

BREVE ANÁLISE SOBRE O EMBATE ENTRE O INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN E O PRAGMATISMO DE RICHARD POSNER NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL



Juliana Machado Fraga

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Brasil

Luana Figueiró Silva Volpato

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Brasil



Resumo

O presente trabalho aborda o embate entre dois grandes filósofos do direito e suas concepções acerca da discricionariedade do juiz na tomada de decisões judiciais. Analisa-se os conceitos trazidos por Dworkin ao que tange uma matriz disciplinar diferente do positivismo e em sua teoria interpretativista quanto à valoração moral e jurídica do caráter reflexivo das normas que se propõe estudar. Ocupa-se, também, acerca do pragmatismo de Posner, bem como as críticas feitas a este sistema e ambas perspectivas do posicionamento do juiz "ideal" e sua discricionariedade. O objetivo do presente trabalho é perceber e analisar a decisão judicial perante as teorias de cada um destes filósofos e adentrar as formas consideradas "corretas" que deverão servir de guia para os magistrados. Entende-se, preliminarmente, que ambas teorias possuem pontos a agregar, porém uma fusão entre estas poderia se dar de forma construtiva à teoria do direito, beneficiando à todos operadores do direito.

Palavras-chave: Dworkin, Posner, interpretativismo, pragmatismo, decisão judicial.

Introdução

Dedica-se o presente trabalho à análise dos desdobramentos dos filósofos Ronald Dworkin e Richard Posner, enquanto vislumbra-se suas diferentes percepções das formas eficazes de tomadas de decisões judiciais. Em observação a teoria proposta por Dworkin tem-se como relevante o destaque do princípio da integridade, o qual preocupa-se em

evidenciar que os cidadãos possuem mais princípios e direitos do que restam tutelados pelos nossos ordenamentos. Assim, em uma perspectiva positivista, tais prerrogativas inerentes ao ser humano encontram-se em um "limbo", enquanto não possuem norma reguladora ou decisão que as insiram no sistema jurídico.

Dessa forma, esta breve análise ocupar-se-á em abordar o preceito trazido por Dworkin elucidando a forma que este filósofo considera cabível nas tomadas de decisões a serem aplicadas em nossos Tribunais e perante nossos juízes, aduzindo seu exemplo clássico do juiz Hércules. E, em contrapartida, confrontará as ideias de Posner e seu pragmatismo contemporâneo, com muitos o conceituam, ponderando seu caráter pouco ortodoxo, haja vista que se diferencia da doutrina majoritária desta corrente.

Imprescindível que se assevere as distinções conceituais dentro do âmbito do pragmatismo jurídico, ao passo que há intensas diferenciações dentro de tal escola, motivo pelo qual o foco de estudo abordado no presente esforço será o conceito apresentado por Richard Posner.

Adentrando na seara do pragmatismo tem-se que os dois filósofos em comento ainda polarizam os debates do direito norte-americano, ao passo que ambos, embora com concepções diferentes, vêem os juízes pragmáticos como àqueles que decidem sem meios justificados, pois consideram que as decisões devem manter um cunho utilitário e não apegam-se às teorias morais e interpretativas. Posner é um dos pragmáticos contemporâneos, porém enfrenta dissabores dentro de tal doutrina quando evidencia divergir das acepções clássicas de Peirce, um dos grandes criadores da escola, o qual refere que o pragmatismo nada mais é do que a teoria sobre como utilizar a teoria e em muitos momentos Posner se mantém contrário ou, no mínimo, faz diferentes leituras da teoria proposta por Peirce.

Outrossim, de extrema relevância ressaltar ao longo deste artigo as formas de cada filósofo perceber a decisão judicial e as propostas aduzidas por estes ao que tange as formas consideradas corretas para que os magistrados utilizem-se de teorias que possam "guiá-los" a decidir da melhor forma.

Os juízes e a interpretação para Ronald Dworkin - em análise o juiz Hércules e sua (in)tensa relação com o pragmatismo

Ronald Dworkin introduz em sua obra *Justice for Hedgehogs* conceitos pouco usuais para a filosofia do direito, aduzindo a ética e a valoração moral como domínio autônomo do conhecimento. Assim, o autor elenca uma série de princípios que se interligam e necessitam uns dos outros para ter fundamento, tais como a verdade moral, boa vida e justiça.

Surge, então, a teoria moral Dworkiana, sendo o início da interpretatividade conduzida por esse autor, visto que ressalta os valores como conceitos interpretativos que só podem ser compreendidos por uma avaliação. Menciona que as práticas sociais são justamente complexas e interpretativas, necessitando de uma teoria moral que as definam. Logo, expõe que o direito é uma dessas práticas e só pode ser entendido como atividade valorativa, pois é preciso usar-se da interpretação para a análise dos princípios jurídicos e para o entendimento da teoria do direito, conforme entendimento de Almeida (2011).

Dworkin inova a filosofia do direito quando refere que toda sua teoria traz uma cisão entre juízos de fato e de valor, assim tenta demonstrar que os problemas morais só podem ser resolvidos dentro de uma esfera que analise diretamente e conceitualmente os argumentos morais de forma neutra. Dessa forma surge, ainda embrionariamente, a teoria moral de Dworkin.

Leal (2011, p. 316) ressalta que Dworkin entende que os problemas morais são também sociais e não individuais, nesse sentido aduz que

Lembra Dworkin que os problemas morais que estão na base das questões administrativas e constitucionais, efetivamente dizem mais respeito a problemas sociais e públicos (como o governo deve tratar seus cidadãos, por exemplo, ou a problemática questão do aborto como escolha ética individual permitida) do que ético-individuais, os quais geralmente vêm regulados por uma normatividade ordinária e não constitucional (*ordinary adjudication*), o que já representa uma escolha pública de fundo substancial.

Conforme Almeida (2011), após o início da teoria moral, Dworkin passa a explorar a interpretação como foco de seus estudos a fim de elucidar as divergências sobre os conceitos morais e políticos, e, como são abordados de uma perspectiva interna. Para estabelecer uma teoria do direito introspectiva, era necessário explicar acerca da reflexividade do discurso do

direito, a capacidade dos participantes pensarem criticamente sobre as suas práticas, atribuindo-lhes significado e justificando-as. Então, essa seria a conduta interpretativa.

Sendo a interpretação o elemento central da teoria de Dworkin, o interpretativismo pode ser descrito como a teoria da prática interpretativa como meio de descobrir quais fatos políticos são importantes para a definição do direito. A interpretação na visão de Dworkin possui um caráter amplo, pois designa a forma de proceder uma investigação, conforme elucidada Almeida (2011).

Foi necessário que o autor justificasse sua teoria moral respondendo a questão "existem respostas certas até para as questões mais difíceis?" e sua resposta foi afirmativa, ao passo que, ao contrário do senso comum, acredita que os valores morais, se compartilhados, podem ser compreendidos quando houver a construção subjetiva de seu conceito. Assim, aduz que o conceito de direito nada mais é do que interpretativo, necessitando então de que suas práticas sejam relacionadas com a função que o intérprete lhe atribui.

Em seu entendimento, Dworkin afirma que existem respostas certas para os *hard cases* (casos difíceis), porém em sua teoria da interpretação admite uma investigação racional para obter autonomia acerca dessa teoria. O autor expõe em diversos exemplos a forma que a moralidade e os valores estariam intrínsecos em nossas formas racionais de decisão, quando no senso comum as pessoas acordam quanto aos conceitos, sendo uma forma de demonstração de apressamento aos valores por elas referenciados na decisão o posicionamento do magistrado deve embasar-se em argumentos construídos pelo pensamento lógico, consoante aduz Fonseca (2011).

Contudo, a preocupação da teoria da interpretatividade está no poder dos juízes em decidir casos controversos e na existência das lacunas do direito. Para o autor há uma resposta certa para a questão mas no entanto não apenas uma. Certamente sua construção é bem mais complexa, mas pode vislumbrar-se de forma simplória que o autor admite essa concepção.

Consustanciado no direito norte americano, ou seja, *common law*, baseado nos precedentes judiciais, expõe a reflexão de ausência de precedentes em determinado assunto, o que ocasionaria uma lacuna. Entretanto, ainda assim entende que o juiz deve analisar tudo que
fora
decidido

sobre aquele assunto, ou de forma que se relacione aquela questão e interpretar a história e continuar decidindo (Dworkin, 2003).

Acerca do assunto Bitencourt et al (2014, p. 133) referem que

Sob tais expectativas e partindo do que pode se chamar de uma “crítica à dogmática jurídica”, ou melhor, uma crítica às deficiências interpretativas do positivismo jurídico, Dworkin cria um juiz imaginário, retomando o mito de Hércules como uma espécie de modelo a ser seguido pelos juizes (*common law*) na tarefa de decidir questões jurídicas.

O magistrado, então, deve decidir de forma que possa retirar da interpretação a adaptação dos fatos anteriores e sua justificação. Nesse sentido, cria-se o modelo citado do juiz imaginário Hércules, no qual exemplifica sua teoria citando a forma de escrita de um romance em cadeia, sendo o juiz uma interação entre adequação e justificação de capacidade e paciência sobre-humanas que aceita o direito como integridade (Dworkin, 2003).

Hércules é o juiz que terá que emitir juízos e lidar com tensões, decidindo grande número de litígios, deparando-se com inúmeras outras decisões, ainda que contrárias as suas. Contudo, essa é a formação do “romance em cadeia” proposto pelo autor. Esse juiz filosófico seria capaz de atender aos princípios jurídicos e desenvolver respostas consonantes com a legislação, para tal feito seria um magistrado de capacidade, competência, sagacidade e sabedoria.

O magistrado imaginário de Dworkin aceita as principais regras não controversas, mas tem o dever de se reger pela legislação e princípios que norteiam o caso criando então sua própria teoria circundante do caso para que busque o melhor argumento possível para justificar sua decisão.

Dworkin (2003, p. 287) elucida que

Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considera-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa.

Nesse sentido, Hércules deve atuar como um romancista em cadeia, formando sua opinião de forma coerente, criteriosa e metódica, selecionando a melhor interpretação. Esse juiz aplica o direito embasado no princípio da integridade, logo, analisa o que os demais juízes decidiram previamente e profere sua decisão com base em suas argumentações (Costa, 2011).

O princípio da integridade estabelecido por Dworkin seria capaz de conectar os demais princípios aos direitos dos cidadãos, também pretende estabelecer limites ao ativismo judicial, pois o juiz estaria adstrito ao princípio escolhido. Ademais, o magistrado ainda deve argumentar quanto à sua opção, indicado uma forma que evidencie que sua preferência foi coerente com as estruturas sociais e políticas de decisões, e, imprescindivelmente sendo essa opção sustentável publicamente.

Nesse sentido, Bitencourt et al (2014, p. 133) explana também que

Em sua teoria, Dworkin apresenta Hércules como um juiz que, na tarefa de realizar a interpretação construtivista do Direito, é guiado pelos princípios da integridade e da equidade, cuja tradição e historicidade serão notas presentes para a decisão no Direito vigente, sob a forma de um modelo hermenêutico que reconstrói e critica a forma da decisão judicial, retroalimentando-a, sem tornar o Direito uma aplicação de um método ou de uma técnica.

Trata-se de, aplicando a terminologia habermasiana, tornar explícito (*know-that*) algo que o juiz já faz de certo modo, mesmo que de forma deficiente (*know-how*). Quando essa atividade se torna explícita, é possível conceber sua analítica e sua retroalimentação sob a forma de crítica, sem que ocorra o processo de tecnificação, mas sim uma orientação de racionalidade prática.

O pensamento de Dworkin é marcado, notadamente, pela vinculação entre Direito e Moral.

Certamente a teoria proposta por Dworkin de relação entre direito e moral encontrou resistência e diversas críticas, visto que em *Império do Direito*, ao confrontar o pragmatismo jurídico como um inimigo, aponta que a ausência do apelo ao passado é um erro indiscutível dos pragmatistas. Almeida (2011), destaca que o fervor que o autor demonstra em diferenciar sua concepção de direito como integridade de seu rival pragmatismo advém de sua invariável comparação com o pragmatismo, até mesmo vindo dos autores dessa corrente. Em sua defesa, Dworkin culpa o pragmatismo de ser uma teoria cética sem grandes contribuições teóricas. Os pragmatistas afirmam que

Dworkin desdenha da complexidade da estrutura interna da prática jurídica e tenta expor limites já existentes na própria teoria.

Outra crítica realizada ao modelo apresentado por Dworkin se dá quanto a forma de decidir do juiz Hércules, visto que em seu primeiro livro, *Levando os direitos a sério* pode-se evidenciar uma forma consequencialista quando o juiz filosófico depara-se com um "caso difícil", para o qual não há legislação aplicável, restando apenas precedentes judiciais, o autor confere força gravitacional aos mesmos em face da importância que terão em futuros julgamentos, conforme elucidam Eisenberg e Pogrebinschi (2002).

Ocorre que, ao longo dos anos Dworkin tentou demonstrar a ineficácia do pragmatismo enquanto teoria do direito, e, muitas foram às críticas dos defensores dessa escola ao autor da teoria do interpretativismo. Inclusive, chegou-se a mencionar que o fato de Dworkin alicerçar-se constante em sua própria concepção de direito como integridade para encontrar soluções é inútil ao direito, visto que a instrumentalidade implica na atividade judicativa com flexibilidade e consequencialismo. Logo, as teorias jurídicas devem ser aplicadas apenas parcialmente, quando for conveniente para que se alcance a melhor decisão.

Essa intensa relação entre as críticas realizadas ao trabalho de Dworkin e àquelas que ele expõe em face do pragmatismo, e, fundamentalmente, voltadas à Posner, um de seus representantes que evidencia grandes contrastes de visões teóricas e filosóficas do direito que mais tarde vislumbrará não estarem tão distantes como os autores pregavam.

O pragmatismo judicial "cotidiano" de Posner

O termo "pragma" no grego clássico refere-se a realidade concreta. Charles Sanders Peirce utilizou-se desse termo para fundar sua teoria jurídica filosófica acerca do pragmatismo, o qual consiste em analisar as crenças humanas como hábitos da mente, ou seja, algo que move as pessoas à ação, conforme referem Eisenberg e Pogrebinschi (2002).

A escola fundada por Peirce baseou-se na visão de que entender a mente humana possibilitaria compreender as ações advindas dessa. Sua convicção era de que o processo cognitivo advém do estado da mente em que se encontra em determinado contexto, assim seria impossível fundamentar suas ideias em truísmos.

O que se deseja, então, é um método capaz de determinar o verdadeiro sentido de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra, ou outro tipo de signo (Peirce, 1983, p.6).

Dessa forma, em seu escorço sobre a escola que fundou, Peirce enfatiza o elemento da imaginação como formador de hábitos, opondo-se então ao fundamentalismo e ao ceticismo.

O pragmatismo desenvolveu-se ao longo dos anos e foi conceituado, essencialmente, com a visão de seu criador. Contudo, na década de 80 advém Richard Posner e sua inovadora visão pragmática, vindo inclusive a ser chamada de neo-pragmática, devido a filosofia de descrença à entidades metafísicas (verdade, natureza e realidade), exame das proposições devido às consequências e conformidade com as necessidades humanas e sociais.

É válido ressaltar que o pragmatismo não nega teorias morais e éticas, apenas dispõe que as teorias devem ter um cunho de utilidade e não manterem um caráter heurístico.

Posner discorre em sua obra *A problemática da teoria moral e jurídica* demonstrando como a teoria do direito está “infectada” pela teoria moral, e como alguns profissionais se esforçam para impedir esta “infecção”. Considera, então, que a melhor maneira entre cada um dos pensamentos expostos, é analisá-los como descrição de um determinado ordenamento jurídico (de acordo com a nacionalidade do teórico).

O autor transita pelo pensamento e seu positivismo jurídico, que define o direito como um sistema de normas, mas que reconhece que nas zonas abertas os juízes usam sua discricionariedade para ajudá-los a decidir, criando normas com base em seus valores. Entretanto, quando realizam esta atividade de legislar, saem do âmbito do direito.

O direito resulta de decisões judiciais que nem sempre são baseadas nas fontes tradicionais (positivismo), mas mesmo assim tem vigor. Os juízes podem ir além dessas fontes e socorrer-se na teoria moral, mas enquanto existirem alternativas positivistas, estas só devem ser considerada se for melhor que as demais alternativas. Entretanto, difícil a discriminação de qual melhor alternativa e critério a ser adotado.

Revela que muitas vezes as obrigações morais podem ser confundidas com as obrigações jurídicas, o que nos levaria a pensar que o direito respalda a moral. Para provar a ineficácia deste entendimento, Posner apresenta diversos exemplos que provam a distinção entre direito e moral, evidenciando que muitos princípios morais não são respaldados pelo direito, bem como existem previsões jurídicas que não interessam a moral.

Sendo a atividade judicial uma atividade textual, toda vez que o juiz vai além da aplicação da norma positivada, tem-se a impressão que ele está mergulhado no domínio da teoria moral. Porém, ética e razão não se confundem com teoria moral. Espera-se do juiz que este apresente razão para seu parecer. Os juízes, então, não precisam tomar partido nas questões morais, as considerações derivadas da teoria moral são subconjunto das considerações úteis para o juízo judicial.

É inerente a atividade que os magistrados se deparem rotineiramente com questões que não podem ser resolvidas com a simples aplicação do texto positivado, mas isso não significa que enfrenta um dilema moral toda vez que se depara com este tipo de questão. A teoria moral pode ser usada pelos juízes, se eles assim quiserem, conforme aduz Posner (2007).

Apresenta-se como elo central de sua discussão a relação problemática entre moral e direito: aplicar um princípio moral a uma questão jurídica não é o mesmo que tomar partido em questões morais controversas e usar a filosofia normativa para resolver a disputa.

Em sua linha de pensamento, Posner (2007) destaca que as teorias jurídicas em princípio são ambiciosas quando buscam abranger outras áreas como a economia, teoria política ou moral para regular as decisões judiciais.

Nesse diapasão, surge a crítica a Dworkin quando Posner aduz que "teoria significa a sua própria maneira de encarar o direito", pois este passa a encarar a existência de princípios neutros.

Posner menciona que o estilo de Dworkin enquadra-se melhor em sistemas preventivos de controle de constitucionalidade, ou seja, antes da ocorrência do litígio, pois comporta moralismos acadêmicos, sendo abstrato demais para sistemas balizados em precedentes, visto que Dworkin supõe que os Magistrados podem valer-se de princípios morais inseridos em seus julgamentos.

Refere, ainda, que há a necessidade de percepção por parte dos juízes acerca das consequências de suas decisões, como exemplo cita-se o caso de juiz e juíza que julgam um caso de abuso sexual onde não há divergência teórica, porém a percepção dos danos causados a vítima é diversa.

Embasa sua teoria referindo a relevância da teoria moral em auxiliar a estabelecer conceitos jurídicos entretanto, não concebe a ideia de que possa ser realmente útil no desembaraço de um processo judicial ou até mesmo acerca da justiça.

Grande parte da indignação de Posner reside em sua visão manter-se incongruente o sistema quanto ao aceite de uma teoria moral metafísica, ou seja, nenhum operador do direito pode, diante de casos fáticos que esvaíam seu conhecimento jurídico, buscar além das fontes do direito usuais de todos demais operadores. Valer-se de suas próprias opiniões e experiências é de fato o que ocorre nos meios jurídicos, porém utilizar-se da filosofia e criar teoria da moral, jusfilosofia e outras demais teorias seria uma violação ao pragmatismo pregado pelo autor, assim como uma transmutação metafísica de "conceitos" impotentes para arcar com a prática concreta do direito.

Importante salientar o elo de exemplificações relacionado em sua obra quando assevera sua ideia de impotência das teorias quanto a resolução de conflitos reais, trazendo à baila casos como o afogamento (ação de afogar alguém x deixar [omissão] que uma pessoa se afogue) e a eutanásia assistida (complexidade entre matar alguém x auxiliar paciente terminal que anseia pela

morte frente a falta de dignidade da doença) e referindo toda questão moral por trás do assunto. Ademais, ainda, há de se observar o caráter não utilitarista do uso da moralidade quando privilegia intenções e não as condutas de fato (como o caso da ação e omissão).

Assim, afirma que o direito não busca impor a moral e sim prevenir danos temporais graves. O autor busca uma quebra das teorias do direito filosófico até mesmo por afirmar que muito pouco se aproveita dos filósofos. Contudo, Almeida (2011) assevera que pode-se evidenciar nas ideias deste autor há muito do viés teórico - sociológico, e, também instituí-se um sentido metafísico (o qual ele mesmo é contra) de decisões a serem tomadas, o que gera certa contradição.

Para muitos críticos dessa corrente, Posner realizou uma leitura equivocada da escola pragmática, ao passo que em suas obras evidencia-se seu entendimento de que, assim como Dworkin, o juiz pragmático decide com fins não justificados. Sullivan (2007) aduz que a visão de Posner trata-se de uma releitura filosófica vazia e cotidiana sobre o pragmatismo, visto que não comporta qualquer forma racional de decisão por parte dos juízes.

Dentre as críticas dirigidas à Posner as principais referem-se a seu cunho pouco ortodoxo para a tomada da decisão judicial, pois para tal feito rejeita conceitualismos, seja moral, político ou jurídico, indo na verdade de encontro a uma posição antipragmática, conforme refere Sullivan (2007).

Nesse sentido, o que diferencia a doutrina aclamada por Posner daquela proposta por Peirce e defendida por Sullivan é o aceite do autor mencionado quanto às decisões tomadas pelo juiz pragmático, que devem ser concordantes com as consequências que melhor promovam os fins. Contudo, para Posner não resta evidente quais seriam os fins, visto que dependem de interesses e necessidades contingentes. Posner aduz que diferentes juízes, cada qual com seu próprio entendimento acerca das necessidades e interesses da mesma comunidade, pesará diferentemente as consequências e fins.

Assim, este autor descarta a possibilidade da teoria pragmática clássica quanto à reconstrução filosófica dos fins e ideais da comunidade, pois em seu

entendimento a divergência entre os julgadores não acarreta diminuição da segurança jurídica e sim um judiciário diversificado e capaz de múltiplas análises e representatividades.

Nesse sentido, imprescindível que se adentre a questão da resposta certa na concepção de Dworkin e Posner, a fim de compreender quais as formas de embasar uma decisão judicial perante tais filósofos.

O juiz e a "resposta certa" para a decisão judicial na visão de Dworkin e Posner

Ao longo desse trabalho objetivou-se versar sobre as diferentes formas de pensamento das teorias abordadas por Dworkin e Posner, bem como suas considerações para a chegada da decisão judicial através de seus processos cognitivos.

Nesse diapasão restou evidente que, enquanto Dworkin preocupa-se com a formação de uma teoria hermenêutica do direito que possa embasar qualquer decisão judicial, até mesmo os casos que preceitua como difíceis, assim conhecido por seu cunho interpretativista, de outro lado Posner sustenta a escola pragmatista (ou neopragmatista), como aquela que os meios devem atender aos fins. Compete dizer, então, que em seu posicionamento, os juízes devem primar pelo coletivo em suas avaliações, admitindo um caráter utilitarista em seus julgados.

Bitencourt et al (2014, p. 171) quando refere a constante divergência de tais autores introduz que

Importa o fato de que, embora apresentem visões opostas, com diferentes perspectivas, nenhum dos referidos juristas consegue afastar a influência de argumentos morais na hora de decidir o Direito, muito embora possam chamar esses argumentos de sociais, principiológicos, valorativos ou políticos. Na verdade, questiona-se até que ponto tais autores não caem na crítica que eles mesmos constroem em relação aos positivistas: de que criam uma teoria para encobrir diferentes argumentos com a ideia da objetividade jurídica.

Inúmeras foram as críticas realizadas à ambos institutos, seja pelo juiz Hércules de Dworkin e a incapacidade de definição de um critério para guiar-se em todos casos, incluindo os *hard cases*, caindo muitas vezes na comparação com o próprio pragmatismo que tanto criticava, ao passo que entende cabível a interpretação dos fatos anteriores e suas justificativas com aceite dos princípios basilares da Constituição, consoante elucida Fonseca (2011). Recaindo, também, em uma prática assemelhada ao utilitarismo pregado por Posner. Seja pelas divergências internas na escola pragmatista de Posner, no qual foi acusado de fazer uma leitura errônea e cotidiana, de suas vertentes, ao passo suas tentativas de simplificar a teoria aplicada a esta escola foi entendida pelos demais representantes dessa como falhas de entendimento dos preceitos básicos levantados e defendidos pelo pragmatismo, conforme refere Fonseca (2011).

O relevante dizer é que, embora em muitos sentidos as teorias defendidas por Dworkin e Posner contraponham-se, ambas favorecem e suscitam o surgimento de teóricos e formas de discussão do direito.

No pensamento de Dworkin a inexistência de uma norma reguladora específica não acarreta omissão da lei e sim ocasiona a aplicação da norma geral conclusiva, por esse motivo existe uma resposta correta sempre.

Dworkin elucida que a afirmação de que há uma resposta correta não determina por si qual seria a resposta. Assim, o autor inverte o ônus da prova, alegando caber aos críticos provarem o contrário evidenciando algum caso concreto sem manter-se apenas na leitura empírica da teoria apresentada, conforme colaciona-se:

[u]ma proposição de Direito... é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, ... mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária. [...] pode existir uma resposta correta para a questão[...] mesmo que a resposta não possa ser demonstrada. (Dworkin, 2001, p. 185)

Acerca da existência de casos difíceis e a unicidade de respostas corretas Dworkin (2001, p. 216) afirma que

Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Alguém que conteste isso [...] [não] terá êxito se tentar encontrar exemplos efetivos de casos sem nenhuma resposta certa numa investigação, caso a caso, dos relatos jurídicos. Cada relato de caso contém um parecer sustentando que, na comparação, um lado tem o melhor argumento no debate jurídico. [...] O argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. Deve fornecer e defender alguma ideia de ceticismo, ou de indeterminação na teoria moral, que torne plausível supor que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento da outra com base na moralidade política. Não acho que tal argumento tenha sido fornecido, apesar de certamente não ter demonstrado que isso seja impossível.

Justamente nesse sentido Posner discorda veementemente de Dworkin mencionando que questões de direito não podem ser verdadeiras ou falsas, logo, o sujeito matou ou não matou outrem, não podem haver divergências quanto ao fato. Outrossim, podem haver interpretações diferenciadas do texto constitucional, mas não cabem interpretações verdadeiras ou falsas. Assim, Posner tenta convalidar sua teoria referindo que, o julgamento deve ser realizado da descoberta do ocorrido, não podendo esperar pela verdade. Logo, não havendo critérios absolutos para definir a melhor interpretação existem casos que não existem respostas certas, visto que a incerteza na decisão judicial decorre da incerteza da verdade dos fatos alegados e não da incerteza do direito.

Conforme destaca Fonseca (2011), Posner aduz que o sistema jurídico norte-americano respalda a incerteza de suas decisões quando absolve um réu por falta de provas ou dúvidas de autoria. Seu entendimento então é que, visto que os juízes fazem a descrição dos fatos e referem sua motivação decisiva, estes por sua vez estão decidindo da melhor forma que lhes parece possível, assim seus julgados decorrem de uma avaliação de probabilidade.

Nesse sentido, ambos autores abordam o tema da decisão judicial, e, certamente, cada qual com sua teoria persuasiva. Contudo, o que se evidencia do que fora proposto nessa breve síntese do embate entre tais filósofos do direito é que suas propostas não são conflitantes no todo, ao

passo que suas concepções metafísicas divergem quanto a ontologia do direito, portanto evidente que suas respostas acerca do que é direito serão diferentes.

Entende-se que adotar uma postura entre a teoria da integridade de Dworkin e o pragmatismo (neo-pragmatismo) trazido por Posner é mais do que uma teoria filosófica sobre a tomada da decisão judicial, é, contudo, uma concepção inicial do que se entende por direito e todo o início da percepção ontológica e/ou propedéutica.

Assim, enquanto Dworkin interliga a moral e a decisão do magistrado, Posner afirma que a moralidade em nada toca a decisão, devendo essa atingir sua finalidade utilitarista. Certo é que ambas teorias em muito acrescentaram ao ordenamento jurídico mundial e trouxeram inúmeras formas de inovação do pensamento judicial e possibilitaram aos magistrados e operadores do direito uma forma visionária de perceber o processo enquanto plano axiológico e no caso concreto em si.

Conclusão

Certamente é difícil dizer com segurança, qual é a opinião de Dworkin a respeito da relação, entre a racionalidade científica e a interpretativa. O argumento pela teoria interpretativa do direito apresentado em suas obras é moral. O caminho que leva às concepções de vida boa e dos deveres morais à concepção de direito até a chegada das justificativas da decisão judicial é sem dúvidas árduo, e, de forma alguma pretendeu-se esgotar a análise do autor quanto à este assunto.

Visou-se suscitar um breve embate entre as teorias de Dworkin e Posner naquele que foi, durante muito tempo, um assunto tão debatido e frequentemente alvo de críticas das duas correntes.

Entretanto, ao examinarmos os campos de embate entre a teoria do interpretativismo apresentada por Dworkin e o pragmatismo jurídico

personificado por Posner pôde-se evidenciar que o maior conflito entre ambas correntes são o fato de que Dworkin preceitua indispensável para a tomada da decisão judicial a análise e ponderação da consistência histórica e da integridade como fatos indispensável. Doutra banda, os pragmatistas rejeitam as vertentes asseguradas por Dworkin para centrar-se na relevância da utilidade da decisão judicial atender às necessidades humanas e sociais.

Dworkin opera os princípios como balizadores de sua teoria. Contudo, embora renegue a matriz pragmática de consequencialismo, admite, que nos casos difíceis, pode-se seus juiz imaginário - Hércules - valer-se destes preceitos a fim de justificar seu julgado decidindo como em um romance encadeado, formando uma narrativa.

Esse ponto de fusão entre as teorias faz com que se pense em uma união conceitual entre as ideias pragmáticas de Posner e a teoria do interpretativismo, visto que, ainda que em constantes embates, possam ser complementares no sentido de que em muito se assemelham no sentido de buscar uma vertente cognitiva que mantenha o sentido fundamental da decisão e, também, instigam a inovação do pensamento judicial não apenas para os juízes Hércules - ou que seguem nessa tentativa - mas também à todos operadores do direito.

Abstract

This paper addresses the clash between two great philosophers of law and its notion of the judge's discretion in making judicial decisions. Analyzes the concepts brought by Dworkin to respect a different disciplinary matrix of positivism and its interpretive theory about the moral and legal valuation of the reflective nature of the standards they propose to study. Is concerned, too, about Posner's pragmatism, as well as the criticisms of this system both prospects and the positioning of the "ideal" judge and his discretion. The objective of this study is to understand and analyze the ruling before the theories of each of these philosophers and into forms deemed "right" to serve as a guide for judges. It is understood, preliminarily, that both theories have points to add, but a fusion of these could give the constructive theory of law, benefiting all the jurists.

Keywords: Dworkin, Posner, interpretivism, pragmatism, judicial decision.

Referências

- ALMEIDA, Danilo dos S. *Uma crítica ao interpretativismo de Ronald Dworkin a partir do realismo pragmático de Hilary Putnam*. 2011. 119 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.
- BITENCOURT, C. M.; CALATAYUD, E. D.; RECK, J. R. *Teoria do Direito e Discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo*. e-book: Essere nel Mondo: 2014.
- COSTA, Carlos H. G. *A interpretação em Ronald Dworkin*. Brasília: Revista CEJ, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *O Império do Direito*. 2ª ed. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- FONSECA, Ana C. da Costa e. *Dworkin e Posner acerca da existência de respostas certas para as questões jurídicas: a reconstrução de um debate*. Porto Alegre: Veritas, 2011.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. Possibilidades procedimentais de controle dos conteúdos morais das decisões judiciais. Chapecó: Unoesc, 2011 (p. 315 – 328)
- EISENBERG, J; POGREBINSCHI, T. *Pragmatismo, direito e política*. Rio de Janeiro: Dados Revista de Ciências Sociais, 2002.
- POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2007.

Sobre as autoras:

Juliana Machado Fraga é Mestranda do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogada. E-mail: juliana_m_fraga@hotmail.com

Luana Figueiró Silva Volpato é Graduada pelo centro universitário Franciscano –Unifra. Aluna especial da disciplina Direitos Humanos e Fundamentais do programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós- graduanda *lato sensu* em Direitos e Processo do Trabalho e Direitos Previdenciário. Advogada. E-mail: luanafigueirosilva@gmail.com

