44).

Assim, de acordo com a teoria da integridade, a liberdade e a igualdade não podem ser tratadas como virtudes conflitantes, uma vez que esta só pode ser definida quando se presume aquela, não podendo haver o aprimoramento político de uma negando-se ou comprometendo-se a outra (DWORKIN, 2005, p. 249). Dworkin, ao descrever uma teoria de justiça distributiva em sua obra “A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade”, a define de modo que a liberdade esteja contida na própria definição igualdade, concluindo pela não contradição entre ambas e sim por uma leitura complementar que reafirma o compromisso de ser governado por um princípio comum de coerência. A integridade é um valor político essencial da comunidade, sendo a coerência sua especificação, que assegura decisões jurídicas e políticas na melhor forma possível (RODRIGUES, 2005, p. 48). Há uma exigência de responsabilidade política, traduzida por Dworkin em liberdade/igualdade pela expressão “igual consideração e respeito a todos”, que deve estar presente naquelas decisões, como forma de se garantir a prezada coerência de sermos governados por princípios comuns, a serem lidos moralmente por juízes e legisladores Hércules. Coerência política, portanto, implica necessariamente em tratar seus membros com igual consideração e respeito a todos.

A partir desses pressupostos, afirma-se: um juiz, no seu exercício de decidir, deve agir com responsabilidade política. Essa assertiva, porém, pressupõe

um momento anterior, em que se questiona como as convicções morais de juiz devem influenciar seus julgamentos no direito. Esse questionamento é importante em comunidades jurídicas como a nossa, em que importantes decisões políticas tem sido tomadas por juízes, *“dos quais se espera a responsabilidade de decidir apenas quando proposições de direito verdadeiras assim o exijam ou autorizem”* (DWORKIN, 2010, p.05). As convicções morais, portanto, se situam entre as condições de veracidade das proposições de direito? São quatro os estágios de elaboração à resposta dessa questão: a) num estágio semântico, precisamos definir *“quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para [...] poderem, claramente, concordar e divergir acerca de sua aplicação?”* (DWORKIN, 2010, p. 15); Dworkin entende o direito como um conceito interpretativo, conforme visto anteriormente, como característica indissociável de atores que compartilham práticas políticas complexas e desejam dar continuidade, pela interpretação dessas práticas, ao projeto de serem governados pelo mesmo conjunto de valores e propósitos (DWORKIN, 2010, p. 19); b) no estágio teórico, elaboramos uma teoria do direito que seja adequada, com base na resposta dada no estágio semântico, buscando interpretação geral das práticas da comunidade, através do ideal de integridade política, essencial à própria legitimação do Estado, para o autor; c) no estágio doutrinário, descreve-se as condições de veracidade das proposições do direito à luz dos valores identificados no estágio teórico; uma proposição de direito, na sequência do raciocínio adotado pela teoria da integridade, deve ser justificada a partir do poder geral de legislar dado à determinadas instituições, à luz de uma leitura moral da Constituição; d) o quarto e último estágio dessa análise, o estágio da decisão judicial, em que se questiona o que as autoridades jurídicas, que aplicarão o direito, devem fazer nos casos concretos.

Já no estágio doutrinário, somos provocados à encarar a moral, que sem dúvida tem um papel importante na interpretação da função constitucional do Poder Legislativo. A prática da legislação é complexa, exigindo um esquema de justificação política que em última análise materializam estratégias interpretativas a serem adotadas a partir da leitura moral da constituição. Tal prática, à luz da integridade, deve ser justificada como um todo, no contexto da concepção constitucional de democracia e das formas da moralidade política. No estágio da decisão jurídica, repete-se o caráter interpretativo do direito, dado já no estágio semântico, tratando-a como uma questão não só jurídica, mas também política e jurídica. A partir do momento que aceitamos o direito como um conceito interpretativo não podemos mais negá-lo no nível da decisão judicial.

[...] uma teoria da doutrina é parte indispensável de uma teoria da decisão judicial e praticamente a esgota, não porque acreditamos na obrigação moral de obedecer à lei, mas porque, dada nossa percepção de como funciona o conceito doutrinário do direito, devemos presumir isso, a fim, inclusive, de elaborar uma teoria da doutrina jurídica (DWORKIN, 2010, p. 29).

Dessa forma, por assumirmos o ideal da integridade atravessando toda a prática jurídica, em todos os seus estágios, temos que a moral é essencial para os juízes decidam o que é direito, honrando com suas responsabilidades de juízes dentro desse complexo quadro. A integridade a inclui desde o primeiro estágio de análise jurídica, refinando-a através da passagem pelos demais estágios. Em cada um deles, se exige coerência, de forma a incluí-la na decisão judicial pela leitura moral da Constituição e de forma oposta à discricionariedade repugnada por Dworkin. Assim, o uso da moral pelo magistrado no momento da decisão do caso concreto deve ser balizado pelas escolhas feitas pela sociedade nos estágios anteriores, situando a leitura moral dentro do código binário do direito de lícito/ilícito.

Os princípios que comungamos nessa comunidade são lidos pelo juiz que leva o direito à sério, o juiz Hércules, extraídos da totalidade do direito enquanto conceito interpretado pelos limites da moralidade política, da doutrina e da legislação. Conforme coloca o autor, a diferença não está entre teorias que incluem ou excluem a moral, mas entre teorias que a introduzem em diferentes estágios da análise proposta, com consequências diretas no estágio que aqui nos interessa: o da decisão jurídica (DWORKIN, 2010, p. 31-32). Nos próximos capítulos, passaremos a análise da inserção da moral em diferente nível de análise jurídica, para entender a forma como ela se coloca no estágio final da decisão jurídica. Para tanto, analisaremos o pragmatismo proposto por Richard Posner em sua análise econômica do direito, bem como o radical posicionamento da *Critical Legal Studies*.

CAPÍTULO 3. O PRAGMATISMO DE POSNER E O PROBLEMA DO FORMALISMO JURÍDICO

Richard Posner, ao lado de Ronald Dworkin, é um dos mais proeminentes juristas norte-americano. Foi juiz-presidente do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da justiça federal norte-americana, e leciona na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. É autor de várias obras, tais como *Problemas de Filosofia do Direito*, *Para além do Direito*, *Análise Econômica do Direito*, *A economia da Justiça*. Posner é um dos expoentes da *Law and Economics*, corrente do pensamento jurídico pela qual a decisão jurídica, mais do que assegurar direitos, deve produzir a mais eficiente alocação de recursos, através de uma maximização da riqueza com base na relação custo-benefício. Para o autor, o pragmatismo pode contribuir de forma significativa para compreensão do sistema jurídico norte-americano, principalmente na forma do seu *everyday pragmatism*, baseado na descrença da capacidade de análises filosóficas abstratas em trazer soluções justas e objetivas para a prática do direito.

3.1. A crítica à objetividade e à autonomia do direito

No início da obra *Problemas de Filosofia do Direito*, Posner ressalta que seus estudos de filosofia do direito possuem uma ligação maior com a filosofia analítica e com o estudo dos problemas normativos sobre razões e raciocínios, colocando a questão da objetividade do direito em destaque nessa análise. Deixa

claro, assim, que a filosofia moral e política terá pouca participação em sua teoria.²⁵ Seu alvo primeiro é a crítica ao formalismo próxima da crítica feita pelo realismo jurídico, mas distante da ideologia de centro-esquerda que esse compartilha (POSNER, 2007, XII-XIII).

Seu ponto de partida é uma análise crítica da chamada “razão prática”, largamente utilizada como fonte de fundamentação e legitimidade pelos juristas atuais. É tão abstrato e vago o termo, que não há como se identificar um método único ou uma família de métodos afins que resultem em ações objetivas. Vários adjetivos seriam cabíveis nessa “caixa de surpresas”: introspecção, senso comum, imaginação, empatia, autoridade, intuição, dedução. Posner afirma que, apesar dessa falta de rigor e de forma, a razão prática realmente é a nossa principal caixa de ferramentas para encontrar respostas jurídicas para todo tipo de questão. O problema é a utilização desse recurso como método de justificação e não como método de investigação (POSNER, 2007, p. 97-98).

Daí a afirmação do autor no sentido de que o positivismo lógico, apesar de errado, é inevitável, porque traz uma conclusão importantíssima: “[...] em áreas não suscetíveis de demonstração lógica ou verificação empírica nosso conhecimento tende a ser escasso e inseguro” (POSNER, 2007, p. 99). Durante muito tempo, entretanto, os profissionais do direito acreditaram possuir ferramentas confiáveis de investigação que geravam respostas objetivamente corretas para quaisquer questões do direito. Aí se situa a grande crítica da razão prática reduzida ao método lógico e matemático: o direito nesse formato não pode nos oferecer a

²⁵ Posner alerta ser um “consumidor de filosofia” e não um “criador”, revelando desde já uma grande marca de sua teoria: sua postura cética quanto a capacidade do jurista em filosofar. Logo, afirma que deseja apenas extrair o conteúdo já proposto por certas correntes filosóficas, apontando apenas as mais convincentes ao seu ponto de vista (POSNER, 2007, XII).

certeza ética em certas ocasiões²⁶. O que se tem, na verdade, são decisões arbitrárias ou premeditadas, que expressam a personalidade ou o temperamento do juiz, revestidas sob o falso manto da razão prática advinda do método.

Para demonstrar tal falibilidade do método, Posner escolhe dois métodos dos mais utilizados pela teoria da decisão judicial: a confiança na autoridade e o raciocínio por analogia. A primeira delas, a autoridade, possui um significado bem particular quando aplicado ao direito: uma decisão jurídica tem autoridade não quando atinge consenso entre os aplicadores do direito, mas sim, por emanarem do topo da hierarquia judicial. A essência jurídica, por esse viés, não é ser um *corpus* de princípios validados pelo método ou ponto de chegada do senso comum. É o fato de que o conjunto de decisões políticas foram tomadas ao longo dos anos, em diversos contextos históricos. Não cabe aqui um questionamento quanto a sua correção, mas quanto a sua colocação no ordenamento jurídico por uma fonte politicamente confiável. Para tanto, há um denso aparato judicial: toga, retórica solene²⁷, linguajar rebuscado etc. Esses são sinais da natureza política da autoridade do magistrado. Para o sistema norte-americano, acrescenta-se a força da doutrina do *stare decisis* e a da decisão de acordo com a força do precedente, que tornam as decisões aceitáveis ao público leigo, reduz as incertezas, mas não auxiliam na busca da verdade²⁸ (POSNER, 2007, p. 105-110).

O segundo método analisado por Posner é o da analogia, largamente

²⁶ “De particular importância para o direito, a razão prática pode responder a algumas questões ‘éticas’ com certo grau de certeza. O fato de que matar pessoas por puro esporte é uma perversidade é quase tão evidente quanto o fato de que gatos não nascem em árvores.” (POSNER, 2007, p. 102)

²⁷ “Aquilo que os juristas fazem quando exercem suas faculdades de afirmação e justificação, chamo de retórica e não argumentação; já que grande parte do que se escreve em direito possui a forma, mas não a substância, do rigor intelectual.” (POSNER, 2009, p. 78)

²⁸ “Para ser bem claro, a ‘ultima ratio’ do direito é, de fato, a força – exatamente aquilo que é excluído até mesmo pelas mais permissivas definições de racionalidade. A racionalidade ‘é simplesmente um método para se estar aberto e curioso, e contar com a persuasão, não com a força’. O direito não é tipicamente ‘aberto e curioso’, e conta tanto com a força quanto com a persuasão.” (POSNER, 2007, p. 111).

utilizada pelos juristas como forma de se fundamentar e objetivar o raciocínio jurídico. Não há aqui um conteúdo ou uma identidade precisa, mas apenas uma classe instável de métodos de raciocínio discrepantes. Usa-se o silogismo aristotélico como suporte, mas, na verdade, o método por analogia é uma indução. Não se pode confundir, entretanto, este método com aquele descrito anteriormente: aqui temos um precedente desprovido de autoridade, não vinculado à teoria do *stare decisis*, funcionando como uma significativa e prática força persuasiva no sentido psicológico.

Para o autor, a interpretação de um texto não pode ser dedução, mas sim, algo como *“ler cuidadosamente e deixar o significado evidente das palavras ditar a interpretação do texto”* (POSNER, 2007, p. 352). Posner parte da ideia de “significado evidente” trabalhada pelo juiz Holmes, que leciona que a comunidade linguística dos autores deve determinar o significado da lei, procurando o que aquelas palavras significariam na boca de um falante normal da língua inglesa que as empregasse nas circunstâncias em que foram empregadas. Rebate, entretanto, o critério do “falante normal do inglês”, alegando que o pressuposto de Holmes de comunidade linguística não considera as várias comunidades linguísticas possíveis e os diferentes significados que os termos podem ter com o passar do tempo. Ele distingue ambiguidade interna (*“[...] está presente quando uma pessoa que lê uma frase e conhece a língua em que ela está escrita, mas nada sabe sobre as circunstâncias em que ela foi escrita, considera-a pouco clara.”*) de ambiguidade externa (*“[...] está presente, e com a mesma consequência, quando a frase, apesar de clara para um falante normal do inglês que ignora as circunstâncias que a informam, é obscura e confusa, ou significa, para alguém que conhece seus antecedentes, alguma coisa diferente daquilo que pensa o falante normal do inglês.”*)

para concluir que a abordagem do significado evidente de Holmes exclui os argumentos do último tipo, mutilando o processo interpretativo (POSNER, 2007, p. 354-355).

Posner argumenta que a ideia de comunicação é apenas um ponto de partida, justamente porque muitas são as possibilidades interpretativas utilizadas na prática jurídica. Por essa razão, ele diz que é preciso definir uma concepção sobre que tipo de texto a lei é, sugerindo que a lei é melhor compreendida não como obra literária, e sim como um comando, ou seja, como um ato de comunicação entre um organismo superior – o legislativo – a um organismo subordinado – o judiciário²⁹. Demonstra que existe uma ambiguidade na teoria de Holmes, uma vez que o falante normal do inglês *“não interpreta uma mensagem consultando meramente as definições dicionarizadas de cada palavra e os princípios gramaticais e sintáticos relevantes”* (POSNER, 2007, p. 361). Conclui que o *“significado depende tanto do contexto quanto das propriedades semânticas de outras propriedades formais dos enunciados linguísticos”* (POSNER, 2007, p. 361).

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

²⁹ Posner discute uma série de casos para demonstrar as inúmeras possibilidades interpretativas, bem como para demonstrar ambiguidade, obscuridade ou erros lógicos inexplicáveis no texto da lei, comuns no cotidiano (POSNER, 2007, p. 357-361).

O cerne dos debates sobre interpretação não é epistêmico, mas político. Partindo da ideia de que a interpretação é algo vago, abrangente e ilimitado, não temos a conclusão de que juízes possuem carta branca para interpretar de qualquer forma o ordenamento jurídico. Mas, como os limites da interpretação são demasiadamente flexíveis, Posner sugere uma abolição por completo da palavra “interpretação” e a adoção, à maneira pragmática, da noção de “consequências das abordagens antagônicas para a função judicial nos casos legais e constitucionais”. Enquanto “interpretação” enfatiza a liberdade do juiz, a “abordagem pragmática” frisa a responsabilidade do juiz como autoridade subordinada ao sistema de governo (POSNER, 2007, p. 365-366). O autor afirma que quando métodos interpretativos, tais como a interpretação finalística ou a reconstrução imaginativa falham, a interpretação das leis transforma-se numa questão de criação de políticas públicas judiciais, o que acaba por criar problemas de objetividade judicial. Muitos juízes utilizam-se dos chamados cânones interpretativos, que Posner define como a sabedoria popular coletiva da interpretação das leis, que não oferecem resposta às questões complexas de interpretação de forma maior do que as máximas da vida cotidiana oferece para os problemas do dia a dia. Muitos desses cânones não são interpretativos e, na verdade, estabelecem políticas públicas. Todo esse cenário demonstra a limitação desse modelo, bem com a sua impossibilidade de resolver todas as questões de direito legislado (POSNER, 2007, p. 374-377).

Falando da hermenêutica, Posner afirma que as condições políticas, econômicas, culturais e sociais desde a edição da Constituição ou de uma lei se alteraram, levando a um poder legislativo e judiciário extremamente diversificado, o que acaba por trazer influências as interpretações ali dadas.

O significado não reside simplesmente nas palavras de um texto, pois as palavras estão sempre apontando alguma coisa que lhes é

extrínseca. O significado é aquilo que emerge quando os critérios e as experiências linguísticas e culturais são aplicados no texto (POSNER, 2007, p. 397).

Daí uma indeterminabilidade inevitável na interpretação. O autor cita o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, mas conclui que a hermenêutica produz bons conselhos, mas que estes não contribuem para a criação de uma metodologia específica nem demonstram a impossibilidade de uma interpretação objetiva.

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

Então Posner chega ao centro da sua argumentação: a ideia de que as questões interpretativas podem ser traduzidas em forma de questões sobre consequências. *“Talvez o melhor a fazer quando se invoca uma lei seja examinar as consequências de dar a quem a invoca aquilo que deseja, e então avaliar se tais consequências serão boas em termos gerais” (POSNER, 2007, p. 403).* Nossas certezas jurídicas, para Posner, tem base pragmática e não analítica.

Posner, então, vai de encontro, em sua crítica, com os pressupostos da filosofia gadameriana e do giro linguístico-pragmático, ao perceber a compreensão como uma reconstrução imaginativa, distante da ideia romântica de uma simples decodificação. Daí ser impossível um magistrado desconsiderar seus julgamentos prévios, deixando de considerar seus pré-conceitos como matéria relevante, oportuna e necessária. O desinteresse proposto pelos métodos positivistas gera

automaticamente uma pretensa e desejada objetividade do direito, e os métodos, que deveriam trazer o equilíbrio da argumentação, acabam por se revelar um argumento contrário a ela.

O autor aponta a existência de áreas de consenso político dentro do direito que determinam a doutrina jurídica e asseguram uma esfera de determinabilidade ao direito. Mas o que é esse consenso político senão um termo polido para a vontade do mais forte. Para assegurar essa áurea de objetividade e, conseqüentemente, de legitimidade criada sobre a decisão judicial, apela-se para uma série de elementos. Conforme citado anteriormente, e a título de exemplo, Posner cita toda a pompa e circunstância do processo judicial diante das partes: toga, uma posição destacada do juiz na sala de audiências, um vocabulário rebuscado. Na hora específica da decisão judicial, porém, esse magistrado se encontra no interior de sua sala, despido desse teatro, o qual o retoma somente no momento de fundamentar a já decisão alcançada. Ademais, frequentemente juízes alegam conflito de interesses como causa de impedimento para julgar. Se a decisão jurídica fosse tão transparente e reproduzível como o raciocínio científico, não seria necessário que o sistema apontasse essa desconfiança do juiz no uso de sua discricionariedade. Esses elementos, segundo o autor, tem o condão de enfraquecer a ideia de que o consenso sustentaria a legitimidade da decisão jurídica pelo raciocínio lógico da argumentação judicial (POSNER, 2007, p. 166-174). O próprio ensino do direito³⁰ reproduz o discurso hermético da profissão, e, em última análise,

³⁰ Posner aponta para uma profunda desprofissionalização do estudo acadêmico do direito, principalmente após a superação do positivismo jurídico, e demolição da tradicional estrutura do ordenamento jurídico. Há um claro declínio no consenso entre os profissionais, bem como uma larga filiação à filosofia política e moral nas universidades e cursos de direito. *“Os doutrinarmistas jurídicos estão perdendo o terreno para o analistas econômicos do direito, entre outros sociólogos do direito, e para os bayesianos, os filósofos do direito, os cientistas políticos, os estudiosos críticos do direito, os estudiosos feministas, gays e lésbicos do direito, os estudiosos da teoria crítica da raça e o pessoal da ‘teoria literária do direito’, sendo que todos eles empregam ferramentas de disciplinas de fora do direito.”* (POSNER, 2009, p. 89-92) Havia um alto grau de

busca justificar os seus privilégios através da extrema obscuridade de suas teorias.

Posner não nega a objetividade, apenas nega que o direito possa ser objetivo quando não houver mais consenso acerca de suas premissas. O direito enquanto sistema de raciocínio inserido numa sociedade pluralista precisa de técnicas convincentes para solução dos desacordos que naturalmente surgirão. Dado o desacordo, a única maneira de resolver a discordância é, ou através da força, ou através algum método não analítico de solução de disputas, como o voto (POSNER, 2009, p. 37-39). Sua crítica à crença exagerada na autonomia do raciocínio jurídico não pode, portanto, levar a conclusão lógica de uma adesão à indeterminabilidade e subjetividade do direito. O autor dedica um tempo considerável de sua vida acadêmica à crítica de gerações passadas do realismo jurídico, em especial à produção do chamado *Critical Legal Studies* (CLS), para quem “*todo o direito é política num sentido estrito e desonroso, e a política de direito além do mais*” (POSNER, 2007, p. 206). O CLS toca a mesma crítica posneriana da objetividade do método no direito, mas com uma conclusão diversa da aqui adotada³¹. Vejamos.

consenso entre a comunidade acadêmica do direito de modo que certos institutos e teorias passam a adquirir o status de verdade inquestionável. “*A expansão da profissão jurídica, o aumento da diversidade entre seus membros, as turbulências políticas e o surgimento da concorrência de outras disciplinas, destruíram o consenso que sustentava a objetividade do direito. Perdeu-se um certo grau de profissionalismo, de segurança e de dedicação ao trabalho. Ganhou-se, entretanto, uma sofisticação intelectual e um alargamento do alcance do estudo acadêmico do direito, graças ao qual esta foi capaz de tocar e, potencialmente, enriquecer as áreas vizinhas. Muitos juristas competentes, seduzidos pelo canto da sereia, arruinaram sua carreira acadêmica. Mas alguns construíram carreiras inimagináveis em uma época em que ser um estudioso acadêmico do direito significava, de uma só vez, prestar um sólido serviço à profissão e contar com a complacência do ambiente acadêmico.*” (POSNER, 2009, p. 108-109).

³¹ Ambos se aproximam do realismo jurídico por posturas político-ideológicas diversas. Posner e seu pragmatismo possuem clara influência de direita, num sentido de não entender que a classe social dominante pode influenciar sempre de maneira negativa a administração da justiça: “*Uma vez que juízes são humanos, não podemos esperar por uma administração perfeitamente imparcial da justiça; e, se a predisposição é inevitável, por que se deveria considerar que uma administração da justiça que pende sutilmente para os ricos é mais indecorosa do que outra que pendesse sutilmente para os pobres?*” (POSNER, 2007, p. 206). Já a CLS possui aberta influência marxista, de modo a criticar profundamente as bases elitistas da profissão e do ensino do direito como formas mantenedoras do *status quo*.

3.1.1. O *Critical Legal Studies Movement*

O *Critical Legal Studies* (CLS) é um movimento jusfilosófico de esquerda, que abrange projetos de críticas radicais contra as tradicionais teorias jurídicas do mundo ocidental. Trata-se de uma alcunha geral que abarca uma série de discussões e argumentos contra a pretensão de racionalidade abstrata da teoria do direito que, em última análise, serve apenas para preservar as posições sociais hierarquizadas e as desigualdades sociais e econômicas da nossa sociedade. Entende-se, portanto, como um projeto pós-positivista, que pretende apontar uma mudança no modo de ver o direito, a partir da crítica à utilização do método objetivo. Combate a noção do conhecimento jurídico tradicional que tenta dar sentido ao mundo através de um corpo coerente de regras e princípios, cenário em que as decisões jurídicas são dotadas de uma racionalidade que permite denotar logicamente a essência dessa sociedade através de métodos apolíticos e neutros. O CLS, dessa forma, representam uma momento de perda de fé de alguns juristas nas tradicionais correntes jurídicas, demonstrando a descrença na pretensa confiança do pensamento jurídico moderno de domínio racional do mundo, buscando, assim, uma abertura da teoria jurídica para outras disciplinas, abordando-o através de perspectivas plurais que sejam capazes de afirmar a inevitável natureza política da vida humana (MORRISON, 2006, p. 537-540). Um dos principais focos de críticas dos CLS será a educação jurídica, poderoso aparato de fortalecimento da dominação política dos mais fracos, uma vez que as faculdades jurídicas insistem em olhar a realidade jurídica através das lentes abstratas dos conceitos jurídicos formais. Surgiu nos Estados Unidos na década de 1970, a partir da realização da *Conference on Critical Legal Studies*, sendo ligado, em especial, a professores das

Universidades de Harvard (Cambridge) e Yale (New Haven), tendo se destacado na crítica ao liberalismo, ao positivismo e ao movimento do *law and economics*³². Descendente do realismo jurídico³³³⁴, principalmente no que diz respeito à oposição ao formalismo e ao objetivismo, se relaciona com marxismo ocidental³⁵ e ainda recebe influências do estruturalismo francês de Michel Foucault e Claude Lévi-Strauss e do criticismo literário, no que diz respeito à subjetividade do intérprete (GODOY, 2005, p. 9-10). Surge no ambiente de contracultura e experimentalismo de esquerda dos Estados Unidos, num cenário de proliferação de protestos relacionados ao chamado *choque de gerações* do final da década de 1960. Nesse contexto, passa a propor alternativas possíveis ao liberalismo e ao marxismo, defendendo a existência de caminhos múltiplos a serem seguidos, sem levantar, portanto, a bandeira de uma terceira via dada a pluralidade e a contingência da própria realidade social (GODOY, 2006, p. 1).

Tem como lema a ideia de que *law is politics*, tornando a relação entre direito e política o núcleo essencial de toda a teoria, criticando o caráter autônomo

32 “O convite mencionava apenas uma ideia muito vaga: uma reunião de pessoas em busca de abordagens críticas do estudo do direito e da sociedade. A circular não definia antecipadamente quais seriam as preocupações do congresso, mas indicava que vários de seus autores estavam tentando desenvolver abordagens que enfatizassem o caráter ideológico da doutrina jurídica e de suas estruturas internas.” (MORRISON, 2006, p. 540)

33 Principalmente no pensamento dos juízes da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Jr. e Louis Brandeis, bem como do professor de direito em Harvard, Roscoe Pound (GODOY, 2005, p. 14-15).

34 Morrison afirma ser apenas parcialmente verdadeira a classificação do CLS como um desenvolvimento do realismo jurídico norte-americano. “Os realistas jurídicos norte-americanos eram céticos acerca da imagem tradicional (em grande parte jurídico-positivista) do direito nas modernas sociedades ocidentais, do formalismo da erudição jurídica e do seu suposto conservadorismo. Contudo, os realistas lutavam para tornar o sistema jurídico ainda mais eficiente, em seu papel de instrumento de mudança social e desenvolvimento social, do que pretendia o pensamento político liberal dominante. Os realistas não eram céticos quanto aos conhecimentos externos ou extrínsecos que em sua opinião deviam complementar a formação jurídica tradicional e influenciar o desenvolvimento jurídico. [...] Por sua vez, os adeptos dos CLS eram céticos acerca da própria base do liberalismo moderno e acreditavam que boa parte da prática jurídica facilitava as formas de dominação política que constituíam a organização social injusta e desigual que os CLS julgavam encontrar na organização social moderna.” (MORRISON, 2006, p. 541)

35 Ligado de forma mais significativa à Escola de Frankfurt, sob influência dos intelectuais Max Horkheimer, Theodor Adorno e Herbert Marcuse, que se refugiaram da Alemanha nazista nos Estados Unidos, a partir da década de 1940, defendendo o papel da ideologia, da legitimação e da mistificação no contexto de definição do direito aplicável (GODOY, 2005, p. 15-16).

do pensamento jurídico. (GODOY, 2005, p. 13). Faz profunda crítica à teoria liberal, afirmando não ter sido a mesma capaz de conciliar pontos de vista incompatíveis, o que acabou por criar uma indeterminação do direito típica do modo de produção capitalista. Demonstra a fragilidade e contradição dessa teoria, através da utilização de técnica desconstrutivista denominada *trashing* em que o intérprete destrói os discursos convencionais do direito, atacando suas premissas e “relegando ao lixo” toda a jurisprudência e doutrina jurídica. (GODOY, 2005, p. 9-10). A conclusão que se chega é de que o convencionalismo liberal é falível, na medida em que sua composição é formada por oposição binária e conceitos opostos que não conseguem conciliar todos os diversos e antagônicos pontos de vista existentes no seio de uma sociedade. Com isso, chega-se à *patchwork thesis*, que desenha o direito norte-americano como uma *colcha de retalhos*, em que não há comunicação entre seus vários conceitos e normas. Tais dicotomias – desnecessárias, segundo os *crits*³⁶ - servem apenas para sustentar ilegítimas hierarquias de poder e privilégios, mantendo uma periferia alheia ao discurso jurídico, afastando, assim, direito e sociedade (GODOY, 2006, p. 03-06).

O movimento se dissolveu a partir da década de 1990, pulverizando-se em abordagens específicas tais como feminismo, raça, história do direito e criminologia. No Brasil há poucos estudos sobre tema, e poucas obras possuem tradução para o português. Citamos o jurista Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy³⁷ como maior pesquisador brasileiro na temática, possuindo vasta publicação sobre o *CLS*, em especial, sobre a obra do brasileiro e professor de Harvard, Roberto Mangabeira Unger.

36 Forma como são chamados os integrantes do movimento do *Critical Legal Studies*.

37 Para mais informações, acessar o sítio do jurista, aonde pode se encontrar biografia e a relação de toda a sua publicação: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/>

Para melhor compreensão do movimento, passaremos a expor as principais características do *Critical Legal Studies* através do *critic* Duncan Kennedy, principal interlocutor no debate que Posner propõe.

Duncan Kennedy é professor de direito na Universidade de Harvard e um dos fundadores do movimento *Critical Legal Studies*, se destacando na crítica ao problematizar o modelo das decisões jurídicas norte-americanas e a educação jurídica³⁸ nos Estados Unidos³⁹.

Kennedy identifica pelo menos três significados diferentes para o termo *Critical Legal Studies*. Primeiramente, seria um movimento formado por professores e estudantes de direito no final da década de 1970 até o começo da década de 1990, com dois objetivos principais: desenvolver uma crítica de esquerda às teorias legais norte-americanas e reformular a educação jurídica. Uma segunda faceta identifica o CLS como uma escola de pensamento minoritária, que perdura até os dias atuais, distinta do movimento em si, exercendo influência, principalmente, em áreas com Direito Comparado, Direito Internacional e Direito do Trabalho. E por fim, um último significado está na intenção de reunião do realismo jurídico norte-americano com a teoria crítica europeia, como tentativa de realizar uma síntese de ideias pós-marxistas e pós-realistas com o pós-estruturalismo (KENNEDY, 2011, p. 324). O autor cita o ano de 1977 como marco da intervenção política e intelectual no campo acadêmico, a partir da discussão em congressos e publicação em revistas de direito de temas heterogêneos com viés de esquerda, que acaba por constituir uma rede nacional que organiza a crítica interna ao estilo americano de razão jurídica da década (KENNEDY, 1992, p. 283).

38 “[...] as faculdade de direito são locais de intensa prática política, nada obstante o fato de que se dissimulem intelectualmente despreziosas, estereis de ambição teórica ou de visão prática no que toca ao que a vida social deva ser.” (KENNEDY *apud* GODOY, 2005, p. 17).

39 Grande parte de sua produção acadêmica pode ser encontrada em sua página pessoal na internet: <http://duncankennedy.net/topics/index.html>

Kennedy se dedica a fazer uma crítica de direitos que, segundo o autor, se situam entre a figura legal e o discurso político geral, operando dentro dos projetos ora complementares, ora conflitantes, chamados de esquerdistas e modernista/pós-modernista (MPM). O primeiro projeto se dedica a uma mudança na hierarquia social no que tange às classes, segregação de raças e gênero, através da busca por igualdade e da crítica à injustiça e a opressão social. Já o MPM objetiva o alcance de uma transcendência nas experiências estética, emocional e intelectual, seja através da arte, da desconstrução de um texto, ou, até mesmo, através de um objeto mais mundano. Sua crítica está focada, principalmente, no relato do papel dos direitos na consciência legal norte-americana e no relato de como se poderia vir a perder a fé na coerência do discurso dos direitos.

O direito desempenha um papel fundamental no modo norte-americano do discurso político. Isso porque, é pressuposto desse discurso que exista uma diferença fundamental entre “juízos de valor” e “juízos de fato”. Estes possuiriam um conteúdo científico, objetivo e mais próximo de julgamentos empíricos. Já aqueles seriam uma questão de preferência, trazendo em si uma subjetividade e arbitrariedade próprio dos julgamentos filosóficos. O direito se situaria como um mediador entre essas duas formas de julgamento. Afirmações morais do tipo “é certo” ou “é errado” ou utilitarista do tipo “promover o bem-estar geral” são convencionalmente entendidos como o lado subjetivo desse discurso, enquanto o apelo a questões de fato implicaria uma situação a ser resolvida por maioria de votos. Daí o apelo aos direitos, por se entender que os argumentos de direitos estão fora do domínio de mero valor ou factual, sendo útil para mediar esse dois âmbitos (KENNEDY, 2002, p.184). Mediação significa para o autor que o raciocínio dos direitos possui propriedades de ambos os domínios, tanto de “valor” quanto de

“lógica”, com a possibilidade contínua de correção (KENNEDY, 2006, p. 53). E porque direitos cumprem essa função na consciência norte-americana? Primeiramente, eles são universais, derivando de necessidades, valores ou preferências que todas as partes compartilham. Em segundo lugar, eles são “factóides”, no sentido de que o reconhecimento de sua existência pressupõe a observância de x, y e z (KENNEDY, 2002, p. 185).

Além desse aspecto de mediação entre fatos e valores, há um entendimento geral no discurso político norte-americano de que os direitos existem tanto fora quanto dentro do sistema jurídico, uma vez que os mesmos podem ser regras ou razões para regras. Por exemplo, “o Congresso não fará nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão” é uma regra promulgada pelo sistema legal, enquanto “proteger a liberdade de expressão” é uma razão para adotar aquela regra (KENNEDY, 2002, p. 185-186). “Proteger a liberdade de expressão” é uma forma do direito que está fora dele e que até mesmo o precede. Segundo o autor, esse direito “lá fora” é algo que o indivíduo tem, mesmo que a ordem jurídica não o reconheça. O papel do Judiciário, do Legislativo ou do Executivo, nesse sentido, seria de realizar a tradução desses materiais legais exteriores para a linguagem interna, solucionando conflitos. Haveriam, então, três tipos de argumentos de direito: a) o argumento estritamente externo, sobre o que a existência de algum direito requer que o governo ou uma pessoa privada faça ou deixe de fazer; b) o argumento estritamente interno sobre o que o dever de fidelidade na interpretação requer que os juízes façam com o corpo de materiais editados positivamente no sistema legal; c) a forma característica do direito constitucional, na fronteira entre o interno e o externo, e atuando como mediador não só de direitos internos/externos, como também entre argumento jurídico e argumento legislativo (KENNEDY, 2002, p. 187). Esse último tipo de

argumento é tanto legal, por ser uma regra do sistema jurídico, quanto político, por ser uma forma de afirmação sobre como um direito externo deve ser traduzido em lei.

Direitos são um elemento chave nos projetos de universalização das mais diferentes teorias ideológicas existentes.

A universalization project takes an interpretation of the interests of some group, less than the whole polity, and argues that it corresponds to the interests or to the ideals of the whole. Rights arguments do this: they restate the interests of the group as characteristics of all people. A gay person's interest in the legalization of homosexual intercourse is restated as the right to sexual autonomy, say. The right here mediates between the interests of the group and the interests of the whole. (KENNEDY, 2002, p. 188).

A linguagem dos direitos é tida como um veículo flexível para formulação de interesses e reivindicações como razões e não meras preferências. Liberais e conservadores, dessa forma, buscam um reconhecimento por lei dos interesses do seu grupo, mas, ao utilizarem da linguagem dos direitos, estariam buscando algo jurídico e não partidário. Adquire-se um efeito emponderador, investindo-se na ideia de método judicial, como forma de se produzir resultados “legalmente corretos” - o efeito mediador do direito permite que ambas as posturas ideológicas se sintam corretos. Para Kennedy, mera retórica, um cinismo (KENNEDY, 2002, p. 189). O fortalecimento de cada corrente se dá através da crença de que interpretações constitucionais corretas tornam os programas de seus opositores ilegais, sem se perceber que a correção jurídica é uma arma à disposição da esquerda e da direita. O efeito mediador fato/valor e direito/política permite que ambas ideologias se sintam corretas acerca de seus argumento (correção alcançada pelo status de argumento técnico-jurídico). Daí o cinismo ou má-fé na utilização desse discurso, apontada por Kennedy (KENNEDY, 2006, p. 57-58).

Both presuppose about themselves that they are discourses of necessity, of reason as against mere preference. And it is therefore

possible to participate in each cynically or in bad faith. Cynicism means using rights talk (or legal reasoning) as no more than a way to formulate demands. They may be “righteous” demands, in the sense that one believes strongly that they “ought” to be granted, but the cynic has no belief that the specific language of rights adds something to the language of morality or utility. When one attributes the success of an argument couched in rights language to the other person’s good-faith belief in the presuppositions of the discourse, one sees the other as mistaken, as having agreed for a bad reason, however much one rejoices in the success of a good claim. Bad faith, here and in the case of legal reasoning, means simultaneously affirming and denying to oneself the presupposed rationality of the discourse, and of the particular demand cast in its terms. It means being conscious of the critique of the whole enterprise, sensing the shiftiness of the sand beneath one’s feet, but plowing on “as if” everything were fine. Bad faith can be a stable condition, as I have argued at length elsewhere for the case of legal reasoning. Or it can turn out to be unstable, resolving into loss of faith or into renewed good faith. (KENNEDY, 2002, p. 190-191)

Chegamos, então, num cenário de perda de fé no raciocínio jurídico, uma experimentação do argumento jurídico como “mera retórica”. Conforme afirma Kennedy, a manipulação generalizada não impede um encerramento das questões, mas, quando uma pessoa perde a fé no raciocínio jurídico, o fechamento não produz baseado em algo “lá fora” - foi apenas uma experiência que poderia ter ocorrido de outra forma. Quando se apela a uma regra dentro do corpo jurídico, um valor já traduzido pelo direito produz a experiência do encerramento: dado o direito legalizado, não existe uma boa razão para se perder o caso. As partes no conflito formulam suas pretensões na linguagem do direito e para tentar ganho de causa num juízo especializado. Deixa-se, assim, a convenção de que os resultados são consequências do mero cumprimento do dever de fidelidade interpretativa (KENNEDY, 2006, p. 59-61), uma vez que as partes produzirão seus argumentos jurídicos de acordo com a sua conveniência. A perda de fé, entretanto, não é um evento aleatório, e embora seja algo que se espalha rápido, como uma doença ou um incêndio, não é uma consequência da crítica.

Loss of faith in legal reasoning bears a close analogy to one of the

many kinds of experience of loss of faith in God. The atheist who believes that he or she, or “science,” has disproved the existence of God is analogous to the maximalist who believes that postmodern critical theory has proved the indeterminacy of legal reasoning. The other kind of maximalist is like the Catholic who becomes a Protestant, rejecting authority while continuing to hold a theology. Loss of faith, by contrast, is not a theory and is not the consequence of a theory (KENNEDY, 2002, p. 192).

Os juízes, por sua vez, atuam frente uma densa rede de regras, utilizando-se de argumentos sobre a fidelidade interpretativa, precedente e competência institucional e se afastando de questionamento sobre qual seja a melhor coisa a fazer. “Os direitos são apenas regras jurídicas, mais ou menos fáceis de administrar, que estamos tentando interpretar juntamente com todos os outros materiais legais para justificar os nossos resultados (KENNEDY, 2002, p. 197, tradução nossa) ⁴⁰.” A perda de fé no discurso jurídico, sinaliza também a perda de fé na distinção entre juiz e legislador, ou a perda de fé na ideia de objetividade. Se o fechamento pode vir de qualquer lugar, dada a manipulatividade dos direitos, qualquer resultado é possível, de acordo com a regra da maioria, o direito natural, o costume, ou seja lá o que for. A abertura das normas jurídicas implica um trabalho estratégico de exploração das lacunas, dos conflitos e das ambiguidades nos casos concretos, com o objetivo de tornar as regras legais estacas ideológicas favoráveis ao seu grupo. Dessa forma, advogados confrontam o juiz com duas cadeias plausíveis de raciocínio jurídico: a do autor e a do réu. E cada uma dessas cadeias é aberta a uma crítica interna, a partir do momento que cada lado, através da própria argumentação jurídica, tentará destruir o argumento opositor. E o juiz, ao decidir por um ou por outro não consegue o fazer sem recorrer à política, travestindo sua influência ideológica pela fundamentação jurídica. Uma vez que os casos concretos requerem uma ponderação de direitos conflitantes entre si, deixa-se de ter direitos,

⁴⁰ Tradução nossa: “The rights are just legal rules, more or less abstract, more or less easy to administer, that we are trying to interpret along with all the other legal materials to justify our outcomes.”

para termos “compromissos subjetivos” ou “política” dos juízes que estão decidindo o resultado (KENNEDY, 2006, p.64-66). Reforça-se, assim, outro contexto para perda de fé.

Kennedy, então, questiona: se no discurso interior a tradução é 'mera retórica', sob suspeita de partidarismo ideológico, então não é provável que o caso externo, também não o é (KENNEDY, 2002, p. 209)? Sua conclusão é de que os direitos funcionam como interesses. Argumentos jurídicos nada mais são do que argumentos políticos, sendo uma falácia a pretensa função mediadora que alguns pensam que eles exercem. Em última análise, eles não produzem nenhuma transcendência do fato/valor/política, como se acredita o imaginário coletivo norte-americano do discurso.

Posner é um grande crítico de Kennedy e do CLS. Para o autor, o movimento é vítima da chamada “falácia genética”, ou seja, há uma falha na origem da afirmação que desacredita a afirmação em si. Ao defender que direito é política tem-se a ideia de que o Estado de Direito só serve como método de mistificação e cooptação da elite dominante. *“Mesmo que os motivos da adesão dos juízes a regras sejam às vezes desprezivelmente políticos, na medida em que os juízes realmente adiram a elas o direito é diferente da política.”* (POSNER, 2007, p. 206). Se um juiz adere ao Estado de Direito ou por dissimulação política ou porque é adequado, isso produz as mesmas consequências. Kennedy ignora a existência de casos fáceis, e parece esquecer a diferença entre um bom aluno de ética (um “eticista”) e um político: este é um tomador de decisões num sistema de governo, e deve se preocupar não apenas em fazer justiça no caso concreto, mas também em manter uma estrutura jurídica coerente e encadeada. Ao ignorar isso, o *crit* chega a uma conclusão errada: direito é *somente* política.

Na verdade, podemos enxergar uma mesma crítica sustentada por ideologias diversas. Posner repudia o esquerdismo do *Critical Legal Studies*, mas uma leitura atenta à sua crítica à objetividade captará muitos pontos em comum com essa corrente jurídica (como, por exemplo, a crítica ao academicismo). A conclusão, somente, é o que é divergente: enquanto os *crits* apontam para uma solução radical pautada em uma profunda transformação do status quo da sociedade, Posner cai numa espécie de niilismo, se eximindo de reconstruir uma alternativa legítima para a decisão jurídica, a partir de sua crítica ao objetivismo e ao uso da filosofia moral. Considerando que o movimento do CLS se dissolveu no início da década de 1990 em diversas abordagens segmentadas, distantes da teoria da decisão judicial, continuaremos focando na *Law and Economic* de Posner, dada a atualidade e continuidade de seus escritos. Nos próximos tópicos, aprofundaremos seu repúdio ao chamado moralismo acadêmico, bem como sua alternativa pragmática/realista.

3.2. Indo mais fundo na crítica: o ceticismo moral pragmático

Em que ponto de sua teoria jurídica Richard Posner encaixa moral? Para o autor, a ideia de que existe “*uma ordem moral acessível à inteligência humana, uma ordem atemporal e não local que ofereceria critérios objetivos para [...] estrutura e o funcionamento das instituições jurídicas*” é falsa (POSNER, 2012, p. 3). Esse seu argumento tem uma versão forte e uma moderada. A primeira alega que qualquer teorização moral não é útil para nos fornecer nenhum fundamento para os juízos morais, de forma a não nos tornar melhores ou piores em nossas atuações públicas e privadas. A versão moderada afirma que mesmo se pudéssemos supor

que a teorização moral pode ser instrumento para alcançar esses juízos morais, ela não deve ser usada para formação de juízos jurídicos.

Seu alvo de crítica é o que ele chama de “moralismo acadêmico”, ou seja, a ética aplicada à prática jurídica por um número grande e diversificado de teóricos da atualidade. Comungam, apesar dessa diversidade, da crença de que a teoria moral pode auxiliar e aperfeiçoar os juízos morais das pessoas, principalmente dos envolvidos com a práxis jurídica. A partir dessa crítica, se posiciona como um cético moral pragmático como uma forma própria de relativismo moral, para quem a moral é apenas um fenômeno local incapaz de ser universalizado⁴¹. Para o autor, ainda que possam existir juízos morais universais, eles não teriam função alguma para um acadêmico, pois além de serem ineficazes, os estudos do direito não alcançam a plenitude da complexidade filosófica do tema.

Em qualquer tempo e espaço, toda sociedade tem seu próprio código moral, que foi sendo moldado pelas exigências da vida cotidiana dessa cultura específica. O dicionário moral, nesse sentido, é sempre local. Trata-se de uma questão de biologia evolutiva. Somos animais sociais e nessa condição aderimos a determinados conteúdos morais de acordo com as necessidades materiais daquele contexto histórico-social. Daí a distinção que Posner traz: diz tratar *sobre* moral (que incluem os domínios da sociologia moral, da antropologia moral e da psicologia moral) e não *da* moral (que se constituem apenas da moral em si, um juízo moral, orientando um agir específico). Afirma ser, portanto, uma concepção *adaptacionista* de moral, por localizar os juízos morais apenas como questões descritivas de um dado contexto social, motivado pela evolução social de um determinado grupo (POSNER, 2012, p. 25-54).

⁴¹ Posner diferencia sua posição de outras, tais como “relativismo moral”, “pluralismo moral”, “subjetivismo moral”, “ceticismo moral”, “não cognitivismo” e “particularismo moral” (POSNER, 2012, p.11-17).

Logo, o erro do moralista acadêmico é justamente querer modificar o comportamento e as crenças morais das pessoas. Ele não é um “empreendedor moral”. Um empreendedor moral busca alterar os limites do altruísmo através de técnicas de persuasão, apelando para um conteúdo emocional e não por meio de argumentos racionais. O empreendedorismo moral parece incompatível com essa concepção moral adaptacionista e relativista, mas Posner esclarece o equívoco:

A resposta está em um fato assinalado: como as normas morais geralmente são criadas por um processo descentralizado e não impostas por um poder legislativo ou um supremo tribunal, ocorre de hábito certo hiato entre uma mudança nas condições materiais e a adaptação do código moral às novas condições. [...] Eles percebem a discrepância entre o código existente e o ambiente em processo de mutação e persuadem a sociedade a adotar um código novo e mais bem adaptado. (POSNER, 2012, p. 68-69)

Como agem, portanto, os moralistas acadêmicos? Um teórico pode, no máximo, dar conselhos sobre os diferentes caminhos possíveis a serem tomados por uma pessoa, o que passa ao largo das questões morais. Os filósofos do direito fazem uma investigação dos textos filosóficos, desde Platão até os autores da atualidade. Considerando que tais textos são produto de sociedades com culturas diversas de épocas e locais específicos, os estudiosos perdem o contato com os aspectos particulares que possibilitaram aquela obra e acabam fazendo uma análise generalista sobre tais conteúdos. Segundo Posner, uma carreira acadêmica é muito curta para poder investigar com profundidade todos os aspectos particulares que ensejaram uma determinada teoria. Dessa forma, os filósofos morais extraem desses materiais conceitos muito genéricos como “dever” ou “florescimento humano” para, em seguida, deduzirem as respostas morais para os problemas da nossa época. O que temos, portanto, não é um filósofo moral, e sim um filólogo ou historiador da filosofia, em função análoga a de um crítico ou estudioso de arte ou literatura (POSNER, 2012, p. 59-78).

A educação em teoria moral é fútil. Busca uma tendenciosa uniformidade de uma perspectiva moral, gera um isolamento profissional uma vez que é distante da prática cotidiana dos escritórios de advocacia e alimentam o individualismo. Quando produz algum efeito, tende a gerar o ceticismo moral, porque expõe os alunos a um catálogo imenso de teorias morais, cada qual com uma abordagem diversa sobre juízos morais.

Os moralistas acadêmicos escolhem em um cardápio 'à la carte' os princípios morais que coincidem com as preferências de seu grupo social. Tem agilidade intelectual suficiente para juntar em uma unidade superficialmente coerente um amontoado de cursos de ação incompatíveis, e agilidade psicológica suficiente para só por em prática os princípios que escolheram na medida em que isso não venha a interferir com sua felicidade pessoal e progresso profissional. (POSNER, 2012, p. 115-116)

Há, para o autor, uma cisão perigosa entre mundo acadêmico e mundo profissional. E nesse ponto, a crítica de Posner é demasiadamente ácida. Segundo o autor, a educação moral estimula um sentimento de superioridade exacerbado, motivado pela falta de prestígio na sociedade e pela baixa remuneração. Querem, portanto, exaltar o pensamento de sua “panelinha”, não só pelo aspecto da teoria que adotam, como também pelo estilo de vida pessoal que adotam. *“Acadêmicos com cargo vitalício, nunca saem da escola. [...] Levam uma confortável vida burguesa, às vezes com um toque boêmio.”* Os moralistas acadêmicos vivem totalmente desconectados da realidade prática, exagerando na importância da educação e do debate para mudança moral, sem que sejam inovadores, mentores ou heróis morais. Portanto, o moralista acadêmico não é agente de mudança moral. Eles fazem pregação, tentam convencer, principalmente, os crentes daquele argumento moral de que eles não estão sozinhos. Tira essas pessoas do isolamento intelectual e lhes dá coragem para partilhar seus ideais (POSNER, 2012, p.113-142).

Atribui duas razões ao fracasso da filosofia moral no caso prático: a) o

conhecimento é testado por nossas intuições morais que tendem a ser ao mesmo tempo refratárias a mudanças e mais divergentes do que as intuições sobre o mundo físico; b) a solução dos dilemas morais requer a imersão nos aspectos particulares de cada dilema e os filósofos não têm o tempo e a formação para especializar-se nos detalhes de cada questão.

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

Nesse sentido, Posner é um grande crítico de Dworkin. É inevitável que o juiz faça uma escolha de valores baseada na intuição e na experiência pessoal. Esse é o raciocínio jurídico. “[...] juízes não deixam de praticar o direito quando proferem decisões políticas, pois o direito e a política se interpenetram” (POSNER, 2012, p. 151-152). Buscar ajuda para decisão judicial na filosofia não pode ser útil: as diversas teorias morais são, ao mesmo tempo, abstratas e culturalmente específicas. A abordagem pragmática, defendida por Posner, tem a vantagem de não ser sustentada falsamente pelos andaimes de alguma teoria filosófica específica, pois seus argumentos ao precisam ser validados por nenhuma teoria moral. Isso porque os juízes diariamente encaram questões que não podem ser resolvidas por um algoritmo, mas sim pela razão prática, por algo além da lógica dos métodos clássicos. Dada a pluralidade de teorias e dada a contingência de cada uma delas, os desacordos morais não podem ser sanados objetivamente pelo uso de teorias morais. “[...] aplicar um princípio moral a uma questão jurídica não é a mesma coisa que tomar partido em questões morais controversas e usar a filosofia moral normativa para resolver a disputa.” (POSNER, 2012, p. 180).

Ademais, na prática jurídica juízes usam muito mais da intuição, mesmo quando afirmam estar usando um princípio moral. Posner faz um longo percurso teórico e descritivo para demonstrar como os fatores políticos e a visão social do juiz são decisivos para os chamados casos difíceis. Partindo da constatação de que a sociedade é plural, é praticamente impossível o direito tomar para si um conjunto particular de técnicas que solucionem na plenitude esses desacordos que são inerentes à pluralidade da comunidade.

Posner usa como exemplo do uso da intuição pelos juízes a ideia de um espectador de uma peça de teatro ou de um filme. Esse público tem como característica o distanciamento, pois não está dentro da história ali apresentada. Mas mesmo assim é induzido pelo autor a “escolher” um dos lados. Porém, em obras como Hamlet, Medida por Medida ou Pigmalião, há uma ambiguidade nos papéis desenvolvidos, o que permite uma “escolha” verdadeira pelo espectador. A posição do juiz é semelhante: ele analisa as provas e toma uma decisão. Ambos se utilizam de outros elementos, tais como suas experiências pessoais ou qualquer outro conhecimento especializado obtido por estudo ou debates com outras pessoas. O juiz, em particular, recorre também ao saber cultural especializado do direito. Tanto os juízes, quanto o espectador, realizam uma escolha neutra, decidindo qual das partes tem mais razão, e não onde está a verdade. Quando surge um caso novo, o juiz age como um legislador, mesmo que o direito tenha criado mecanismos para que ele não se reconheça como tal. E dada a pluralidade de valores existentes em cada sociedade, temos que a eficiência se revela como um valor importante para o papel exercido pelo Poder Judiciário, uma vez que pode ser promovido de forma eficaz a partir dessa limitação feitas pela existência do desacordo (POSNER, 2009, 135-144).

A leitura moral da Constituição proposta por Dworkin, nesse sentido, é, para o autor, limitada. A teoria constitucional é apenas um nome pretensioso e desnecessário. As questões difíceis podem ser resolvidas de maneira bem mais simples, pela ponderação das consequências das interpretações alternativas. “*A teoria constitucional não tem o poder de impor a concordância de quem já não está predisposto a aceitar o programa político do teórico*” (POSNER, 2012, p 228). Aqui há uma clara semelhança com a própria teoria moral: ela é abstrata e não empírica, e sua interpretação, uma vez que baseada em documentos localizados num determinado tempo e espaço, não é verificável. Ou seja, o direito constitucional é muito teórico e menos ligado à prática do direito, altamente embriagada pelo moralismo acadêmico. Logo, dá-se aos magistrados um poder enorme, na medida em que essa Constituição teórica será garantida e imposta pelos tribunais.

Partindo dessa crítica, Posner aponta como solução um aperfeiçoamento do direito através de duas estratégias, o profissionalismo e o pragmatismo, como se vê a seguir.

3.3. A proposta teórica de Richard Posner

O autor aponta dois caminhos para solução do moralismo acadêmico e das críticas feitas por ele ao formalismo e ao uso da teoria moral no direito: o profissionalismo e o pragmatismo.

Toda profissão liberal, segundo Posner, traz como sinal distintivo a crença de estar exercendo uma ocupação de importância considerável para a comunidade em geral, através do pressuposto profissional de que possui um

profundo conhecimento especializado adquirido mediante educação formal especializada. Isso justifica, por exemplo, a exigência de que o indivíduo preste uma prova de competência controlada pelo Estado para que possa ingressar nos quadros de uma determinada profissão liberal.

Na realidade, porém, as profissões liberais estão envoltas no que Posner chamou de “mística profissional”, ou seja, uma dissociação entre conhecimento real e a crença nesse conhecimento especializado que paira sobre a profissão liberal. Uma profissão é chamada de liberal justamente pela presença dessa crença, e não pela posse concreta desse conhecimento. E quanto mais frágil for o conhecimento, mais interesse tem os seus profissionais na manutenção de sua mística. Assim, a mística de uma profissão liberal eleva o seu status através de uma densa teia de conhecimento hermético e de técnicas de intensificação dessa suposta crença⁴². Profissionalismo, ao revés, é quando uma profissão liberal adquire seu status e os privilégios que o acompanham pelo uso real de seu conhecimento específico e não pelo apelo a essa mística profissional (POSNER, 2012, p. 293-300).

O direito é um claro exemplo de profissão liberal em crescente ascensão para o profissionalismo. Possui, porém, uma característica curiosa. O direito acadêmico ainda mantém técnicas de manutenção do status de crença, como o jargão obscuro e um profundo nível de formação intelectual, abrindo um grande fosso entre a academia e a prática jurídica. Posner afirma que o direito acadêmico está se tornando uma profissão liberal independente, isolada da prática do direito, e próxima de disciplinas como a ciência política e a filosofia, o que acaba por causar uma distância crescente entre juristas acadêmicos e os demais profissionais do

⁴² Posner cita vários exemplos de técnicas para o cultivo dessa mística: estilo de discurso obscurantista, impermeabilidade do conhecimento profissional, personalidade carismática, subespecialização, falta de hierarquia, simulação de altruísmo, o fato de a profissão liberal ser anticompetitiva e resistível à sistematização (POSNER, 2012, p. 295-298).

direito.

A dimensão política do direito é, porém, um elemento que dificulta alcançar o verdadeiro profissionalismo. O avanço da ação afirmativa e do politicamente correto na formação jurídica, por exemplo, criam um obstáculo à profissionalização, na medida em que colocam a atividade sob o domínio da ideologia e não sob uma racionalidade instrumental objetiva com vistas a atingir um resultado determinado. Posner adota, na esteira do pensamento de Oliver Wendell Holmes, a chamada “tese da suplantação” ou da “superação do direito”, pela qual se acredita que o direito tal como o entendemos nos dias atuais é somente uma fase de transição na evolução do controle social. Há um nítido exagero no uso da moral, que aponta para uma saturação, uma vez que a linguagem ali adotada é fonte constante de confusão, prevalecendo apenas pela obediência dos indivíduos ao uso da força irresistível do Estado de Direito.

A bagagem moral e mental do direito provém do fato de que a maioria dos princípios jurídicos tem base na tradição, e esta, fortemente judaico-cristã, está saturada de conceitos morais que põem em evidência o estado mental. [...] A única utilidade da história para o direito está em desmascarar as doutrinas obsoletas, demonstrando que não passam de vestígios. Os juízes tem de compreender que o único fundamento sólido de qualquer norma jurídica são as vantagens que ela traz para a sociedade, e a determinação dessas vantagens depende de um juízo econômico, da ponderação de custos e benefícios. (POSNER, 2012, p. 328).

O pragmatismo, ponto de chegada da filosofia do direito posneriana, é o elemento que possibilitará que o direito alcance um verdadeiro profissionalismo. Sua concepção baseia as decisões jurídicas em fatos e consequências, através de uma análise de custo e benefício de todas as possibilidades cabíveis ao caso concreto. O pragmatismo filosófico incita a dúvida, que por sua vez incita a investigação, tornando o juiz menos dogmático e com a mente mais aberta (POSNER, 2012, p. 357-359).

Para o autor, a tentativa mais ambiciosa e influente dos últimos anos de elaborar um conceito abrangente de justiça é oriunda de pesquisas interdisciplinares entre direito e economia, chamada de Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law). Possui a ideia central de que as todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as atividades que envolvem uma escolha⁴³. Esse processo abrange tanto as satisfações monetárias como as não-monetárias, não necessariamente consciente. “Racional”, aqui, significa uma adequação entre meios e fins, e não meditação sobre coisas, além da percepção de que boa parte do nosso conhecimento é tácita. Nesse cenário, o poder legislativo se move através das trocas de votos e apoio financeiro de grupos de interesse por uma legislação favorável⁴⁴. O judiciário, por sua vez, exerce o duplo papel de interpretar as negociações dos grupos de interesses incorporados as legislação e oferecer o serviço público básico da solução dos litígios. Na prática, juízes decidem os casos de acordo com preceitos de maximização da riqueza (que abrange bens tangíveis e intangíveis), principalmente a fim de eliminar ao máximo as controvérsias e trazer a eficiência em seu maior grau. As decisões que fogem desse padrão de eficiência terão um alto custo social, o que necessariamente forçará a sua revisão (POSNER, 2007, p. 473-483).

Uma vez que a maximização de riquezas não é apenas um guia para o julgamento com base no “common law”, mas também um valor

⁴³ Com exceção de crianças bem novas e de pessoas que sofrem de graves distúrbios mentais.

⁴⁴ “Presumo que os legisladores sejam maximizadores racionais de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas”. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz. O mais provável é que esse dinheiro venha de grupos bem organizados, e não de indivíduos desorganizados. O indivíduo racional sabe que sua contribuição provavelmente não faça diferença alguma; por esse motivo, e também porque na maioria das eleições os eleitores votam em candidatos, e não em projetos políticos, o que enfraquece ainda mais a relação entre votar e obter o tipo de política pública que se prefere, o indivíduo racional terá pouco incentivo para investir tempo e empenho para decidir em quem votar. Somente um grupo organizado de indivíduos (ou empresas, ou outras organizações – mas estas são canais de indivíduos) será capaz de superar os problemas informacionais e de ‘free-riding’ que infestam a ação coletiva. [...] **A tática básica de um grupo de interesses consiste em trocar os votos de seus membros e seu apoio financeiro aos candidatos pela promessa implícita de uma legislação favorável.**” (POSNER, 2007, p. 474-475, grifo nosso).

social genuíno, e o único que os juízes tem condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação. [...] Além de gerar tanto predições quanto prescrições, a abordagem econômica permite que o “common law” seja reformulado em termos simples e coerentes, e aplicado com mais objetividade do que os advogados tradicionais imaginariam possível. [...] Depois de retraduzir do vocabulário econômico para o jurídico, o analista vai descobrir que em sua maioria as doutrinas vigentes são aproximações aceitáveis das implicações da teoria econômica, sendo, portanto, válidas do ponto de vista formalista (POSNER, 2007, p. 484-485).

Posner conceitua a atividade jurídica pragmática como uma tentativa dos juízes em fazer sempre o melhor possível em vista do presente e do futuro, motivados pelo dever de assegurar a coerência de princípios dada pelas autoridades do passado⁴⁵. Esse juiz pragmático sempre buscará decidir de modo a gerar os melhores resultados possíveis para o futuro, sem que estejam sempre presos à autoridade do precedente. A jurisprudência e a legislação são depósitos de conhecimento, fontes potencialmente úteis para o melhor resultado, além de servirem como pontos de referência para segurança jurídica (POSNER, 2012, p. 380-381). Dessa forma, o juiz pragmático valoriza o passado não em si mesmo, mas somente em relação ao presente e ao futuro, a partir de um método comparativo-consequencialista. Ou seja, os magistrados devem avaliar comparativamente diversas hipóteses cabíveis ao caso concreto dando a cada uma um peso diverso, de acordo com as consequências que elas geram (POGREBINSCHI, sem data, p.2).

As questões interpretativas, dado o desacordo das investigações morais, podem ser reduzidas a questões sobre consequências. Quando uma pessoa dirige um carro e se depara com o sinal vermelho, está de um diante de uma mensagem cuja análise da melhor consequência implica que o indivíduo pare o

⁴⁵ Posner aqui se apropria da concepção dworkiana de pragmatismo, reformulando-a. Diferencia um juiz pragmático de um juiz positivista pela ideia de que esse último se ocupa principalmente da coerência com decisões passadas, enquanto o primeiro busca a coerência com passado somente quando a decisão baseada em precedentes for a que gere melhores resultados para o futuro (POSNER, 2012, p. 380-381).

carro. O intérprete empreende uma reconstrução imaginativa de todas as hipóteses possíveis para o caso concreto, pesando as consequências das diversas interpretações alternativas (POSNER, 2007, p.401-403).

A própria Constituição possui cláusulas demasiadamente generalistas, o que exige o exercício do poder discricionário e a ponderação de consequências (POSNER, 2009, p. 248-249). Há uma necessidade de ir além do direito, para além de suas fontes ortodoxas. A legislação e a jurisprudências são apenas mais uma das fontes úteis do direito, na forma acima exposta⁴⁶. Segundo Posner, juízes estão acima da média, uma vez que estão na extremidade superior da população em matéria de idade, instrução, inteligência, imparcialidade e sobriedade, tendo passado por elaborado processo de avaliação antes de sua nomeação. Um sábio juiz, em uma comunidade plural, busca confrontar suas próprias opiniões com as da sociedade. A decisão, dessa forma, é influenciada pela emoção, mas essa emoção é baseada pela experiência e informação que o magistrado carrega e que pode ser disciplinada pelos fatos. A marca do juiz pragmático é não estar preso a nenhum tipo específico de padrão, a um estilo particular de julgar ligado a decisões passadas ou qualquer justificativa não-pragmática da atividade judicial. Esse magistrado, porém, não pode cair na preguiça intelectual: ele deve levar em conta todas as fontes do direito e todos os argumentos jurídicos pertinentes ao caso que vai decidir (POSNER, 2012, p. 406-415).

Em síntese, o pragmatismo é mais do que uma teoria que, com a forte marca do consequencialismo, do contextualismo e do anti-fundacionismo, impõe um método próprio para realização da atividade judicial. O pragmatismo é mais do que uma teoria. É uma atividade, qual seja, a atividade dos juízes norte-americanos. Daí

⁴⁶ Ao ser acusado de jnsnaturalista, Posner se defende dizendo que os desvios à legislação e à jurisprudência não significam um apelo à fontes transcendentais como Deus ou princípios morais (POSNER, 2012, p. 405).

a necessidade de Posner em voltar sua teoria para a atividade pragmática de forma mais profunda do que para uma filosofia do pragmatismo em si. Cria-se, a partir do pragmatismo, verdadeiras políticas públicas, uma vez que a melhor decisão, para a abordagem pragmática, é aquela que intervém na realidade social de acordo com as necessidades humanas e sociais (POGREBINSCHI, sem data, p.3).

CAPÍTULO 4. O DEBATE ENTRE RICHARD POSNER E RONALD DWORKIN

Antes de verificar como o STF interpretou os direitos políticos nos estudos de casos selecionados, vamos abordar as críticas e o debate entre os autores aqui analisados. Na sintética abordagem que fizemos das teorias de ambos os autores já ficou demonstrado que Dworkin e Posner partem de um ponto comum, qual seja, a crítica ao positivismo jurídico e de seu formalismo. Ambos apontam as falácias dos métodos jurídicos defendido pelos positivistas, e a partir daí propõe uma nova concepção de direito. Cada teoria inclui a moral em ponto diferente da análise jurídica, de forma a produzir um resultado diferente para a decisão judicial.

4.1. O que Richard Posner diz sobre Ronald Dworkin?

Para Posner, Dworkin parece fazer a descrição de uma teoria geral, e não uma de abordagem dentre outras do direito. Ali há apenas a defesa de sua maneira particular de ver o mundo jurídico. Dworkin, porém, a intitula de teoria, sem alcançar a pretensão de generalidade que demanda esse adjetivo (POSNER, 2012, p. 182). Para o seu crítico, o problema da teoria da integridade é que os juízes são obrigados, diante dos frequentes casos indeterminados, a fazer uma escolha de valores baseada na própria intuição e experiência pessoal. Essa escolha, diferentemente da escolha feita pelo legislador, tende menos a refletir as pressões dos diversos grupos sociais que convivem em uma determinada sociedade. Dworkin, segundo seu crítico, atribui ao raciocínio jurídico uma natureza demasiadamente determinada, como se fosse possível eliminar as preferências políticas pelo filtro das

decisões baseadas em princípios. Posner observa:

O que ele [Dworkin] deveria dizer é que os juízes não deixam de praticar o direito quando proferem decisões políticas, pois o direito e a política se interpenetram. Sob certo aspecto, o direito é simplesmente a 'atividade' dos juízes, e essa atividade frequentemente tem uma dimensão política. Não que 'juiz sem lei' seja uma contradição em termos. O juiz sem lei é aquele que é político 'demais' e por isso deixa de conformar-se à concepção dominante que sua sociedade tem dos limites extremos da liberdade decisória do magistrado. (POSNER, 2012, p. 152).

O ponto central da sua crítica a Dworkin é também um dos pressupostos centrais de sua abordagem pragmática: a ideia de que a jusfilosofia em nada pode ser útil ao juiz, uma vez que é abstrata demais e, ao mesmo tempo, culturalmente localizada em um tempo e em espaço. Dworkin defende que a teoria moral está inextricavelmente ligada ao direito; pode haver nesse argumento, para Posner, uma confusão criada pela coincidência que ocorre entre certas obrigações morais e jurídicas (POSNER, 2012, p. 169). Ambos são métodos paralelos com o fim de propiciar certo grau de cooperação em prol do desenvolvimento na sociedade. Isso ocorre também, pois o direito muitas vezes utiliza vocábulos com alta conotação moral⁴⁷, com intuito de expressar a busca pela justiça. Mas o direito não respalda a moral. Basta observar que muitas condutas punidas com sanções legais são moralmente indiferentes, tais como, acordos de fixação de preços entre concorrentes, dirigir sem cinto de segurança, romper involuntariamente os termos de um contrato, comércio de títulos baseado em informações privilegiadas. Esses atos são punidos apenas pelo direito, sem que configurem lesões a obrigações morais (POSNER, 2012, p. 171).

Dworkin, assim como a maioria dos teóricos constitucionais, realiza um

⁴⁷⁴⁷ “O direito usa termos morais em parte por causa de suas origens, em parte para impressionar, em parte para falar uma língua que os leigos, a quem se dirigem os comandos da lei, tem mais probabilidade de entender – e em parte, admito, porque o ‘de fato’ o direito e a moral se sobrepõe em uma medida considerável.” Posner, alerta, porém, que a sobreposição não é grande o suficiente para que se reduza a um desses dois sistemas (POSNER, 2012, p. 173).

raciocínio jurídico “de cima para baixo”. Nele o intérprete adota uma teoria sobre algum campo do direito e a utiliza para organizar, criticar, aceitar, rejeitar ou distinguir os casos concretos. Justifica-se a decisão com base nessa teoria de forma a buscar um resultado coerente com seus preceitos. O raciocínio “de cima para baixo” reúne em uma teoria abrangente diversos valores políticos, morais e institucionais, de forma a reconhecer e ler os direitos constitucionais a partir dessas premissas genéricas. Para realizar esse tipo de raciocínio de forma coerente é indispensável o apoio de uma filosofia constitucional. Em oposição, temos o raciocínio “de baixo para cima”, em que o juiz partirá do texto da Constituição para tentar localizar tais direitos, procurando cláusula por cláusula a melhor interpretação (POSNER, 2009, p. 187-199). Posner afirma que a abordagem dworkiniana acaba se revertendo nesse raciocínio limitado “de baixo para cima”:

Uma teoria abrangente do direito constitucional contrariará uma infinidade de compromissos profundos, sem, no entanto, conseguir defender-se com argumentos definitivos. É por isso que a situação com respeito à teoria constitucional é de indeterminação prática e leva o jurista cauteloso de volta à abordagem do tipo cláusula por cláusula. É muito mais fácil imputar um propósito a uma determinada cláusula e depois usar esse propósito para gerar e circunscrever o sentido da cláusula [...], do que imputar um propósito à Constituição como um todo e defender essa imputação convincentemente. O problema da abordagem modesta é que ela gera grandes vácuos de proteção constitucional. (POSNER, 2009, 199-200)

Os juízes não precisam tomar partido de questões morais para decidir os casos concretos, de modo que as considerações derivadas da teoria moral são apenas um (dos vários) elemento disponível para o juízo judicial. A rejeição do positivismo não pode criar automaticamente essa imbricação entre direito e moral como necessária. Um dilema moral não precisa ser resolvido somente pela chamada razão moral (POSNER, 2012, p. 177-178). Quando um juiz faz o que Dworkin chama de “ascensão justificatória” e vislumbra todos os campos do saber que de alguma forma toca a questão a ser decidida, ele precisa escolher um princípio dominante

que será aplicado ao caso concreto. Dessa forma, segundo Posner, ao chegar em cima, o juiz joga fora a escada que ele foi obrigado a subir. E dada a abstratividade e o caráter etéreo desses princípios, é praticamente impossível escolher sem que se leve em conta sua experiência pessoal (POSNER, 2012, p. 184-185).

Para Posner, Dworkin apresenta apenas um dos estilos possíveis de se praticar direito (e nem é a melhor dentre as existentes). A maioria dos juízes norte-americanos são pragmáticos e não ideólogos. Esse é o ponto alto de um sistema jurídico baseado em precedentes: sua sensibilidade aos aspectos particulares de disputas judiciais específicas. Isso impede supergeneralizações e “educa” o magistrado em boas decisões. Dworkin, porém, traz em sua teoria uma carga altamente politizada de direitos constitucionais, o que leva esse autor a trabalhar com tipos ideais de direitos (POSNER, 2012, 186-189). Logo, há na teoria da integridade um profundo caráter retórico e um nível demasiadamente profundo de alegações filosóficas que se distanciam da prática dos tribunais e exige do magistrado uma postura irreal. Dworkin e sua teoria materializam a crítica feita por Posner sobre o moralismo acadêmico: a integridade está situada no universo acadêmico, distante da prática profissional, como repudia a abordagem pragmática.

4.2. O que Ronald Dworkin diz sobre Richard Posner?

Ronald Dworkin dedica dois capítulos de sua obra “A Justiça de Toga” para a análise crítica da abordagem pragmática de Richard Posner. Há, segundo o autor, duas formas de se responder a pergunta: “o que torna verdadeira ou falsa uma afirmação sobre o que é o direito no que diz respeito a determinada questão?”, ou

ainda, “qual é a maneira adequada de raciocinar sobre a veracidade das alegações em direito?”. A primeira é a chamada abordagem teórica. Através dela o intérprete aplica uma densa rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política, de forma que a resposta correta só é possível através de uma profunda reflexão sobre um sistema teórico de princípios. A segunda resposta é a abordagem prática, pela qual uma decisão jurídica é um acontecimento político a ser resolvido pelos aplicadores do direito como um problema prático imediato, através da análise das consequências de diferentes respostas (DWORKIN, 2010, p. 72-73). Dworkin já antecipa que defende a abordagem teórica, mesmo parecendo a segunda resposta mais equilibrada e adequada ao sistema jurídico norte-americano. Posner é o principal crítico da abordagem teórica e um dos principais nomes da abordagem prática.

A abordagem teórica tem como pressuposto a realização de uma leitura dos “princípios inseridos na prática”. Dworkin utiliza essa expressão como uma metáfora que denota a exigência de uma justificação do caso concreto através de princípios que também fundamentam uma prática jurídica mais geral do direito. Trata-se, portanto, de uma proposta interpretativa que coloca aquela prática sob uma luz mais favorável. Hércules faz esse percurso lógico-interpretativo: ele expressa seus pensamentos de fora para dentro, de forma que, ao julgar seu primeiro caso, ele elabora uma teoria imensa, de grande abrangência e apropriada para todas as situações⁴⁸.

⁴⁸ Dworkin alerta que os juristas, em geral, fazem o contrário. Eles raciocinam de dentro para fora, partindo do caso concreto para a teoria geral. Fazem isso por falta de tempo ou por necessidade, por não poderem se dedicar profundamente, em cada caso, a criar uma ampla teoria filosófica que dê suporte a sua fundamentação. Não podemos esquecer aqui que Hércules é uma das várias metáforas criadas por Ronald Dworkin, e que serve para facilitar a compreensão de sua teoria. O próprio Hércules é conceituado como um juiz de forças e capacidades sobre-humanas, não podendo, portanto, ser encontrado um equivalente dentre os homens. A metáfora de Hércules denota muito mais um processo, uma forma, uma postura que deve ter o magistrado, do que um resultado 100% concretizado.

Raciocinar de fora para dentro, portanto, é uma ambição de coerência. É a ideia de que a ciência é uma rede inteiriça onde cientistas são suas costuras e emendas:

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

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

Portanto, quando Dworkin afirma que um princípio pode oferecer uma melhor justificação de algum aspecto da prática jurídica, ele está colocando em prática a chamada “ascensão justificatória”, ou seja, exigindo que o intérprete se afaste do caso concreto por alguns instantes para lançar um olhar abrangente sobre o direito. Assim, ele será capaz de dar uma fundamentação ao caso concreto que harmonize o direito, num movimento que justifique o caso concreto e, ao mesmo

tempo, suba a patamares mais abrangentes e amplos que visualizam o direito como um todo.

A Escola de Chicago, que tem como um de seus principais nomes Richard Posner, faz crítica à concepção teórica e se destaca por encabeçar uma forte tendência intelectual antiteórica do fim do século XX. A crítica pode ser sintetizada em três argumentos: metafísico, pragmático e profissional. Percebe-se, aqui, total identidade com as críticas lançadas pelo juiz Posner no capítulo e no tópico anterior.

O argumento metafísico parte da ideia de que não existem respostas objetivamente corretas, que não existe verdade objetiva sobre a moralidade política, uma vez que todas as nossas convicções sobre esses assuntos são criações dos nossos “jogos de linguagem”, locais e contingentes. Dworkin o combate em dois argumentos: (a) *[...] se não existe nenhuma moral objetiva, nenhuma afirmação desse tipo pode ser, de fato, superior em qualquer caso verdadeiramente difícil;* e (b) *[...] os juristas [...] devem estar prontos a oferecer uma justificação teórica a seus julgamentos porque não é justo submeter alguns cidadãos a um regime de princípios que a comunidade desautoriza em outras circunstâncias – e essa própria defesa moral reivindica status objetivo* (DWORKIN, 2011, p. 85). Ou seja:

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

O argumento pragmático é a já conhecida crítica posneriana ao academicismo moral. É marcado por uma negativa de fundamentar seus escritos em nenhuma tese filosófica, considerando seus pontos de vista sobre a decisão judicial como independentes. Defende que não devemos acolher ideias estranha e que

devemos estar sempre atentos às consequências da decisão como forma de condução da atividade intelectual e jurídica. O raciocínio jurídico, dessa forma, é consequencial e não deontológico, com finalidades utilitaristas, no sentido de que a lei ou a decisão judicial tornará uma situação melhor se, no conjunto ou na média, resultar na melhora da condição das pessoas. Posner ainda diz que a abordagem pragmática é experimental, recomendando que a decisão judicial seja imaginativa, devendo os juízes experimentar soluções diferentes para os problemas para verem quais funcionam, sem levar em consideração se são endossadas por alguma teoria de peso. O problema aqui é, justamente, a preocupação com aquilo que funciona apenas, e não com o que é verdadeiro.

A terceira objeção e última objeção descrita por Dworkin à abordagem teórica é o “argumento profissional”. Aqui Posner defende haver uma confusão entre os campos profissionais: somos juristas e não filósofos, devendo pensar e racionar como tanto. Sugere, como solução às suas críticas a teoria moral, um alto nível de profissionalização dos juristas, de modo a separar desse grupo os acadêmicos. Para Posner, os professores universitários e pesquisadores estariam em outro grupo profissional, diferente e distante de advogados e juízes. Os juristas, por sua vez, devem abster-se, no exercício da responsabilidade do julgamento individual, de aventurar-se no campo abstrato da teoria moral política.

Dworkin demonstra, porém, como esse argumento é problemático, uma vez que é necessário um mínimo de fundamentação teórica para decidir os casos concretos: *não podemos nem começar a responder a essas perguntas se um profundo mergulho na teoria* (DWORKIN, 2011, p. 99). Nesse ponto, Dworkin dialoga diretamente com outro representante dessa crítica, qual seja, Cass Sunstein. Sunstein rebate dizendo que exposição teórica utilizada remeterá a princípios “de

nível mediano”, sem invocar o alto nível da integridade. Fica claro, porém, que a expressão de “de nível mediano” é extremamente problemática, dada a sua indeterminação e sua falta de clareza e determinação. Esse autor, portanto, não consegue refutar a abordagem teórica, não ficando claro em sua argumentação os motivos pelos quais ele prefere abandonar a integridade e defender a antiteoria.

Dworkin conclui dizendo:

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

Num segundo momento, Dworkin focará mais na sua resposta à crítica antiteórica contra a teoria moral, em especial, à crítica formulada por Posner. Dworkin tentará demonstrar a fragilidade do argumento de Posner, focando em duas razões principais: a primeira, que os argumentos de Posner estão conectados ao chamado movimento antiteórico populista (muito poderoso na vida intelectual norte-americana), sendo a sua argumentação um exemplo dessa tendência; a segunda razão é de natureza tática, uma vez que, apesar dele pretender demonstrar que juízes e pessoas comuns podem passar sem a teoria moral, acaba utilizando-se de

argumentos que recorrem o tempo todo a essa teoria⁴⁹.

Posner diferencia a teoria moral da moral em si, para afirmar que combate somente a última. Essa diferença, entretanto, é apenas uma questão enganosa de grau, uma vez que é impossível estabelecer onde o juízo moral termina e onde começa a teoria moral:

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

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

⁴⁹ Posner faz aquela distinção entre questões “sobre” moral e questões “de” moral, mas para Dworkin, a abordagem pragmática diz muito mais sobre o último aspecto.

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

Dworkin então demonstra como os argumentos de Posner são ruins e insustentáveis. Pergunta-se: o que explica sua resistência violenta ao “moralismo acadêmico”? O autor acredita que as afirmações do utilitarista só podem ser mantidas se se fundamentarem numa ampla e substantiva teoria moral própria. Acredita-se que Posner segue uma postura diferente da que endossa, de um relativismo “adaptacionista” da moral, em que se avalia a moral pela sua contribuição à sobrevivência da sociedade. Quando Dworkin identifica tal proposta no autor da análise econômica do direito, diz que todos os mistérios que ele veio descrevendo até aqui se desfazem. Posner anseia em defender o que julga ser um raciocínio natural, em contraposição ao moralismo acadêmico. Seus argumentos, porém, mostram o contrário: a teoria moral não pode ser eliminada e a perspectiva moral é indispensável, até mais para o ceticismo ou relativismo moral. “*O próprio Posner é guiado por uma crença moral tácita, dissimulada e pouco atraente, porem inexorável.*” (DWORKIN, 2011, p. 133).

4.2.1. O argumento final de Dworkin a partir do caso Bush vs. Gore

O argumento final e derradeiro de Dworkin nesse debate com Posner pode ser extraído dos comentários tecidos por este para o emblemático caso Bush vs. Gore, decidido pelo Suprema Corte norte-americana em 2000. Al Gore, candidato à presidência da república dos Estados Unidos nas eleições de 2000, requereu a recontagem dos votos de quatro condados do estado da Flórida, por suspeita de fraude nos resultados. A Suprema Corte norte-americana decidiu pela improcedência do pedido por ser o mesmo inconstitucional e para evitar uma insegurança jurídica baseada na ultrapassagem do término legal do processo eleitoral⁵⁰. Posner toma esse julgado como exemplo para demonstrar a aplicabilidade de sua teoria, afirmando que adotando a abordagem pragmática os juízes terão resultados melhores em termos gerais. Para ele, os conservadores do caso em análise agiram como a abordagem pragmática aconselharia que eles agissem (DWORKIN, 2011, p. 134).

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

⁵⁰ Para mais informações sobre o caso Bush vs. Gore, ver: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>, acesso em janeiro de 2013.

extensa, vale aqui a transcrição na íntegra dos motivos de Posner para essa afirmação, nas palavras de Dworkin:

Haveria 'as melhores consequências para a sociedade' a longo prazo caso se levasse em consideração o precedente e a doutrina, que recomendavam a rejeição do recurso de Bush e, portanto, a permissão para que a recontagem dos votos prosseguisse na Flórida, ou caso se referendasse uma argumento legal inconveniente que interrompesse a recontagem, de modo que Bush se tornasse presidente eleito sem mais delongas? Era previsível, afirma Posner, que se os cinco juízes conservadores votassem pela segunda opção, concluir-se-ia que eles haviam tomado uma decisão tendenciosa, e que a reputação de honestidade e imparcialidade da Corte, que é importante, sofreria as consequências de seu gosto. Isso apontava favoravelmente para a primeira opção. Mas a possibilidade do que ele chama de 'pior cenário', que decorreria dessa decisão, pesou mais em favor da segunda opção. Aqui está o pior cenário que, para Posner, os juízes da Suprema Corte podem ter levado em conta em dezembro de 2002, quando tiveram de tomar sua decisão: a recontagem poderia ter apontado Gore como vencedor na Flórida, e a Corte da Flórida poderia, então, ter declarado que os votos do Estado eram de Gore. Como a decisão da Suprema Corte seria tomada em 12 de dezembro, essa recontagem não teria se concluído na data-limite desse mesmo dia, o que tornaria a certificação dos eleitores do Estado imune a uma contestação do Congresso; na verdade, uma recontagem responsável não poderia ser concluída nem mesmo em 18 de dezembro, data em que se exige que os eleitores depositem seus votos. Nesse ínterim, o poder legislativo da Flórida, dominado pelo republicanos, poderia ter escolhido sua chapa eleitoral favorável a Bush. O Congresso deveria então ter optado entre as duas chapas eleitorais, mas poderia ficar dividido: a Câmara dos Deputados de maioria republicana aliada à chapa de Bush, mas o Senado igualmente dividido, ainda controlado pelo vice-presidente Gore, que teria dado o voto decisivo, referendando a chapa de Gore. Se o Congresso não chegasse a uma posição de consenso, a chapa confirmada pelo governador da Flórida, irmão de Bush, teria sido empossada. Mas o que aconteceria se a Suprema Corte da Flórida tivesse ordenado ao governador que confirmasse a chapa de Gore, se o governador se tivesse recusado a fazê-lo, e se a Corte da Flórida o tivesse declarado em desacato? Quem decidiria qual era o veredicto oficial do governador? Suponhamos que, no fim, os votos da Flórida não passassem por nenhuma recontagem. Gore então teria tido a maioria dos votos dos eleitores, mas não a maioria do número total de votos, e nesse caso a presidência dependeria da questão irresolvida de saber se ele precisaria apenas dos primeiros para ser o vencedor. A Suprema Corte poderia recursar-se a decidir a questão por considerá-la uma questão política, caso em que o impasse arrastaria indefinidamente. Um presidente em exercício seria necessário e, com base em certos pressupostos, tal presidente seria Lawrence Summers, na ocasião Secretário do Tesouro (hoje reitor da Universidade de Harvard).

Summers teria sido um presidente em exercício eficaz? (DWORKIN, 2011, p. 136-137)

Posner trata esse cenário acima exposto como o mais provável de ocorrer. De acordo com Dworkin, faltou ponderar de forma adequada as consequências possíveis, de forma a se alcançar um equilíbrio entre as variantes existentes nesse exercício imaginativo/experimental. Uma análise pragmática deve considerar todas as possibilidades possíveis para que possa se afirmar como autêntica, e deve fazer tal cálculo em termos comparativos, levando-se em conta a gravidade de cada hipótese e reduzindo-as de acordo com a sua probabilidade. Para Dworkin, a fundamentação de Posner não considera esse aspecto essencial da abordagem pragmática, uma vez que toma como comum o pior dos cenários, desconsiderando, inclusive, os riscos reais dessa tomada de posição. A defesa de Posner do caso Bush vs. Gore expõe a falácia de sua abordagem pragmática. Sua teoria, ao propor uma busca por uma pretensa objetividade a ser alcançada pela utilidade da decisão, acaba chegando a posições extremamente discricionárias e assim, subjetivas. Para Dworkin, portanto, Posner falha em sua crítica ao moralismo acadêmico e à teoria moral, e falha também na sua solução pragmática-consequencialista: ele parte da crítica ao formalismo e a pretensão de universalidade do positivismo, mas leva o direito por caminhos mais obscuros, de plena subjetividade e discricionariedade.

CAPÍTULO 5. ENTRE A LEITURA MORAL E O PRAGMATISMO: UM ESTUDO DE CASO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesse capítulo toda a trajetória descritiva feita até sobre debate entre Ronald Dworkin e Richard Posner, através de um estudo de caso. Queremos verificar, na prática do direito brasileiro, a dificuldade do poder judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, em atingir o equilíbrio proposto pela teoria da integridade e não confundir o uso da leitura moral com um moralismo prejudicial ao desenvolvimento da democracia. Para tanto, abordaremos três Recursos Extraordinário julgados pelo STF entre os anos de 2010 e 2012, acerca da aplicabilidade da Lei Complementar 35/2010 (conhecida popularmente como a Lei da Ficha Limpa) face ao princípio da anterioridade eleitoral prevista no artigo 16 da Constituição Federal. Esses processos culminaram na Ação Direta de Constitucionalidade nº29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, para questionar a aplicabilidade de vários dispositivos da Lei da Ficha Limpa.

5.1. Um estudo de caso: a lei da Ficha Limpa, combate à corrupção, anterioridade eleitoral e irretroatividade da lei

Em 07 de junho de 2010 foi publicada a Lei Complementar nº 135, batizada popularmente de Lei da Ficha Limpa, que alterou a Lei Complementar nº64/90 para prever novas hipóteses de inelegibilidade, bem como alterar o período

de afastamento das urnas para aqueles que nela se enquadrarem para oito anos. A lei fortalece as punições aplicadas aos cidadãos e candidatos que violarem a ética das eleições ou que tenham contra si condenações na esfera eleitoral, administrativa ou criminal. Nasceu de projeto de lei de iniciativa popular encabeçada pelo Movimento Nacional de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) por meio da assinatura de cerca 1,3 milhão de brasileiros⁵¹.

A lei da Ficha Limpa entrou em vigor na data de sua publicação e assim ficou estabelecida a dúvida. O art. 16 da Constituição Federal disciplina o princípio da anterioridade eleitoral, pelo qual, uma lei eleitoral que modifique o processo eleitoral não poderá ser aplicada às eleições que ocorram até um ano de sua vigência. Antes mesmo da sanção da lei da Ficha Limpa, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi instado a responder a duas consultas sobre a sua aplicabilidade para as próximas eleições. Em agosto de 2010, o TSE decidiu que a lei seria aplicável às eleições gerais daquele ano⁵².

Apesar da latente controvérsia constitucional, somente às vésperas do pleito chegou ao Supremo Tribunal Federal o primeiro processo envolvendo a lei da Ficha Limpa, em que o candidato ao governo do Distrito Federal teve sua candidatura recusada pelo TSE em virtude de renúncia ao mandato de senador em

⁵¹ Fonte: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/09/29/lei-da-ficha-limpa-sera-aplicada-pela-primeira-vez-em-eleicao-geral>. Acesso em nov 2014.

⁵² “Afirmou o TSE na primeira consulta, em 10 de junho de 2010, que a LC n° 35/2010 seria aplicada nas Eleições 2010, afastando a interpretação que levaria a incidência do art. 16 da Constituição. Caso entendesse incidente este dispositivo constitucional, as alterações na Lei de Inelegibilidades só seriam aplicáveis para as eleições que ocorressem um ano após a sua publicação. Além deste ponto, o TSE respondeu a Consulta n° 114709, afirmando que a ‘incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor’, conforme voto do ministro Arnaldo Versiani acolhido por maioria pelo Tribunal Superior Eleitoral.” Para mais ver: LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A novela da Ficha Limpa. Os Constitucionalistas*. Brasília. 15 fev. 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-novela-da-ficha-limpa>. Acesso em: 10 fev. 2013. .

2007 para escapar de processo de cassação por quebra de decoro parlamentar. A decisão no Recurso Extraordinário nº 630.147/DF tornou-se mais complexa após o empate em 5x5 no Plenário e ausência do 11º Ministro, uma vez que ainda não havia sido nomeado substituto para a cadeira vaga após aposentadoria do Ministro Eros Graus. Diante do impasse, o STF “decidiu não decidir”, suspendendo o julgamento até a nomeação de um novo ministro. Roriz, entretanto, renunciou à candidatura, o que levou a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por perda de objeto.

Antes ainda da escolha do novo ministro para vaga de Eros Graus, mais outro recurso chegou ao STF, com a mesma fundamentação jurídica do caso Roriz: o candidato Jader Barbalho (RE 631.102/PA) teve sua candidatura barrada pelo TSE pela aplicação da Lei da Ficha Limpa às Eleições 2010. Para Barbalho, o STF se viu novamente diante do empate, e decidiu aplicando, por analogia, o art. 205, parágrafo único, inciso II do seu Regulamento Interno (RISTF), pela permanência da decisão do TSE. O STF, nesse caso, decidiu sem aprofundar o debate e sem decidir sobre a aplicabilidade da referida lei face ao art. 16 da Constituição Federal.

Somente em março de 2011, com a posse do Ministro Luiz Fux para a 11ª cadeira, o STF decidiu pela não aplicação da lei da Ficha Limpa para as eleições gerais de 2010. Destacamos aqui o RE 633.703/MG, do candidato à deputado federal Leonídio Bouças, que teve seu registro negado em razão de condenação por improbidade administrativa.

Passada essa primeira controvérsia, em fevereiro de 2012, o STF julgou conjuntamente três ações de controle de constitucionalidade envolvendo a lei

da Ficha Limpa: a) ADC n° 29, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS; b) ADC n° 30, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil; e c) ADI 4578 proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais. Dentre as várias questões levantadas, se destaca o debate sobre a aplicação das novas inelegibilidades a fatos pretéritos à vigência da lei. Decidiu-se pela constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade questionadas, bem como pela aplicabilidade da nova lei a fatos ocorridos antes do início da sua vigência.

O objetivo dessa pesquisa de mestrado é testar os argumentos levantados pelos ministros nos julgados acima citados à luz da teoria da integridade e da abordagem pragmática. Nossa preocupação não é necessariamente com o resultado, e sim com a argumentação adotada no que diz respeito à aplicabilidade da lei da Ficha Limpa nas Eleições 2010 e a irretroatividade dessas novas hipóteses de inelegibilidades. Por se tratar de um estudo focado na teoria da decisão judicial, queremos analisar, através do estudo de caso, os possíveis resultados na adoção de duas posturas interpretativas diversas, verificando o implemento democrático realizado pela integridade e pelo pragmatismo.

É interessante esclarecer que sob os casos paira um tema recorrente na sociedade brasileira: o combate à corrupção. Apesar do apelo popular que o debate tem, precisamos analisar o fenômeno pela ótica que nos compete, qual seja, a ótica jurídica. Como bem alerta Fernando Filgueiras, a característica essencial da corrupção é o fato de ela ser um juízo moral formulado por uma determinada comunidade contra um conjunto de ações específicas que degeneram o interesse público. É um conceito normativamente dependente uma vez que representa juízos emitidos contra a legitimidade de atores e instituições a partir de normas pressupostas que definem o conteúdo do interesse público. Conforme exemplifica o

autor, o desvio de recursos públicos é uma ação específica, de natureza própria, que ganha status de corrupção a partir do momento que subverte normas pressupostas do interesse público. Logo, corrupção traz em si um elemento jurídico indissociável, sendo um juízo moral dependente do processo de justificação e aplicação de normas no direito. A correção e probidade que se espera dos agentes públicos ligue-se a ideia de justiça, fortalecendo a comunidade de princípios que serve de pressuposto para essa realização (FILGUEIRAS, 2013, p.56-57).

No próximo tópico iremos descrever os principais argumentos formulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nos seguintes processos: RE 630.147/DF, RE 631.102/PA, RE 633.703/MG, ADC 29 e 30 e ADI 4578. Nosso foco aqui é o juízo moral sobre a corrupção a partir da questão jurídica de se aplicar ou não a Lei da ficha Limpa para casos ocorridos antes de sua vigência e para as eleições gerais do ano de publicação. Num segundo momento, testaremos essas argumentações à luz das teorias de Richard Posner e Ronald Dworkin.

5.2 Os argumentos dos primeiros casos da Lei da Ficha Limpa

Começamos pelo voto do Relator no processo, Ministro Ayres Britto, no RE 630.147/DF, que tem como recorrente o então candidato ao governo do Distrito Federal, Sr. Joaquim Roriz. Ressaltamos que a maioria dos votos se repetem no RE 631.102/PA, tendo, inclusive, sido copiados em sua literalidade da votação do recurso interposto por Roriz. Iremos focar, para fins de análise das teorias da integridade e da abordagem pragmática, apenas em um conjunto de argumentos,

quais sejam, a aplicabilidade da anterioridade eleitoral para a Lei da Ficha Limpa e da irretroatividade da lei para abarcar fatos ocorridos antes de sua vigência⁵³. Ayres Britto inicia seu voto propondo analisar a constitucionalidade da alínea *k* do inciso I, do art. 1º da LC 64/90⁵⁴ (com redação dada pela LC135/10) face ao art. 14, §9º, da Constituição Federal⁵⁵. As inelegibilidades previstas na legislação infraconstitucional fazendo parte da concretização do seguinte mandamento constitucional:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Roriz renunciou ao mandato de senador em 04 de julho de 2007 para escapar de processo político-administrativo por quebra de decoro parlamentar, após ter seu nome envolvido pela Polícia Federal na Operação Aquarela⁵⁶. Em 2010, o TSE não aceitou o seu registro de candidatura para governador do Distrito Federal,

⁵³ Além desses tópicos, o recurso decidiu sobre inconstitucionalidade do art. 1º, inciso I, alínea *k*, da LC 64/90 com redação dada pela LC 135/10, bem como sobre o princípio de presunção de inocência. Para tornar o trabalho mais objetivo selecionamos a hipótese mais polêmica do julgado, a fim de coletar os mais diversos tipos de argumentação jurídica para a análise posterior.

⁵⁴ *In verbis: Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;*

⁵⁵ *In verbis: Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*

⁵⁶ A Operação Aquarela desmantelou um esquema de fraudes e lavagem de dinheiro envolvendo empresas, ONG's e o ex-presidente do Banco de Brasília Tarcísio Franklin Moura. O nome de Roriz figura na lista dos indivíduos que receberam quantias de dinheiro movimentada pela quadrilha. Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2307200704.htm>

aplicando, assim, o artigo supracitado que pugna pela inelegibilidade do detentor de mandato eletivo que renuncia para escapar de acusação.

O Relator aponta que a ideia de quebra de decoro parlamentar gira em torno, dentre outras causas, do recebimento de vantagens indevidas, conforme o art. 55, §1º, da CF⁵⁷. Pela lógica, se é dado ao denunciado o direito de contraditório e ampla defesa e se, mesmo assim, ele prefere renunciar ao mandato, temos uma atípica modalidade de confissão.

Ayres Britto conclui que a hipótese de inelegibilidade criada pela lei da Ficha Limpa pode produzir efeitos imediatamente apanhando, inclusive, fatos e condutas anteriores à data de sua publicação. Elenca quatro fundamentos para o seu posicionamento: a) a Constituição, no contexto da proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, mandou que a lei complementar considerasse a **vida pregressa do candidato** (v. art. 14, §9º, CF); b) nesse contexto, a Constituição teve como fim buscar o significado original da palavra **candidato** que vem de **cândido, puro, limpo, num sentido ético**; c) **valores constitucionais** como os da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato **não comportam procrastinação ou quarentena**, e se aplicam desde logo ao cotidiano das instituições e da cidadania, sob pena de se graves e irreparáveis prejuízos à saúde republicana do país; d) a lei é elaborada para acudir situações de discórdia ou tensionamento social e, por isso, o normal é que ela entre imediatamente em vigor. A partir do exposto, tem-se que a lei da Ficha Limpa surge nesse cenário de necessidade e respeita o dispositivo da anterioridade

⁵⁷ *In verbis: É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.*

eleitoral, uma vez que o **processo eleitoral só se inicia a partir das convenções partidárias**, que aconteceriam após a sua entrada em vigor⁵⁸ (p. 25-27).

Dessa forma, defende o ministro que o artigo final da LC 135/10, que determina a sua entrada em vigor na data da publicação, em nada se antagoniza com o princípio da anterioridade eleitoral, uma vez que a criação da lei da Ficha Limpa vem para atender uma demanda essencial à sociedade brasileira. Para o Relator:

Ora pois, assim dotado de maior envergadura sistêmica e densificador de valores vistosamente ético-democrático-republicano, o §9º do art. 14 é que se impõe à interpretação do art. 16 da nossa Lei Fundamental, e não o contrário. Este como preceito de caráter instrumental e aquele como expressão de normatividade finalística (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 630.147/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO, 2010, p. 29).

Ademais, o ministro afirma ser a nova hipótese inelegibilidade uma norma de direito material, não tendo o condão de alterar o *processo* eleitoral, que se inicia com a escolha dos candidatos em convenção partidária, conforme já decidido pelo STF em julgados passados.

Por essas razões, votou o Relator pela improcedência do pedido, sendo acompanhado pelos Ministros(as) Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie. Passamos então a trazer a baila considerações que complementam a argumentação do Ministro Ayres Britto acerca da anterioridade e da irretroatividade da lei moral.

Para Ministra Carmen Lúcia:

Também relativamente ao discurso do mesmo advogado, que afirmou que o TSE teria 'instalado a insegurança jurídica' ao dar

⁵⁸ Cita os seguintes julgados como precedente: ADI 354, Ministro Moreira Alves, ADI 3345, Ministro Celso de Mello e ADI 4307, Ministra Cármen Lúcia.

como válida e aplicável ao presente pleito a Lei Complementar n. 135, observo que quem criou a 'insegurança', e que não é jurídica, mas política, é quem, conhecendo a lei antes da convenção partidária na qual se arvorou candidato, sabendo que não contava com condições legais para se oferecer naquela condição ao eleitorado, ainda assim apostou que a lei não teria efetividade, nem seria garantida pelos Tribunais brasileiros. Mas há juízes no Brasil (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 630.147/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO, 2010, p. 81).

A ministra ainda aponta que o entendimento pelo qual a criação de novas inelegibilidades não alcança a expressão “processo eleitoral” foi firmado em julgados anteriores, em especial o RE 129.392, marco de uma continuidade jurisprudencial no mesmo sentido. Haveria no dispositivo do art. 16 da CF/88 uma finalidade teleológica de evitar que casuísmos de véspera atingisse as eleições. As inelegibilidades vem para cumprir expresso mandamento constitucional, mais amplo, portanto, que os procedimentos que compõe as diversas fases do pleito eleitoral.

Na ADI 3741, ao questionar-se a aplicação do art.16 da CF à chamada Mini-reforma Eleitoral, ficou estabelecida as finalidades éticas no princípio da anterioridade eleitoral: a) garantir a igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; b) evitar a deformação legislativa de modo a proteger a normalidade das eleições; e c) evitar alteração legislativa motivada por propósito casuístico. Prevalece, portanto, a ética do processo eleitoral e o direito da sociedade a uma eleição moralizada, proba e impessoal ao voluntarismo daquele que pretende se por ao crivo do eleitor, não sendo a aplicação do art. 16 da Carta Magna um dispositivo de aplicação automática.

Conclui a ministra Carmen Lúcia que o Direito Eleitoral dá destaque à ética das eleições através do vínculo jurídico dos mandatos com os partidos políticos em detrimento do voluntarismo dos mandatários ou das vontades pessoais dos

interessados em assumir um mandato, sendo aplicabilidade da lei da Ficha Limpa para as Eleições Gerais de 2010 imprescindíveis para concretização dos valores que garantem os direitos políticos dos cidadãos.

Na mesma esteira, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que o princípio da anterioridade eleitoral foi enunciado pelo constituinte com a finalidade declarada de se evitar deformações no processo eleitoral que poderiam romper com o primado da igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais (partidos políticos e os próprios candidatos). E considerando que a hipótese de inelegibilidade aplicada ao recorrente é derivada do art. 14, §9º da CF, temos que um artigo da Constituição não pode ser aplicado para negar aplicabilidade imediata a outros artigos da própria Constituição⁵⁹.

Ademais, alega que como a LC135/10 entrou em vigor antes das convenções partidárias para a escolha dos candidatos não há que se falar em alteração do processo eleitoral, pois não se registrou nenhum casuismo ou rompimento da chamada paridade de armas. As novas regras dão continuidade linear ao já previsto pela Constituição Federal e se direcionam, igualmente, a todos os interessados em concorrer a um cargo eletivo, sem fazer distinção entre eles.

Para decidir sobre a retroatividade da lei da Ficha Limpa, o ministro utiliza-se de uma interpretação gramatical mesclada com a interpretação autêntica, fazendo uma leitura do tempo verbal utilizado na redação dos artigos. Conclui que a expressão “que forem condenados” não exclui do alcance da LC135/10 os fatos pretéritos, uma vez que não se trata de hipótese de retroação, uma vez que as condições de elegibilidade são aferidas no momento do pedido de registro.

⁵⁹ O Ministro Lewandowski se utiliza do precedente do RE 129.392/DF para fundamentar esses seu argumento.

No mais, as inelegibilidades não possuem caráter penal e não configuram sanção. São, segundo Lewandowski, *“regras de proteção à coletividade, que estabelecem preceitos mínimos para o registro de candidaturas, tendo em mira a preservação dos valores republicanos”* (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 630.147/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO, 2010, p. 130). Pela jurisprudência⁶⁰, o direito adquirido das regras de ordem pública é mais restritivo, para que se evite uma estagnação da dinâmica jurídica das normas fundamentais. No mais, *“em se cuidando de postulantes a cargos eletivos, o interesse público sobrepõe-se aos interesses exclusivamente privados”* (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 630.147/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO, 2010, p. 140).

A Ministra Ellen Gracie, seguindo os colegas ministros já citados, alega haver confronto, no caso em análise, de dois sistemas de proteção, quais sejam a anterioridade eleitoral, como corolário da segurança jurídica e do devido processo eleitoral, e o regime constitucional das inelegibilidades, que garante a probidade administrativa, a moralidade e a soberania popular. O art. 16 da CF, porém, não se aplica ao caso concreto, porque temos aqui uma diretriz constitucional a ser aplicada e não uma regra de processo eleitoral. Clama, portanto, por um exercício de ponderação de valores constitucionais para que ambos os mandamentos possam coexistir harmonicamente. Citando José Afonso da Silva, afirma que a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato são valores dignos de proteção em si mesmo, pois garantem a lisura do processo eleitoral.

Quanto ao argumento levantado pelo recorrente de lesão ao ato jurídico perfeito, argumenta Gracie que o enquadramento da renúncia como causa

⁶⁰ Cita os seguintes julgados: RE 235.736/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 21/03/2000; e RE 140. 436/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 06/08/1999.

de inelegibilidade não depende de reconhecimento de sua ilicitude. Mas, apesar de lícito, sempre foi moralmente inaceitável, significando afronta à soberania popular manifesta nas urnas e frustrando a possibilidade de averiguação e aplicação das consequências previstas para os desvios no exercício da função pública. E afirma:

Diante do quilate dos valores aqui envolvidos, nada justificaria que, na deflagração do mecanismo constitucional de proteção de uma eleição que ainda não ocorreu e de mandatos cujos exercícios somente se darão no próximo ano, fosse afastada a incidência de determinada inelegibilidade apenas por serem fatos subsumíveis anteriores à nova lei que a instituiu. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 630.147/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO, 2010, p. 234).

Por fim, dentre os votos contrários ao provimento do recurso, e pela aplicabilidade e retroatividade da lei da Ficha Limpa, temos o voto do Ministro Joaquim Barbosa. O ministro já inicia seu voto afirmando que a questão deve ser analisada sob uma ótica protetiva e não puramente individual. Há, como pano de fundo, interesses maiores de coletividade de probidade e moralidade administrativa. Os direitos políticos tem uma compreensão que ultrapassa a esfera individual e se irradiam sobre o sistema representativo como necessário ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a exegese do art. 16 da CF deve ser no sentido de que a LC 135/10 não afeta o processo eleitoral, uma vez que antecedeu à data das convenções partidárias. Tendo a lei efeito moralizador e fundamento constitucional, verifica-se que as causas de inelegibilidade não ferem a isonomia e a segurança jurídica.

Em sentido contrário, votaram os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Vejamos seus principais argumentos para anterioridade eleitoral e para retroatividade da LC 135/10 no caso em tela.

O Ministro Gilmar Mendes começa seu voto alertando para o risco de se cair numa espécie de populismo judicial. O fato de ser uma lei oriunda de iniciativa popular de lei dá uma grande legitimidade a uma lei, mas a mesma estará sempre submetida ao crivo das regras constitucionais. A Corte Constitucional deve atuar, dessa forma, contramajoritariamente, como resultado da tensão entre jurisdição constitucional e democracia.

Afirma estar equivocada a interpretação do precedente do RE 129.392, por falta de contextualização exata do debate que ensejou essa jurisprudência e que, portanto, não se aplica à realidade do atual caso. A questão ali girava em torno da nova LC64/90, e de se saber se ela inaugurava um sistema de inelegibilidades exigido pela constituição para dar efetividade ao disposto do art. 14, §9º, da nova Constituição ou se apenas recepcionava a antiga LC 5/70. Venceu, à época, a ideia de que a LC 64/90 inaugurava um sistema inteiramente novo e fundamental para preencher um vazio de moralidade e lisura no processo eleitoral e necessário para dar aplicabilidade ao dispositivo constitucional, razão pela qual não deveria ser submetido ao mandamento da anterioridade eleitoral⁶¹.

Através de uma profunda análise da jurisprudência⁶², o Ministro Gilmar Mendes demonstra que o real entendimento do STF é de que a expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição Federal tem sentido mais amplo, para abarcar um complexo de atos que visam materializar a vontade popular e que pode ser subdividido em fases pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral. O objetivo da norma

⁶¹ Bem como afirma Mendes: “*Existem boas razões, portanto, para não se utilizar esse precedente como base de análise da questão sobre a necessidade de submissão da questão da LC 135/10 ao preceito do art. 16 da Constituição. A resposta a essa questão deve ser encontrada por meio de uma análise que, guiada por um critério de coerência, investigue a jurisprudência como um todo e dela extraia as regras que poderão servir de parâmetro para o caso.*” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 630.147/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO, 2010, p. 160).

⁶² O Ministro Gilmar Mendes analisa duas fases de jurisprudência em seu voto: a) ADI 733, ADI 718 e ADI 354; e b) ADI 3.345, ADI 3.685, ADI 3.741 e ADI-MC 4.307.

constitucional é evitar deformações prejudiciais à participação cidadã e preservar o chamado “devido processo legal eleitoral”, como garantia fundamental do “cidadão-eleitor”, do “cidadão-candidato” e dos partidos políticos. Em resumo de sua análise da jurisprudência, Mendes extrai três regras parâmetros para aplicação do princípio da anterioridade eleitoral: a) a palavra “lei” contida no texto do dispositivo constitucional em análise deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo lei ordinária, lei complementar, emenda constitucional e qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato; b) a interpretação teleológica da expressão “processo eleitoral” aponta para ideia de proteção à igualdade de participação dos partidos políticos e candidatos, através da existência de três fases, quais sejam, b.1) fase pré-eleitoral, que vai da escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; b.2) fase eleitoral, início, realização e encerramento da votação propriamente dita; e b.3) fase pós-eleitoral, que vai desde a apuração e contagem dos votos e finaliza com a diplomação dos candidatos; e, por fim, c) constitui garantia fundamental e compõe o plexo de garantias do “devido processo legal eleitoral”, sendo, portanto, oponível ao exercício do poder constituinte derivado.

Para o Ministro Gilmar Mendes, essa perspectiva jurisprudencial aponta para uma análise mais objetiva da garantia de direitos fundamentais do que aquela que busca uma identificação subjetiva entre *casuísmos bons ou não condenáveis* e *casuísmos ruins ou condenáveis*. Se o art. 16 da CF é tido pela jurisprudência recente do STF como uma garantia fundamental do *devido processo legal eleitoral*, sua interpretação deve deixar de lado considerações pragmáticas que debandam para apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político.

Pergunta-se: a alteração da regra sobre inelegibilidade interfere no processo político de escolha dos candidatos? Responde o ministro afirmativamente: *“uma vez que a situação jurídica dos candidatos se encontra caracterizada na forma das normas vigentes do processo eleitoral, eventual alteração significativa nas ‘regras do jogo’ frustrar-lhes-ia ou prejudicar-lhes-ia as expectativas, estratégias e planos razoavelmente objetivos de suas campanhas”* (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 630.147/DF, RELATOR MINISTRO AYRES BRITTO, 2010, p. 181-182). Logo, “levando a sério a jurisprudência”, verificaremos que a LC 135/10 interferiu na fase pré-eleitoral do processo eleitoral, não cabendo aqui o argumento de que a mesma antecedeu às convenções partidárias.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, focou mais na argumentação acerca da irretroatividade da lei. Para o ministro, a finalidade do art. 16 da CF é que a sociedade não viva em sobressaltos, principalmente nesse sensível campo que é o da escolha dos representantes. Estabilidade é palavra-chave, traduzida através do instituto da segurança jurídica. E para o ministro, a primeira condição da segurança jurídica é a atenção ao princípio da irretroatividade da lei. Tal princípio é a mola-mestra de um Estado Democrático de Direito e, dessa forma, não pode a LC 135/10 ser utilizada para contemplar sanção não prevista à época do fato.

O Ministro Cezar Peluso, na mesma esteira dos dois ministros anteriormente citados, inicia seu voto afirmando que o judiciário julga atos e não pessoas. Apesar de sermos todos favoráveis à uma moralização dos costumes políticos, não pode ser cabível ao judiciário usurpar a decisão popular de escolhas dos representantes políticos, analisando a idoneidade dos candidatos. No mais, defende que o art. 16 da CF visa proteger o equilíbrio da competição, a estabilidade do processo, a previsibilidade do processo eleitoral no seu conjunto. A norma que

altera as condições de elegibilidade claramente atinge a correlação de forças político-eleitorais, pois afronta o seu elemento mais sensível que é o quadro subjetivo dos competidores.

Conforme já dito anteriormente, é no RE 633.703/MG que vamos observar um posicionamento exato do STF quanto à aplicabilidade da lei da Ficha Limpa. Em sede de repercussão geral, ficou determinada a não aplicabilidade das alterações advindas com LC 135/10 para as eleições gerais de 2010. O voto do novo Ministro recém-nomeado Luiz Fux, desempatou pela procedência do pedido, sendo o recurso provido por 6 votos a 5. No caso, Leonídio Bouças, o recorrente, teve seu registro de candidatura negado em virtude da aplicação do art. 1º, inciso I, alínea I, da LC 64/90 com redação dada pela LC 135/10⁶³. Aqui, bem como nos demais processos em análise, também há uma repetição dos argumentos exarados pelos ministros nas fundamentações dos seus votos do RE 630.146/DF.

Gilmar Mendes, Ministro-relator no recurso em análise, seguiu a mesma linha de argumentação utilizada nos dois recursos anteriores, demonstrando o percurso feito pela jurisprudência da casa no que diz respeito à interpretação do art. 16 da CF, bem como defendendo o sentido objetivo de garantia que se extraí do princípio da anterioridade eleitoral. Diz o Ministro:

Se hoje admitirmos que a uma nova lei pode ser publicada dentro do prazo de um ano que antecede a eleição para aumentar os prazos de inelegibilidade e atingir candidaturas em curso, amanhã teremos que também admitir que essa mesma lei possa ser novamente alterada para modificar os mesmo prazos de inelegibilidade com efeitos retroativos. E assim a cada pleito eleitoral os requisitos de elegibilidade ficariam a mercê das vontades políticas majoritárias. [...]

⁶³ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

E não se utiliza o argumento de que a lei tem fundamentos éticos evidentes, porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 633.703/MG, RELATOR MINISTRO GILMAR MENDES, 2011, p. 111).

O Ministro Luiz Fux, pela procedência do pedido e pela não aplicação da LC135/10 às eleições gerais de 2010, afirma que o art. 16 da CF seria inócuo caso interpretássemos distinguindo direito material de processo eleitoral. Há, no princípio da anterioridade eleitoral, a finalidade clara de se assegurar o pluralismo político no pleito com igualdade de condições e equilíbrio das forças de poder. Ademais, ressalta a importância do chamado princípio da proteção da confiança, que visa proteger o indivíduo de ações súbitas e injustas em sua esfera de liberdade, irradiando efeito contra o comportamento descontínuo e contraditório do Estado. A aplicação imediata da LC135/10 fere o princípio da segurança jurídica em sua dimensão subjetiva da proteção da confiança. A legitimidade popular da lei da Ficha Limpa não pode servir para fazer sucumbir os princípios basilares do Direito brasileiro. A projeção para eleições futuras da LC 135/10 não representa uma antidemocrática posição contramajoritária do STF e, sim, uma preservação de direitos historicamente assegurados pelos diversos ordenamentos jurídicos mundiais.

Por fim, no julgamento conjunto da ADI 4578 e das ADC 29 e 30, ficou determinada a possibilidade de aplicabilidade da LC 135/10 a fatos ocorridos antes da sua vigência. De acordo com a ementa,

10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão,

constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, §4ª, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé.

[...]

14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC nº 30, RELATOR MINISTRO LUIZ FUX, 2010, p. 03-04).

O Ministro Joaquim Barbosa ressalta a condição de a Lei da Ficha Limpa ser oriunda de um projeto de lei de iniciativa popular, que expressa muito mais do que uma simples mobilização social, e sim um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e da representação política. Barbosa afirma ser a LC135/10 um verdadeiro Estatuto da Moralidade no Processo Eleitoral, devendo ser analisada sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública. Para o Relator, não cabe para esses casos, uma valorização do individualismo em detrimento do coletivismo. Diz o Ministro Joaquim Barbosa:

Na ponderação entre os valores concernentes aos direitos políticos individuais e os valores referentes aos direitos políticos na sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia e os seus mecanismos operativos. É que a Democracia não constituirá em nada além de um mero conceito vazio se não estiver revestida de legitimação (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADC nº 30, RELATOR MINISTRO LUIZ FUX, 2012,p. 59).

No que diz respeito à retroatividade da lei, afirma Barbosa que os efeitos do ato de renúncia praticado no passado, a exemplo do caso Roriz e do caso Barbalho, continuam perfeitos e acabados. No caso de aplicação da nova alínea *k* não há que se falar em retroação, e sim, apenas numa concessão de efeitos futuros a um ato ocorrido no passado. A lei da Ficha Limpa apenas atinge a fatos ocorridos

após a sua entrada em vigor, ou seja, apenas os registros de candidatura realizados após o início de sua vigência.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, afirma que a incidência da lei da Ficha Limpa para casos pretéritos não diz respeito à sua retroatividade e sim a sua aplicação aos processos eleitorais vindouros. Há que se questionar aqui, qual o momento que determina a aplicação das hipóteses de inelegibilidade, ou seja, se é a data da prática do ato, se é ao findar o processo judicial ou administrativo ou se é na data do registro da candidatura. No direito brasileiro, alega Toffoli, não há direito adquirido à elegibilidade, razão pela qual defende a aplicação da LC135/10 segundo às condições que o postulante carrega no momento em que requer o registro de sua candidatura. A aplicação do princípio da irretroatividade das leis geraria insegurança jurídica para as futuras eleições, pois teríamos um duplo regime jurídico de inelegibilidades regendo o processo eleitoral.

A Ministra Carmen Lúcia, na linha do que havia defendido nos recursos anteriormente citados, continua na defesa de afastamento da aplicabilidade do princípio da anterioridade eleitoral para lei da Ficha Limpa. Para a Ministra, o princípio constitucional que prevalece no caso é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, que sobrepõem o direito a uma eleição moralizada, proba, impessoal e legal ao voluntarismo daquele que deseja se submeter ao crivo do eleitor.

Já o Ministro Gilmar Mendes, ao votar sobre a irretroatividade da lei da Ficha Limpa, alerta que a hipótese da alínea *k* (inelegibilidade por renúncia de mandato para escapar de responsabilização por quebra de decoro parlamentar) não pode abarcar fatos ocorridos antes do início da sua vigência. O risco aqui seria de

tornar essa norma uma lei *ad hoc*, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, o que aproximaria o direito brasileiro a um regime autoritário, distante dos princípios básicos de um Estado Democrático de Direito. Reforça ainda a missão contramajoritária da Corte em aplicar a Constituição e fazer valer seus princípios essenciais, em detrimento da opinião e das paixões populares.

Esse é um apanhado geral dos argumentos lançados pelos ministros do STF nos julgados em análise. Passamos, agora, a fazer uma leitura comparativa do uso prática da integridade e da abordagem pragmática a partir dessas fundamentações.

5.3. O que a prática jurídica pode nos revelar?

Existem dois tipos de fundamentação que podem ser extraídos do tópico acima. De um lado, pela aplicação imediata da LC135/10, sob a alegação de que as novas hipóteses de inelegibilidade devem se sobrepor ao interesse individual do candidato, em nome de uma moralização das eleições. Do outro lado, temos a posição contramajoritária da Corte, aplicando o art. 16 à lei da Ficha Limpa, de modo a evitar danos à isonomia do pleito.

O que se extrai dos votos pela improcedência do recurso extraordinário é um posicionamento que pode ser enquadrado como pragmatista. Aqueles que defendem a aplicação imediata da lei da Ficha Limpa, a despeito do princípio da anterioridade eleitoral, têm como pano de fundo argumentativo a busca pela melhor

consequência para a sociedade. Ali os ministros baseiam seus fundamentos na ideia de que o melhor resultado é aquele que privilegia a moralidade das eleições e a ética do pleito. Assume o judiciário, dessa forma, uma função quase que heroica de proteger a coletividade do abuso cometido pelos detentores de mandato eletivo.

Raciocinando a partir do método comparativo-consequencialista e buscando o melhor resultado no exercício criativo e despretensioso que Posner recomenda, fica óbvio que a melhor consequência para a sociedade é a não eleição de candidatos ímprobos. A probidade é uma característica essencial para a vida democrática e deve ser valorizada e buscada por todos os cidadãos no cenário representativo. Portanto, esse parece ser o raciocínio mais natural e que melhor se adapta aos anseios da nossa sociedade.

A consequência escolhida como melhor, entretanto, aproxima-se muito mais da filosofia moral do que o próprio Posner poderia desejar. Utilizando-se desse método comparativo-consequencialista, os ministros que assim votaram lançaram mão de conceitos altamente abstratos e com alta carga moral-valorativa, tais como “proteção à coletividade”, “preservação dos valores republicanos”, “indisponibilidade da lei de inelegibilidades frente a sua função de concretização dos valores políticos”, dentre outros. Fazem uma escolha entre casuísmos condenáveis, que ferem a isonomia da participação eleitoral, e casuísmos não-condenáveis, que não podem se esconder atrás do princípio da anterioridade eleitoral. Ao adentrarem por esse caminho, acabam por confirmar as críticas feitas por Dworkin, principalmente à tese fraca de Posner.

Ou seja, a ideia defendida por Posner de que a teoria moral não pode oferecer base sólida para uma decisão jurídica só pode ser sinceramente sustentada

com o apoio de uma teoria moral substantiva. Sua rejeição não é útil no momento da escolha da melhor consequência, afinal, a escolha do que é “melhor” pressupõe em si um juízo moral qualitativo. Não há como se fazer esse tipo de investigação sem enveredar pelo discurso moral. O peso que se dá às possibilidades extraídas do método comparativo-consequencialista só pode ser autêntico se levar em conta a sua receptividade pelo código ético de uma determinada sociedade.

Ademais, a ideia de uma concepção moral adaptacionista pouco importa aqui, uma vez que se trata de juízos morais a serem formados dentro de processos jurídicos. Os juízes, portanto, querem se basear no código moral da cultura da qual se insere. Não há a pretensão de levar a decisão para além dos limites daquela comunidade onde se decide. A leitura que se faz numa decisão jurídica obedece, sem dúvidas, as condições éticas, históricas e políticas daquele grupo social específico, como condição hermenêutica intrínseca da interpretação.

O estudo de caso denota esse paradoxo, uma vez que ao se portarem como consequencialistas à moda posneriana, os ministros precisaram do apoio da teoria moral para julgar o peso daquele que seria o melhor resultado em termos comparativos para a sociedade. Precisaram levar suas fundamentações para longe das fronteiras do direito, colidindo as regras jurídicas aplicáveis ao caso com ponderação de valores sobre o que devemos esperar da política brasileira. A ideia de moralizar ao máximo a vida política traz em si um juízo altamente abstrato, insustentável sem o apoio de uma teoria moral.

Ao revés, analisando a fundamentação exarada pelos ministros que votaram pela aplicação do princípio da anterioridade eleitoral à LC 135/10, chegamos à conclusão de que não se trata de um caso difícil. Basta olhar para o

direito e para a jurisprudência que a resposta pode ser dada sem se utilizar de recursos abstratos da filosofia moral. O Ministro Gilmar Mendes demonstrou esse percurso de forma clara e objetiva. Primeiramente, investigou de forma sincera a jurisprudência da casa, apontando as peculiaridades de cada julgado, para extrair o posicionamento de que o art. 16 da CF tem como finalidade evitar distorções casuísticas e quebra de isonomia no processo eleitoral. Afirma não ser correta a tomada do RE 129.392 como jurisprudência para o caso, uma vez que, apesar de tratar de uma disputa anterioridade eleitoral vs. Lei de inelegibilidade, tal julgado se apresentava num contexto totalmente diverso do caso atual⁶⁴. Mendes chama a atenção para um pressuposto importantíssimo da interpretação: levar a jurisprudência a séria, interpretando-a de acordo com a força real que aquele precedente tem para o caso concreto.

A argumentação pró-anterioridade eleitoral revela-se muito mais dworkiana do que podemos imaginar. Situa o caso dentro do direito, fazendo das regras e princípios jurídicos o limite e a condição da interpretação judicial. Ali os magistrados tomam para si o significado de responsabilidade política, e decidem de forma a reafirmarem a comunidade de princípios que queremos. Colocam-se, os ministros, em seus devidos lugares de poder judiciário, não assumindo a função de “salvadores da pátria” e sim de instituição que promove a democracia a partir de suas capacidades institucionais.

Conforme o já citado Fernando Filgueiras, a corrupção é um juízo dependente do discurso de justificativa do direito. Sua verificação pressupõe uma caracterização prévia do ato pelo legislador. E assim sendo, sua análise deve estar

⁶⁴ O embate no RE 129.392 é se saber se a LC64/90 inaugurou um novo regime de inelegibilidade, a fim de dar efetividade à nova Constituição de 1988, ou se apenas recepcionou as causas já existentes antes do advento da Carta Magna.

condicionada aos pressupostos técnico-jurídicos pertinentes ao caso. Não cabe ali o apelo à fundamentação moral altamente abstrata, buscando-se valores de alto nível argumentativo. A corrupção é um julgamento moral já absorvido pelo código binário do direito, devendo o poder judiciário se focar na análise que lhe cabe sobre o assunto, qual seja, a análise acerca da ilicitude ou licitude do fato.

Os votos pela procedência do pedido, dessa forma, alertam para a desnecessidade de se apontar os pilares morais da vida política haja vista o enquadramento do ato dentro dos limites do direito. E ao votarem, demonstraram os ministros que o caso poderia ser objetivamente decidido sem que houvesse recurso a elementos abstratos e subjetivos. A resposta certa para o caso já estava claramente definida pelo direito, naquilo que a jurisprudência e a doutrina já haviam sinalizado para interpretação da cláusula da anterioridade eleitoral e da irretroatividade da lei.

A teoria argumentativa proposta por Dworkin, e que encontra apoio nos votos pela procedência, em especial, no voto exarado pelo Ministro Gilmar Mendes no primeiro recurso extraordinário, traz à decisão jurídica uma objetividade de julgamento que reflete a segurança jurídica que se deseja do poder judiciário. Dworkin alarga a importância da interpretação jurídica para democratização do poder judiciário, propondo uma leitura moral balizada pelas escolhas políticas constitucionalizadas pelo legislativo. A interpretação nos casos concretos, portanto, deve se localizar dentro do direito.

Esse é o sentido da responsabilidade moral dworkiana. A moralidade é um domínio do pensamento cujos julgamentos são expressos acidentalmente pelo homem, como reações imediatas a algo. Há uma circularidade nessa relação, a

partir da constatação de que só podemos testar o rigor de nossas convicções morais a partir de outras convicções morais. Dessa forma, Dworkin repudia o ceticismo posneriano, trazendo a necessidade de uma epistemologia moral integrada, que substancie nossos julgamentos jurídico-morais a partir de uma teoria moral de primeira ordem. A ideia de responsabilidade moral apresenta-se como esse apoio e torna o julgamento moral do juiz em uma decisão responsável, através do pressuposto da integridade (DWORKIN, 2012, p. 107-109):

A nossa responsabilidade moral exige que tentemos fazer das nossas convicções refletidas o filtro mais denso e eficiente possível e, desse modo, apelar, com a maior força possível, a uma convicção na matriz causal mais geral da nossa história pessoal com o todo. Isso requer que procuremos uma coerência geral do valor entre as nossas convicções. (DWORKIN, 2012, p. 116).

Em sua obra derradeira, intitulada *Justice for Hedgehogs*, Dworkin leva sua teoria da integridade ao extremo, estendendo o pressuposto da coerência e da responsabilidade para todos os campos da vida humana e afirmando ser possível uma verdade objetiva. Vejamos a sua proposta.

Dworkin propõe uma visão abrangente sobre justiça distributiva, sobre “boa vida” e sobre a natureza interpretativa de conceitos morais, éticos, políticos e jurídicos, a partir da defesa da tese filosófica da unidade do valor⁶⁵. Para o autor, o valor é algo muito importante, através do qual se extrai todos os conceitos morais e éticos que tomamos na nossa vida privada e pública. A coerência de uma vida boa e de fazer o bem se traduz em apoio mútuo para qualquer argumento que consideremos convincente sobre o resto. Conceitos políticos como a justiça, a

⁶⁵ “O título da obra remete para uma frase de um antigo poeta grego, Arquíloco, tornada célebre por Isaiah Berlin. *A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante.*” (DWORKIN, 2012, p. 13). Dworkin pretende ser um ouriço, apesar de a raposa dominar a filosofia acadêmica e literária na tradição anglo-americana.

democracia, a liberdade e a igualdade funcionam para nós como conceitos interpretativos, e são partilhados através de nossas práticas cotidianas. A moralidade política depende da interpretação e a interpretação depende do valor. Uma teoria sobre esses valores são demonstrações de como esses conceitos são aplicados na realidade. E essa aplicação se dá através da noção de que esse conceito ocupa em uma ampla rede que inclui todos os valores de uma sociedade.

Nesse sentido, sustenta Dworkin, em sentido totalmente oposto de Posner, que existem verdades objetivas sobre o valor. A negativa de que juízos morais possam ser verdadeiros⁶⁶ pode produzir um efeito grave no âmbito político, uma vez que desvincula desse campo o elemento da responsabilidade. A dificuldade de se reconhecer a falsidade ou a veracidade de juízos morais não pode nos afastar da resolução desse problema. As discordâncias sobre a moralidade política se expandirão para outras áreas, e o desacordo em uma sociedade se tornará mais profundo. Daí a necessidade de se trabalhar a objetividade do valor pela perspectiva da responsabilidade: não podemos exigir concordância moral dos membros de uma comunidade, mas podemos (e devemos) exigir responsabilidade. Precisamos desenvolver, portanto, uma epistemologia moral para que possamos alcançar a verdade sobre questões morais. Os juízos morais são interpretações de conceitos

⁶⁶ Dworkin aponta dois tipos de ceticismo sobre a moral: “O ceticismo interno sobre a moralidade é um juízo moral substantivo de primeira ordem. Recorre a juízos mais abstratos sobre a moralidade, de maneira a negar que alguns juízos mais concretos ou aplicados sejam verdadeiros. O ceticismo externo, pelo contrário parece basear-se inteiramente em asserções externas de segunda ordem sobre a moralidade. Alguns céticos externos baseiam-se no tipo de fatos sociais que já descrevi: afirmam que a diversidade histórica e geográfica das opiniões morais mostra, por exemplo, que nenhuma opinião desse gênero pode ser objetivamente verdadeira. Contudo, os céticos externos baseiam-se, como disse atrás, em teses metafísicas sobre o tipo de entidades que o universo contém. Afirmam que estas teses metafísicas são proposições externas sobre a moralidade e não juízos internos da moralidade. Assim, tal como a metáfora sugere, o ceticismo interno coloca-se dentro da moralidade substantiva de primeira ordem, enquanto o ceticismo externo é supostamente arquimediano: coloca-se acima da moralidade e julga-a a partir de fora. Os céticos internos não podem ser céticos sobre toda a moralidade, pois tem de reconhecer a verdade de alguma asserção muito geral, de maneira a estabelecerem o seu ceticismo sobre outras asserções morais. Baseiam-se na moralidade para atacarem a moralidade. Os céticos externos afirmam-se céticos sobre toda a moralidade. Dizem que podem atacar a verdade moral sem nela se basearem. (DWORKIN, 2012, p. 43)”.

morais básicos, que são testados verificando a sua adequação a uma rede ampla de valores. Devemos ter o cuidado de manter essa parte da nossa teoria geral do valor de forma distinta das outras partes, mas permitindo que funcione também para aferição do resto. Nossos valores são uma moldura extensa, na qual vamos testando nossas interpretações para ver se se ajustam e se se sustentam por aquilo que consideramos ser as melhores concepções para o demais conceitos da vida. As respostas para questões sobre verdade e moral estão dentro desses departamentos e não fora deles.

Em *Justice for Hedgehogs* a dignidade humana está no centro dessa unidade. Para obedecer a essa dignidade existem dois princípios éticos que explicam a responsabilidade necessária para compreensão de sua teoria. O princípio do autorrespeito impõe a responsabilidade de cada indivíduo de levar a sua própria vida a sério, valorizando-a. O segundo princípio é o da autenticidade, pelo qual devemos aceitar a responsabilidade pela identificação daquilo que significa viver bem, sem delegar tal ação a terceiros. Esses dois princípios são correlatos da ideia de igual consideração e respeito, largamente trabalhados por Dworkin em sua obra *A Virtude Soberana*, e identificados pelos princípios da igualdade e da liberdade. Pelo primeiro princípio temos que todo governo deve mostrar igual consideração pelo destino de cada indivíduo que se encontra sobre o seu domínio, enquanto pela liberdade temos a ideia de que o governo deve respeitar o direito que cada pessoa tem de fazer da sua própria vida algo de valor.

Os direitos políticos são trunfos derivados dessa ideia de dignidade. Uma comunidade só tem força moral para obrigar seus membros se os tratar com igual respeito e consideração. Esse princípio legitima a coerção do Estado e está na origem mais abstrata dos direitos políticos. Um governo só pode aumentar o bem-

estar geral da comunidade se respeitar esses dois requisitos a todas as pessoas. Para o nosso estudo de caso, vemos nos votos exarados pelos ministros uma clara demonstração de como o igual respeito e consideração baseia o direito como integridade. As justificativas para negar ou apoiar um direito não podem se fundar na popularidade de uma determinada concepção de bem viver. O direito é parte fundamental do arranjo político de uma comunidade e se expressa como um ramo da moralidade. Seus procedimentos e seus resultados devem refletir-se como um ramo de uma grande árvore que é a moralidade geral e integrar uma teoria geral sobre viver bem. A integridade das decisões é condição para a verdade e se manifesta através da coerência e da responsabilidade política. O intérprete do direito deve se esforçar para demonstrar que suas concepções são compatíveis com uma ampla rede de valores comungados pela sociedade da qual faz parte. Bem como afirma Dworkin, em uma democracia estamos em posição de causar danos aos demais indivíduos, prejudicando a dignidade dos outros de forma que não seria admissível pela nossa dimensão da moralidade pessoal. E já que o consenso unânime é impossível devemos buscar a verdade da nossa moralidade política através da assunção da responsabilidade de tratar os membros da nossa comunidade em igual consideração e respeito (DWORKIN, 2012, p. 335-339).

Logo, por mais que nossas crenças pessoais nos levem acreditar que indivíduos corruptos não podem exercer cargos eletivos, a verificação concreta dessa hipótese, para os casos em análise, dependiam de elementos técnico-jurídicos que determinavam o afastamento desse tipo de argumentação. Os princípios da anterioridade eleitoral e da irretroatividade da lei existem com finalidades específicas que traduzem, em uma análise mais abrangente, a forma como queremos ser igualmente tratados e respeitados pelo Estado. Considerar a

unidade do valor nos permite enxergar um projeto mais amplo de vida boa no qual o direito é apenas uma de suas facetas. E a correta aplicação desses princípios para o caso concreto permite uma abertura maior para a concretização desse projeto, fortalecendo a expectativa que o indivíduo pode ter sobre seus planos de vida boa nessa comunidade.

Os membros mais vulneráveis de uma comunidade, segundo Dworkin, são os que mais se beneficiam do fato de tratarmos a responsabilidade como uma virtude. Devemos decidir conforme os princípios que nossa comunidade jurídica geralmente aceita (no caso, em especial, o princípio da anterioridade eleitoral), estendendo suas vantagens a todas as pessoas, inclusive aquelas que julgamos, segundo nossa moralidade pessoal, não merecedoras dessa proteção. A sociedade como um todo se beneficia, de forma difusa, ao viverem numa comunidade que insiste na responsabilidade como respeito básico partilhado, mesmo perante as diversidades.

Ademais, a interpretação jurídica realizada através do filtro da integridade tem o condão de colocar o intérprete no seu devido lugar, obrigando-o a levar o direito a sério e a considerar seu papel institucional na promoção de um projeto comum de sociedade. Os ministros, portanto, não precisavam, no caso em estudo, assumir a pesada e antidemocrática função de “salvadores” do Brasil do mal da corrupção. O direito como integridade, apesar de ambicioso, tira das costas do magistrado o alto custo de se interpretar a partir de valores, objetivando a compreensão do direito através uma leitura à luz da comunidade de princípios compartilhada numa determinada sociedade. O juiz, portanto, não é mais um criador do direito e sim um tradutor, que encontra através da história institucional os

princípios que fundam o direito e permite, ao mesmo tempo, a abertura necessária para as decisões futuras.

Todos se beneficiam ao viverem em uma comunidade que insiste na responsabilidade jurídica e compartilham a coerência de suas ações. Logo, por mais que nos sintamos tentados a excluir do pleito candidatos com uma vida pregressa tal como a de Joaquim Roriz e de Jader Barbalho, precisamos ser coerentes e levar o direito a sério, de modo a proteger princípios basilares da teoria jurídica. A abordagem pragmática, nesse sentido, não se apresenta como uma teoria eficaz para a solução dos casos concretos, uma vez que se perde em sua crítica ao moralismo acadêmico, sem conseguir apresentar uma solução democrática para os problemas jurídicos de nossa sociedade. Seu realismo não permite o acesso a uma reconstrução a partir de sua crítica inicial. Posner inicia sua teoria com a crítica ao formalismo jurídico, mas não atinge, após detectar esse problema, um ponto teórico mais avançado. A crítica se perde em si mesma, pois a abordagem pragmática precisará da mesma retórica que ela nega para sustentar sua análise consequencial. O caso nos demonstra que raciocinar em termos comparativos, buscando a melhor consequência, não promove democraticamente a comunidade, uma vez que dá ao magistrado competências que vão além de suas capacidades institucionais. Juízes são membros do poder judiciário e devem extrair as decisões a partir de seu próprio ramo da árvore da moralidade. A responsabilidade política, assim, atua como facilitador e limitador da decisão jurídica: ameniza o peso de se sustentar uma determinada argumentação jurídica, orientando que o magistrado busque na moldura extensa do valor sua resposta para o caso concreto, bem como tem o condão de reconduzir o juiz ao seu papel de participante de um projeto comum de sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da integridade de Ronald Dworkin e a abordagem pragmática de Richard Posner possuem papel de destaque no cenário jurídico-filosófico norte-americano. Ambos encontram muitos apoiadores e tem seus textos reproduzidos em larga escala nos Estados Unidos e no mundo. Após a descrição de ambas as teorias e do debate realizado entre os autores, verificamos que os julgados podem ser um teste eficaz da adequação de suas concepções de direito. No presente trabalho, o estudo de caso se mostrou de grande valia, clareando as propostas dos autores e suas respectivas críticas.

Por um lado, ficou demonstrada a fragilidade epistemológica da teoria posneriana, que parte da crítica ao formalismo, mas acaba em alta carga decisionista e antidemocrática. Posner está preso num raciocínio cíclico, do qual ele não consegue sair: nega o moralismo acadêmico, nega o apoio da teoria moral, enquanto seus magistrados pragmáticos só conseguem solucionar os casos concretos a partir do apoio de conceitos morais altamente abstratos. O discurso técnico-econômico gera uma desvinculação normativa da decisão jurídica, e esvazia as conquistas constitucionais e democráticas, uma vez que perverte o código binário do direito pela aceitação do discurso econômico. Ali, o magistrado é levado para longe da fronteira do direito e para longe da exatidão funcional que lhe é requerida pelo Estado de Direito. A limitação do poder estatal pela organização constitucional do aparelho do Estado tem como pressuposto a delimitação de competências, impondo que o magistrado haja na exatidão de suas capacidades institucionais. A abordagem pragmática, em sentido contrário, rompe com a segurança jurídica e com

a faticidade do direito ao colocar o mercado como dogma e a doutrina jurídica como mero acessório da argumentação judicial. Como bem disseram ROSA e LINHARES,

Diferentemente do modelo liberal, não se trata mais de acumular bens e/ou produtos, mas sim de usar e descartar, trocando-se o modelo, conforme as ondas do mercado. Neste modelo em que impera a velocidade, a novidade, rotatividade é que acabam medindo o sucesso, diz Bauman, do 'homo consumens', Conjugando Bauman, Warat, Zizek, Lebrum e Melman, pode-se dizer que a concepção de sujeito apropriada ideologicamente pelo modelo neoliberal é o do 'homem de baixas calorias', sem vínculos, desprovido de ideais, preocupado egoisticamente com a satisfação de suas necessidades imediatas, numa estrutura de 'perversão' generalizada. Neste contexto, os laços sociais, ou seja, os vínculos simbólicos de uma civilização encontram-se frouxos, desprovidos de amarras. São tênues, lânguidos, mutáveis conforme os gostos, estéticos. [...] o declínio da figura paterna, do lugar da autoridade, do limite, pois, cede lugar a um desmesurado ambiente de satisfações parciais. [...] Este consumismo sem limites acaba, no seu cúmulo, gerando a procura de limites, Referências Simbólicas, muito mais facilmente interiorizadas diante da angústia que proporciona onde, não raro, surgem 'profetas jurídicos'. (ROSA e LINHARES, 2011, p. 115-116).

Dworkin, na verdade, propõe um exercício libertário. Apesar da ideia de resposta correta colocar cada caso como um complexo empreendimento, exigindo do juiz um raciocínio hercúleo, o direito como integridade ressignifica o papel do juiz para a sociedade, colocando-os dentro dos limites do direito e tornando-os parceiros entre si na construção desse romance coletivo. Ademais, a integridade revela a necessidade de o Estado ter uma voz única, agindo de forma coerente com os seus cidadãos como virtude política essencial à sua legitimidade (BORGES MOTTA, 2012, p. 189).

O direito, na moldura da unidade do valor demonstrado por Dworkin, depende de sua configuração constitucional. A leitura moral da Constituição transforma aquilo que era mero moralismo em um argumento moral sincero e balizado pela soberania popular que o texto exara. Quando magistrados raciocinam com base nos pressupostos da teoria da integridade, acontece uma re-colocação

desse juiz como um dos vários atores possíveis de uma comunidade democrática. Fomenta, em última análise, a partilha de um projeto de sociedade que é compromisso de todos, de forma a se adensar a construção plural a partir de princípios extraídos da prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 out 2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 11 out 2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 11 out 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 630.147/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de setembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>. Acesso em: 27 nov 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 631.102/PA*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 27 de outubro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624281>. Acesso em: 27 nov 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 633.703/MG*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em: 27 nov 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>. Acesso em: 27 nov 2013.

BORGES MOTTA, Francisco José. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BUSTAMANTE, T. R. "Dworkin, Vermeule and Gyorf on Constitutional Interpretation:

Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement (Comment on Gyorfi)". German Law Journal, v.14, p. 1109-1146, 2013. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=14&no=8>. Acesso em: 03 jun 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: Incursões jurídicas sobre as teorias da justiça*. Ed. Arraes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

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

_____. *Justiça para Ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Juspodium, 2013.

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

FILGUEIRAS, Fernando. O tema da corrupção e as injustiças nossas de cada dia. *Revista Insight Inteligência*, jul, ago, set de 2013, p. 54-62. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/node/1294>. Acesso em: 24 ago 2014.

GODOY, Arnaldo. *Introdução ao Movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. *O Critical Legal Studies Movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política*. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/publica/o_cls_de_roberto_mangabeira_unger.html;jsessionid=507DFC6DBBA7EE78F5174F1E4F54ACC2 Acesso em: 01 set. 2012.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KENNEDY, Duncan. *Nota sobre La historia de CLS em lós Estados Unidos*. 1992. Disponível em: <http://duncankennedy.net/home.html>. Acesso em: 01 set. 2012.

_____. *La critica de lós derechos em lós Critical Legal Studies*. 2002. Disponível em: <http://duncankennedy.net/home.html>. Acesso em: 01 set. 2012.

_____. *The Critique of rights in Critical Legal Studies*. 2006. Disponível em: <http://duncankennedy.net/home.html>. Acesso em: 01 set. 2012.

_____. *La controversia política es parte del razonamiento jurídico*. Lima: *Revista Themis*, n. 50, p. 323-328, 24 ago. 2011.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A novela da Ficha Limpa. Os Constitucionalistas*. Brasília. 15 fev. 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-novela-da-ficha-limpa>. Acesso em: 10 fev. 2013. .

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

POGREBINSCHI, Thamy. *O que é pragmatismo jurídico?* Disponível em <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 14 maio 2014.

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

_____. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.