
APOLOGIA À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha¹

I - INTRODUÇÃO

O curioso título decorre da crítica que pretendo empreender à posição de Richard Posner, manifestada em *paper* intitulado *Against constitutional theory*. Para tal desiderato impõe-se um breve esboço do referido texto, a fim de que fiquem claras as minhas ressalvas à posição ali sustentada.

Em um primeiro momento, pode parecer estranho um artigo sobre a importância da teoria da Constituição no corpo de um periódico que concentra análises no campo da fenomenologia, contudo, as reflexões que se seguem têm um escopo e um âmbito muito mais abrangente do que inicialmente transparece no título.

A veemente crítica que desfiro contra a posição de Posner tem um alcance que ultrapassa as suas pontuais considerações, atingindo de frente um estado de coisas que parece marcar o cotidiano

¹ Doutor em Direito Público (PUC-MG) e Juiz Federal.

jurídico brasileiro, em que o Direito é assumido basicamente com um papel instrumental para o alcance de metas político-econômicas, desprovidas de qualquer fundamento de ordem moral. Falo aqui em política no uso precário do termo, portanto, fora daquela ambiência aristotélica que vê na *polis* o meio que potencializa a realização das virtudes do indivíduo. Aqui, ao contrário, a política desfoca a sociedade e se concentra no público icônico² para, não raro, travestir certos interesses partidários espúrios. Nesse viés instrumental, o Direito acaba rebaixado ao nível de subserviência a estratos políticos supostamente mais elevados.

Portanto, a escolha de Posner como alvo de minhas críticas não foi aleatória, pois me parece que nele se tem um claro exemplar do modelo jurídico decadente que pretendo evidenciar.

II – CONTRA A TEORIA CONSTITUCIONAL

Richard Posner é juiz federal da Corte de Apelações dos Estados Unidos da América para o Sétimo Circuito e Professor da Universidade de Chicago. Tem uma vasta produção literária na área do Direito, destacando-se como o corifeu do *Law and Economics*. Em artigo publicado há mais de dez anos sustentava uma radical reorientação das pesquisas universitárias na área do Direito, haja vista que na prática dos juízes da Suprema Corte do seu País as suas decisões não se baseiam em fatos e dessa constatação não se está autorizado a inferir que há uma necessidade de um estrato teórico, “a menos que dizendo à Corte para dispensar maior atenção às realidades sociais possa contar como uma asserção teórica” (POSNER, 1998, p. 12).

Assim, firma ele posição contra a teoria constitucional, exatamente porque impréstável ao fim a que se deve destinar, qual

² Apropriação que aqui faço do modelo icônico de povo a que se refere Friedrich Müller em sua obra “Quem é o povo” (MÜLLER, 2003).

seja, o de aparelhar os juizes com informações sobre a realidade social, a fim de que possam decidir com maior dose de segurança os casos que lhes são submetidos à apreciação; e não, deixarem-se conduzir, em meio à escuridão em que se encontram, por valores pessoais ou outras fontes supostamente espúrias ao mundo do Direito.

E esse vício é reticente, posto que os teóricos do Direito, ao invés de dedicarem-se à exploração de temas mais relevantes (porque úteis, na perspectiva do autor), seguem conduzindo um jogo político-retorizante bicentenário, que chamam de teoria constitucional.

Por teoria constitucional entende Posner “o espaço destinado ao desenvolvimento de uma teoria aceita generalizadamente para guiar a interpretação da Constituição” (1998, p. 1). A par do conceito tautológico, dá-se aí por satisfeito e já avança sério golpe sobre ela, ao afirmar que “nada pretensamente suficiente para garantir o nome de teoria é requerido para decidir casos em que o texto ou a história da Constituição proporcione um guia seguro” (1998, p. 2). E pretende sustentar a sua afirmação exemplificando que “nenhuma teoria é requerida para determinar quantos senadores cada estado deve ter” (1998, p.2).

Apesar de secular, a teoria constitucional não daria sinais de encerramento e tampouco de progresso, e isso decorreria de dois aspectos importantes, a saber: primeiro, a sua ausência de força normativa, do que derivaria a sua incapacidade para influir no acordo entre pessoas não predispostas a aceitar as prescrições políticas dos teóricos; e, segundo, a autossuficiência do seu público, ou seja, os teóricos constitucionais não estariam voltados aos juizes ou advogados que efetivamente atuam, mas apenas aos próprios professores de Direito e áreas afins, o que faz com que o mundo acadêmico entre em divórcio com a realidade com que se deparam os operadores do Direito. Assim, tem-se uma “academificação” da

teoria constitucional, que é parcialmente justificada por Posner nos seguintes termos (1998, p.4)³:

[...] Existem muito mais professores de direito do que costumava, o que torna possível para eles ter uma considerável audiência para os seus trabalhos, mesmo se eles são lidos apenas por outros professores de direito, como é largamente o caso com relação à teoria constitucional. Além disso, como a teoria constitucional se torna mais “teorética”, menos conectada à prática do direito, ela se torna cada vez mais transparente a professores de outras áreas, tais como teoria política e filosofia moral; e daí significa que o quantitativo de teóricos constitucional cresce ao ponto da autosuficiência. O Direito Constitucional circula hoje em um meio que é largamente opaco ao juiz e aos advogados atuantes.

Essa “academificação” seria a causa, sobretudo, do divórcio entre a realidade das práticas constitucionais empreendidas pelos juízes e as matérias que são alvo de pesquisas pelos *scholars*. Portanto, a teoria constitucional tende a omitir-se diante dos maiores problemas constitucionais, os quais seriam necessários ao conhecimento empírico, essencial às decisões judiciais.

Posner procura respaldar as suas conclusões em dois casos submetidos à apreciação da Suprema Corte, um referente à questão da admissão de mulheres no Instituto Militar da Virgínia e outro referente à discriminação de homossexuais.

No primeiro deles, a Academia Militar, com a sua fama de promoção de um método adversativo para a formação de cidadãos-soldados, dado o rigor dos treinamentos, não permitia o acesso

³ [...] there are so many more law professor than there used to be that it has become possible for them to have a nonnegligible audience for their work even if their work is read only by other law professors, as I believe is largely the case with regard to constitutional theory. In addition, as constitutional theory becomes more “theoretical”, less tethered to the practice of law, it becomes increasingly transparent to professors in other fields, such as political theory and moral philosophy; and by this means the ranks of the constitutional theorists grow to the point of self-sufficiency. Constitutional today circulates in a medium that is largely opaque to the judge and the practicing lawyer.

de mulheres ao seu quadro discente. Essa exclusão foi afastada por decisão da Suprema Corte, sob o fundamento de que estaria fundada em uma crença ultrapassada quanto à diminuta capacidade feminina para determinadas tarefas, quando comparada a dos homens. Os juízes teriam sido demasiadamente influenciados pela equivocada analogia entre segregação sexual e discriminação racial. O fato é que, segundo Posner, questões relevantes sequer foram tocadas no julgamento em questão. Para o magistrado, ainda que se acredite (sem uma adequada reflexão ou pesquisa sobre o tema) que a história da sociedade reflita um tratamento injusto e opressivo em relação às mulheres, daí não se pode concluir que uma específica discriminação seja também assim qualificada. De fato, Posner afirma que ficaria surpreso se todos os juízes da Suprema Corte acreditassem que a distinção de banheiros femininos e masculinos em locais públicos configuraria uma espécie de segregação a ser superada.

Para Posner, uma questão essencial estaria em saber se a exclusão das mulheres do Instituto Militar lhes causaria mais prejuízo do que aquele decorrente da sua inclusão para a formação dos cidadãos-soldados.

Mais ainda, se a decisão da Corte pudesse servir de precedente para que muitas outras mulheres pudessem ser admitidas nas mais diversas instituições de ensino, talvez aí residisse um bom motivo para tomar a decisão na linha adotada, mas não era esse o caso, já que a segregação em questão era especificamente para aquela escola militar, em razão do “sistema de ensino” ali adotado.

O que Posner deixa claro é que juízes devem decidir não com base em princípios abstratos, mas segundo um cálculo de eficiência dos resultados de seus possíveis juízos, uma economia da decisão judicial. Tanto é assim que, independentemente dos princípios em jogo, a despeito da crítica empreendida contra a

decisão da Suprema Corte, ele mesmo não assevera tenha ela sido certa ou errada, mas apenas que a sua fundamentação teria sido precária, em razão de não haver levado a cotejo elementos factuais supostamente relevantes para o deslinde do caso. E isso é evidente quando sustenta que a mesma decisão poderia ser bem justificada se constatada a possibilidade de formação de um precedente que influenciasse o comportamento social em casos análogos. Mas o problema é que isso não teria sido sopesado, e sequer haveria notícia de uma proliferação de recusas de admissão de mulheres em outras instituições de ensino.

Poder-se-ia ainda afirmar que algumas mulheres ostentam índices de desempenho muito superior ao de alguns homens, razão pela qual, a genérica vedação de acesso delas ao Instituto Militar não se sustentaria, sendo melhor que lhes desse a oportunidade de mostrar as suas próprias capacidades em cada caso. Entretanto, para Posner, estatisticamente esse percentual de mulheres diferenciadas seria irrisório, razão pela qual não seria eficiente admiti-las sob tal fundamento. Confira (1998, p. 15)⁴:

Uma política de conceder a todos uma chance para provar para si mesmo (a sua capacidade), ao invés de uma projeção preliminar de um possível sucesso, seria altamente ineficiente. Se apenas uma pequena percentagem de mulheres, relativamente aos homens, são qualificadas para suportar um treinamento adversativo, a consideração individual de candidaturas de mulheres renderia poucos benefícios.

Para as pretensões deste pequeno estudo não é mais necessário avançar pelos exemplos dados, pois o essencial já foi descrito. Posner não pretende submeter as decisões da Suprema Corte a um teste de correção, fundado em um determinado paradigma teórico; ao contrário, sua crítica àquelas decisões não se voltam a um juízo de

⁴ A policy of giving everyone a chance to prove himself or herself, in lieu of a preliminary screening for likelihood of success, would be highly inefficient. If only a minute percentage of women, relative to men, are qualified to undergo adversative training, individual consideration of women's applications would yield few benefits.

correção, elas podem até estarem certas; apenas se nota que os julgamentos são conduzidos em meio ao vácuo de informações, o que evidencia um vício de fundamentação. Essa “razão prática” precária é devida à influência negativa da teoria constitucional, já que se ocuparia de questões que seriam alheias às atividades concretas dos operadores do Direito.

A proposta é então de uma revolução copernicana no meio acadêmico, no sentido de ultrapassar a temática ancilosada sobre que se debruçam os teóricos, de forma que sejam incitados a melhor ocuparem o seu tempo no tratamento de questões que efetivamente sejam úteis ao cálculo de eficiência necessário ao respaldo das decisões judiciais.

Nessa linha exposta, Posner se autointitula um pragmatista, sem pretender com tal estampa acondicionar no conceito uma doutrina jurídica rígida e bem delimitada, mas vê aí basicamente a ideia de uma atitude cujo núcleo seria “um instrumentalismo que, voltado para o futuro, tenta mobilizar o pensamento como uma arma capaz de deflagrar ações mais eficazes” (POSNER, 1994, p. 28).

III – O PROBLEMA DO IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Nessa linha pragmatista, pretende-se municiar o juiz com a linguagem eficiente da análise econômica, a fim de que a sua intromissão na complexa engenharia social não se dê de forma tal que acabe por agravar os problemas que pretende corrigir.

Esses possíveis reflexos negativos poderiam derivar de duas fontes: a explosão de demandas judiciais e o impacto no custeio da execução das decisões proferidas.

De fato, é razoável conceber a possibilidade de que o atendimento em massa das demandas individuais pelo Judiciário possa refletir uma

via privilegiada para a mobilização de pretensões em face do poder público, gerando o que Rogério Gesta Leal denomina de “paradoxo da eficiência” (2010, p. 77), onde a sobrecarga judicial decorrente da explosão de ações acaba por repercutir na impotência para o seu enfrentamento pelos seus órgãos, com conseqüente colapso da administração judiciária. A análise econômica do Direito apontaria para uma solução conciliadora entre uma “Justiça que não se transforme num peso-morto do aparelho produtivo, num entrave à atividade econômica, mas que em contrapartida não transmita à sociedade a ilusão de uma justiça gratuita e inesgotável, que geraria o incentivo ao sobreuso (à “sobrejudicialização”)” (ARAÚJO *in* LEAL, 2010, p. 9)⁵.

A par desse problema, a própria intervenção judicial na efetivação de direitos constitucionalmente assegurados pode gerar a exaustão de recursos necessários ao atendimento universal da sociedade, já que “muitas proclamações de direitos, por solenes e grandiloquentes que sejam, não inventam para elas mesmas as suas próprias possibilidades de concretização” (LEAL, 2010, p. 12). Assim, seria ponderável que os custos econômicos das decisões judiciais deixassem transparecer que o Judiciário estaria sendo captado por minorias privilegiadas de litigantes que acabaria por torná-lo, não parte da solução, mas do problema da injustiça social.

Essa tensão se mostra clara no âmbito do direito à saúde, contemplado em reiteradas oportunidades na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), destacadamente em seção própria introduzida no âmbito da disciplina dispensada à seguridade social (arts. 196 a 200). Parece-me ser suficiente destacar

⁵ A questão é relevante, pois tenho observado um intenso debate acerca da necessidade ou não do manejo prévio da pretensão autoral diante da Administração Pública, como requisito para a admissibilidade das demandas judiciais, a fim de que se faça presente o interesse de agir da parte autora, já que, sobretudo no âmbito das demandas previdenciárias, em que a ineficiência administrativa da autarquia gestora dos benefícios é patente, há um encaminhamento massivo dos pedidos diretamente ao Judiciário, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, antes mesmo de qualquer postulação junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

os seus arts. 6.º e 196, em que o primeiro introduz a saúde no rol dos direitos sociais, e o último estabelece ser ela um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Prevendo ainda a Carta de 1988, em seu art. 195, III, §10, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui um sistema único (SUS), certo é que todos os entes da federação são responsáveis por sua efetivação. Esse singelo arcabouço normativo já basta para justificar a proliferação de demandas judiciais que veiculam contra municípios, estados e a União a pretensão de custeio de tratamentos especiais e fornecimento de medicamentos necessários à recuperação da saúde.

Argui-se que o atendimento judicial generalizado a tais pedidos acaba por esgotar o manancial de recursos públicos, deixando a administração judiciária refém de “proclamações de direitos que, desligadas de uma sensibilidade aos impactos nos custos, permitem que grupos tomem de assalto recursos comuns, esgotando-os antes que todos os grupos possam ter o acesso a esses recursos que o Direito formalmente lhes garantisse”, tal como ocorre com a denominada “indústria de liminares” (LEAL, 2010, p. 10).

É nesse sentido que se põe a recomendação de Rogério Gesta Leal (2010, p. 237):

Quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que ocorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de

esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo.

Portanto, o problema acaba sendo projetado para as consequências da decisão judicial, sendo elas quem servirão de parâmetro para os juízos de valor que serão tomados e, portanto, podemos dizer que temos aí um certo “realismo consequencialista” como fundamento das decisões judiciais.

Um exemplo dado pelo próprio Posner talvez deixe isso mais claro. Tratando da questão da adição de camadas de revisão pós-condenação no âmbito da justiça criminal, ele afirma que tal prática está associada à crença na superação de qualquer dúvida acerca da questão de saber se foram ou não violados os direitos do réu no processo penal. Entretanto, não se pondera o custo da introdução dessas instâncias recursais e se eles são justificados em relação a uma possível redução dos erros judiciários. Confira (1994, p. 218)⁶:

É necessário equilibrar o que podem ser leves ganhos na redução de um tipo de erro (violação dos direitos dos acusados) contra os custos no incremento de um outro tipo de erro (aceitação equivocada das pretensões de correção dos acusados), enfraquecendo a finalidade do processo criminal e sobrecarregando as cortes em detrimento dos acusados com reivindicações válidas que se perdem nesse tumulto.

Nesse contexto, juízes liberais e conservadores se debatem acerca da influência dessa ampliação dos recursos em matéria criminal, os primeiros acreditando que pouca influência daí deriva para o aumento do índice de criminalidade ou mesmo o comprometimento dos recursos que poderiam ser destinados a outros programas sociais; ao passo que os últimos admitem que

⁶ The need is to balance what may be slight gains in reducing one type of error (violating the defendant's rights) against the costs in increasing another type of error (mistaken acceptance of the defendant's claim of right), in undermining the finality of the criminal process, and in burdening the courts to the detriment of defendants with valid claims that get lost in the shuffle.

a ampliação dos direitos dos réus acarretam um incremento dos índices de criminalidade, além de impor pesados custos ao sistema judicial, duvidando ainda que tais medidas acarretem a redução da condenação de inocentes. Nesse quadro, Posner se surpreende não pela falta de acordo, mas com a pouca urgência sentida pelos profissionais do Direito quanto ao tema, que se mostram desinteressados nesse âmbito consequencialista de pesquisa, além de não estimularem seja ela empreendida no meio acadêmico.

IV – A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO POR UMA ÉTICA CONSEQUENCIALISTA

É possível conceber uma ordem jurídica em que as considerações de índole moral, inclusive quanto à justiça das normas positivadas, fiquem postas de fora do sistema do Direito. Um tal modelo pode-se afirmar positivista, exponenciado na figura de Hans Kelsen, para quem a validade jurídica não deve ser buscada em outra ordem normativa que não a do próprio Direito. Assim é que ele põe tudo isso em termos de um escalonamento hierárquico de normas que culminarão em uma norma hipotética pressuposta, seja no âmbito da tentativa de validação por um suposto direito natural, seja na assunção de um direito em bases teológicas. Em qualquer caso, teríamos que perguntar o que nos obriga a obedecer os ditames da natureza ou de Deus, respectivamente.

Para o jusfilósofo austríaco, o modelo positivista é o que melhor se apresenta entre os candidatos à resposta, exatamente porque não parte de uma pressuposição de caráter metafísico, mas de uma convicção subjetiva, determinada por fatos objetivos. É que a norma fundamental não é um pressuposto que decorra “da livre imaginação, pois se refere a fatos determináveis objetivamente: o estabelecimento de uma constituição e os atos que, com base na constituição, criam e aplicam normas gerais e individuais de uma ordem coercitiva” (1998 ,p. 257).

Essa cisão entre direito e moral é também seguida por Ricardo Guibourg, quando assevera que o estudo daquele geralmente se volta a três objetivos: identificar o que é o Direito, para o fim de argumentação acerca do seu conteúdo, na hipótese de existência de alguma controvérsia; estabelecer o modo como a sociedade se comporta em relação às condutas por ele regidas; e valorar as condutas e as próprias normas como justas ou injustas (2010, p. 12). O terceiro propósito é isolado da linha de argumentação daqueles que se dizem positivistas, como o próprio Guibourg, que assim justifica a sua posição (2010, p. 13)⁷:

Bastará, para resumir a argumentação a respeito, assinalar que, em matéria axiológica, não existem métodos intersubjetivos confiáveis para dirimir as diferenças de opinião, de modo que uma ciência cujo objeto deve determinar-se com recurso a coincidências emocionais dificilmente alcançaria a univocidade necessária para obter algum consenso acerca do seu conteúdo.

Vejo Posner alinhado às correntes positivistas, na medida em que nega importância às teorias morais para a aplicação do Direito, pois o julgamento pragmático proposto por ele é refratário a considerações morais abstratas, já que o juiz deve vincular-se aos fatos disponíveis, no sentido de uma ordem consequencialista envolvida no cálculo de resultados da decisão. Assim, elucubrações de cunho filosófico ou qualquer outro de índole “teórico-abstrata” não encontrariam espaço no âmbito da atuação judicante.

Essa visão estreita do fenômeno jurídico desconsidera os seus fundamentos, além de passar despercebidos os múltiplos sentidos normativos, encobertos pelo entendimento meramente operativo. Daí a lúcida constatação de Aquiles Guimarães (2003, p. 20-21):

⁷ Bastará, para resumir la argumentación al respecto, señalar que en materia axiológica no existen métodos intersubjetivos confiables para dirimir las diferencias de opinión, de modo que una ciencia cuyo objeto hubiera de determinarse por apelación a coincidencias emocionales dificilmente alcanzaría la univocidad necesaria para obtener algún consenso acerca de su contenido

Se os fundamentos do Direito se assentassem no campo da normatividade, estaria aberto o caminho para a legitimação da barbárie, uma vez que “em nome da lei” tudo é possível, até mesmo a insensatez dos juízes. O direito transcende a lei, na medida em que se situa na atmosfera do poder criador do espírito e não do teatro da operatividade das normas que ele inspira, na radical historicidade da razão humana [...] Portanto, fundamento é algo situado muito além da normatividade.

Por isso, parece-me escorreita a lição de Miguel Reale, quando inclui os fundamentos no plano da validade da regra jurídica. Para o saudoso jurista, ao lado da validade formal (vigência) e da validade social (eficácia), necessário ainda que a norma respeite padrões de validade ética, que lhe sirvam de fundamento. Isso nos projeta ao campo da axiologia, penetrante na sua percuciente tese, que restou conhecida como teoria tridimensional, em que o Direito, como realidade histórico-cultural resultaria da interação dinâmica e dialética entre fato, valor e norma⁸. Por isso mesmo é que “a sentença deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta” (REALE, 2005, p. 62).

É da essência da ética penetrar no âmago dessa rede valorativa que dá sentido a toda atuação humana. Portanto, a pretensão de assumir o Direito como algo dado, em que a carga valorativa que o marca se esgota em um momento monogenético pretérito, não se ajusta ao modo de ser do homem, em que a sua vida se desdobra em possibilidades, no contexto de uma existência carregada de valores que permitem evidenciar os múltiplos sentidos abertos pelo mundo.

Todo formalismo que pretenda esgotar-se em si mesmo desencontra-se do mundo da vida, tangenciando as múltiplas

⁸ A simples evidenciação de uma tríplice dimensão no Direito não é uma postura intelectual inovadora e tampouco lhe confere a dignidade de uma posição teórica. Como assevera o próprio Reale, “de teoria tridimensional propriamente dita só se pode falar quando se inferem consequências sistematizadas daquela constatação” (2005, p. 89). Assim, para maiores detalhes da interação mencionada, remeto o leitor à obra citada.

possibilidades da existência. Não por outro motivo a severa crítica que empreendi à matematização do Direito, escorado nas lições de Husserl, constantes da sua “crise da ciência europeia e a fenomenologia transcendental”. Ali deixei claro que ao caricaturizar o mundo, idealizando-o, perde o homem o que tem de mais próprio, a sua humanidade, que cede espaço ao sem-sentido da vida tecnicizada de um mundo desvalorado⁹.

V – A REFLEXÃO ÉTICA COMO PRESSUPOSTO DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Dentre as inúmeras classificações atribuídas às sentenças judiciais, tem-se aquela que leva em consideração a natureza do provimento jurisdicional invocado. Se a demanda tem por objeto a mera declaração da existência ou não de uma relação jurídica controvertida, daí derivará uma eficácia meramente declaratória. Por outro lado, o caso submetido à apreciação judicial pode requerer uma intervenção condenatória (no sentido de obrigar alguém a pagar determinada quantia, entregar determinada coisa a outrem etc.) ou desconstituir determinada relação jurídica, caso em que teremos os provimentos condenatórios ou constitutivos (aí incluídos os constitutivos negativos ou desconstitutivos). Essa decantação das sentenças em estratos diversos pode projetar uma tentativa de distinção entre sentenças que estabelecem o que é e aquelas que fixam o que deve ser, entre ato de conhecimento e “ato de vontade”.

Não seguirei com os exemplos porque os concebo como inadequados e decorrentes de um desvio de percepção. Pontes de Miranda já percebia que mesmo nas sentenças condenatórias, deveriam elas estar escoradas no acertamento prévio da relação jurídica controvertida, razão pela qual ali também haveria certo grau de declaratividade presente. E assim, acabou por introduzir

⁹ Para maiores detalhes ver CUNHA, 2012.

índices numéricos em que a classificação das sentenças se daria em razão não de critérios distintamente estanques, mas de uma prevalência quantitativa entre os graus de qualidades inerentes ao ato (cargas de eficácia)¹⁰.

Vou além e afirmo que mesmo as sentenças declaratórias não se limitam a declarar um estado de coisas, como mero ato de conhecimento. Ao contrário, essa declaração é institutiva, porque somente após essa “definição” do estado de coisas controvertido é que se pode reconhecer e exigir os direitos que dele derivam¹¹. Exemplifico: se peço ao juiz que reconheça que a cobrança de determinado tributo se deu em desconformidade com a lei, ao assim ver acertada a situação na sentença, deriva para mim o direito de compensar os valores recolhidos a tal título com outros que sou obrigado a pagar, um “direito de abatimento” que acaba derivado da declaração judicial mencionada. Portanto, há uma eficácia constitutiva (de direitos) mesmo nas hipóteses de sentenças denominadas “meramente declaratórias”.

Essas considerações preliminares se prestam a identificar em toda decisão judicial além de um ato de conhecimento, uma efetiva decisão, uma tomada de posição sobre determinado dilema da vida social, particularizada naquela demanda específica que é levada à apreciação do juiz. Aqui, portanto, estamos envolvidos em um campo da ética, partindo da premissa de que ela está voltada à ação, ou a que ação deve uma pessoa realizar. Em um sentido abrangente estaria ela voltada a reflexões acerca de como devo conduzir a minha vida. E aí temos expectativas também em relação ao comportamento dos outros, no sentido do que eles esperam de mim e eu deles.

¹⁰ Para maiores detalhes ver MIRANDA, 1998.

¹¹ Com isso, mitigo a ideia de falácia naturalista, ao insinuar certa coalisão entre o mundo do “ser” e do “dever ser”, ou seja, ao declinar um juízo do primeiro tipo, a ele já estaríamos estruturalmente ligados a determinadas formas de comportamento exigidas.

No contexto da atividade judicante, temos um exemplar privilegiado do campo da ética, pois a ação judicial (como a atividade que o juiz desempenha; não no sentido técnico-jurídico que a expressão pode assumir) tem uma imediata interferência na esfera pessoal daqueles que se encontram em debate no processo, interferência essa que pode afetá-los nos mais significativos espaços existenciais, como a liberdade e, em alguns locais, até mesmo a vida, reforçando ou frustrando os seus projetos.

No seu cotidiano o magistrado necessariamente enfrenta dilemas éticos que procura decidir legitimado em um arcabouço teórico e normativo que dá substrato aos seus juízos¹². Assim, não se pode partir daquela classificação equivocada dos atos judiciais para turvar a carga ética de que se reveste a ação dos juízes, mesmo nos denominados provimentos declaratórios.

Temos exemplos sobremaneira claros no âmbito da atuação “abstrata” do Supremo Tribunal Federal (STF), em que atos normativos são sindicados pela Corte, para o fim de ver atestada a sua conformidade ou não com a Constituição. Em um processo “sem partes”, não se está diante de um “caso concreto”, mas de uma demanda com impactos gerais, ainda que decorrente de uma decisão declaratória (daí o nome das referidas ações como declaratórias de constitucionalidade, ADC, ou de inconstitucionalidade – ADI). Entretanto, é exatamente dentro desse espaço de atuação que o STF vem decidindo acerca da possibilidade ou não de aborto de fetos anencefálicos, de pesquisa com células-tronco embrionárias, dentre inúmeras outras questões que são costumeiramente inseridas no campo daquelas reflexões que se costuma chamar de ética aplicada.

Já esbocei mais acima algumas considerações acerca da

¹² Daí o dever incondicional de fundamentar as suas decisões, previsto no art. 93, IX, da CRFB/99 (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”).

polêmica já milenar da participação entre as instâncias jurídica e moral¹³, mas deixo assentada a premissa, aqui não fundamentada adequadamente, de que não se pode conceber um sistema jurídico legítimo com desconsideração do elemento moral, muito embora reconheça, na esteira dos ensinamentos de Miguel Reale¹⁴, que podemos ter regras jurídicas que não tocam aquele campo, tal como ocorre com as regras de competência fixadas na Constituição (as regras de estrutura em geral) ou as que determinam a mão de direção em determinada via pública¹⁵. De qualquer forma, teríamos uma infinidade de exemplos onde o que está em jogo é coisa diversa, são determinações para a orientação de nossas condutas no trato com os outros, a fim de que se tenha uma convivência pacífica, como nos inúmeros ilícitos penais tipificados em lei, quando se trata das regras de dosagem das penalidades, do regime disciplinar dos servidores públicos etc. Aqui “o justo” é uma expectativa perene para a legitimação do sistema jurídico.

Assim, dado o caráter ético das “ações judiciais”, o problema da teoria constitucional (ou, mais propriamente, do vigor de uma teoria do Direito) acaba relacionado também à própria necessidade de consideração de uma ética da decisão judicial.

No plano de justificação pretendido por Posner, a correção da ação judicial estaria alicerçada nos efeitos provocados pela decisão mesma, o que consagra um deslocamento do plano

¹³ Como assinala Robert Alexy, “O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista” (2009, p. 3). Os positivistas basicamente estabeleceriam um conceito de direito sem a inclusão de elementos morais, firmando a tese separatista, ao passo que os não positivistas defendem a tese da vinculação. E prossegue afirmando que pela primeira corrente, “o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais” (2009, p. 3).

¹⁴ Nesse sentido a sua afirmação de que “fora da Moral existe o ‘imoral’, mas existe também o que é apenas ‘amoral’, ou indiferente à Moral” (1986, p. 42).

¹⁵ As regras que fixam o número de senadores por estado-membro da federação, por certo também são amoriais, mas daí não se pode avançar a desnecessidade de qualquer lastro teórico nesse caso, tal como afirma Posner, pois se efetivamente não necessitamos de maiores argumentos para tal quantificação, por outro lado, a distribuição numérica não igualitária entre os entes federados deverá ser muito bem justificada, sob pena de violação ao princípio federativo e, ao menos nesse sentido restrito, a quantificação dos senadores deve obediência a limites justificados por uma teoria constitucional.

da fundamentação para algo *a posteriori* e empírico. E isso, se encarado seriamente, por mais paradoxal ou estranho que possa parecer, provoca uma total perda de fundamento. O exemplo por ele utilizado da proliferação de oportunidades recursais para a detecção de falhas na condenação bem dá mostra de como essa “ética consequencialista” tergiversa com os direitos fundamentais.

Imaginemos que os acadêmicos convocados por POSNER tenham concluído, com base em extensa análise de campo, que os altos índices de condenação criminal pela prática de crimes hediondos têm deflagrado um estado avesso àquele pretendido pela política criminal, já que vêm incrementando os casos locais de prática de tais crimes, não importando a que título ou em razão de que causa isso venha ocorrendo. O que interessa aqui é a constatação de um dado fático: a permanência ou mesmo o incremento do índice de criminalidade, mesmo diante de uma intensa atuação dos juízes na aplicação de sanções penais e na sua execução. Ademais, vamos admitir que os mesmos pesquisadores tivessem atestado que a quase totalidade dos detentos, após cumprirem a pena que lhes foi imposta, reincidem. É de concluir-se que a condenação criminal não tem sido eficiente, seja na função de reabilitação dos criminosos, seja no caráter preventivo que deriva do seu elemento cominatório. Pois bem, considerando os altos custos envolvidos na persecução criminal, esse cálculo de eficiência autorizaria os juízes a extinguir *ab initio* os processos criminais sob sua direção ou deixar de punir os acusados, independentemente de sua culpabilidade?

Valho-me ainda de um exemplo proposto por Elliot Sober, em que um grotesco homicídio foi cometido em uma pequena cidade, havendo a polícia descoberto que o autor do crime está morto. Entretanto, se divulgasse tais fatos, ninguém acreditaria nas suas informações, gerando um progressivo tumulto social, com possibilidade de inocentes virem a ser indevidamente feridos ou

mortos pela sede de vindicta decorrente da comoção social deflagrada. Por sua vez, se um estrangeiro solitário, sem laços familiares ou de amizade conhecidos, estivesse perambulando pela cidade e fosse certo que poderia ser incriminado falsamente, inclusive com a possibilidade de ser-lhe aplicada a pena capital, ali prevista no ordenamento, na certeza de que tal medida eliminaria a comoção intestina instalada, ainda assim deveria a polícia assim fazê-lo? (SOBER, p. 423). Estamos diante novamente de uma questão de um mero cálculo operacional das ações judiciais, no sentido do peso dos resultados que delas poderiam advir, como fundamento para o decidir.

Ainda mais, que dizer do cálculo estéril de resultados aplicado à questão do uso da tortura como meio para a obtenção de informações? É bem possível que um dano enorme recaia sobre um considerável número de pessoas e que tais danos possam ser evitados diante da informação buscada, o que “justificaria” o emprego de meios de violência física ou mental para obtê-la, quando daquele cálculo resultasse constatado que, do ponto de vista econômico, o prejuízo decorrente da falta da informação buscada é inferior àquele impingido à saúde do informante. Entretanto, fica de fora desse espectro argumentativo a própria indignação que provoca a admissão da tortura. O elemento moral não é sopesado e, nessa linha, a dignidade da pessoa é desconsiderada, e com ela o próprio peso dos direitos fundamentais, os quais são fundamentais em duplo sentido, como elementos básicos da própria existência, que servem de substrato e condição de possibilidade para o exercício da liberdade; e, por outro lado, tais direitos são fundamentais porque se prestam a servir de fundamento para as decisões judiciais interferentes na esfera da liberdade dos jurisdicionados.

O resgate dessa dimensão ética somente é possível na via da estética valorativa (no sentido da sensibilidade a valores), na educação do nosso agir para a visão dessa dimensão de essências

que são encobertas no modo técnico da ocupação cotidiana. A tal desiderato, o método fenomenológico bem se situa como postura intelectual que nos abre o mundo da vida, usurpado por uma idealização econômica, de que a metodologia de Posner parece ser um bom exemplar.

Pois bem, o longo alcance da fama de Posner como empreendedor revolucionário de uma “Filosofia do Direito” pragmática é o eco de uma sociedade já desalinhada com os sentidos mais vitais que encarnariam os valores essenciais à realização da humanidade do homem. Daí porque somente o recurso ao processo de reprodução educativa para reverter um tal estado de coisas, pelo que, ao contrário do que propõe Posner, urge uma revalorização da Teoria e da Filosofia do Direito, na esperança de que “temos que nos convencer da realizabilidade dos valores num mundo de velocidades incontroláveis, de simultaneidades dispersas, de sobreposição dos efeitos simbólicos, imaginísticos, à realidade do mundo da vida” (GUIMARÃES, 2003, p. 19).

A proposta de Posner evidencia a submissão a um “praticismo” negligente com a reflexão sobre os fundamentos da ação jurídica. E isso é pernicioso, porque (GUIMARÃES, 2003, p. 69):

Na ordem utilitária sobre a qual são tecidas a sociedade e as instituições que a sustentam não há lugar para a reflexão em torno do que funda, mas do que funciona, do que é útil. Felizmente, a Filosofia do Direito não é útil para nada, na medida em que não se trata de mais um utilitário a ser adquirido, mas de uma disciplina que deve ser exercitada como instrumento de desutilização de um mundo perdido na utilitariedade obscurecedora da infinitude de horizontes dos seus sentidos.

Daí porque “no Direito e na moral, particularmente, a advertência para evitar questões espinhosas pela observação *do*

que funciona não é apenas inútil; ela é ininteligível” (DWORKIN, 2006, p. 64-65).

VI - CONCLUSÃO

Para Posner a atividade decisória empreendida pelos juízes carece de considerações de índole metafísica, que nada mais fazem do que estruturar retoricamente o discurso jurídico. Exatamente por isso, o raciocínio jurídico deve ser blindado contra interferências de ordem moral ou qualquer outra teórico-abstrata e concentrar-se nos elementos fáticos imediatos, que permitam estabelecer um cálculo consequencialista dos resultados da decisão adotada pelo juiz, a fim de justificar ou não o seu juízo, em termos econômicos. Estabelecida nessas bases, a decisão judicial carece de informações de ordem prática, dispensando elucubrações teóricas que adornam a vida acadêmica. Daí projetar-se Posner contra a teoria constitucional.

A posição de Posner pode ser assumida como positivista, à vista da desconsideração de elementos morais no âmbito do raciocínio jurídico, mas essa postura é reducionista e desconsidera a dimensão valorativa da existência humana mesma.

A incitação a uma atuação judicial que funcione à base de um cálculo econômico acaba por desvalorar aquele agir e submeter o juiz a uma dimensão técnica, no sentido de que a “boa” decisão seria aquela que funciona. Essa postura está alinhada à prevalência da dimensão tecnicista do mundo hodierno, em que a velocidade de tudo que acontece é escorada na proposta de um produzir-se que se reproduz, onde o que vale é o que funciona, e nessa perspectiva deve também o Direito se alojar nessa lógica do funcionamento operativo. Com isso, perde-se a dimensão ética da validade do Direito, o que acaba gerando um desalinhamento entre o mundo do Direito e o mundo da vida.

Fica então a exortação de que o seu funcionamento deve ser assumido enquanto realização da trama de valores que orientam o jurídico como fenômeno; não a mera obtenção de resultados economicamente avaliados.

A fenomenologia, como ciência rigorosa destinada à evidenciação de essências, pode ser um instrumento adequado a desvelar esse estado de coisas e contribuir para a substituição de um modelo de Direito que pretensamente funcione por um outro que seja fundado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- GUIBOURG, Ricardo A. **Derecho, sistema y realidade**. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco lições de filosofia do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. V. 1. Campinas: Bookseller, 1998.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- POSNER, Richard. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- _____. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, v. 73, n. 1 (abr. 1998), p. 1-22. Disponível em http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website__academics__fellowships__hays_civil_liberties/documents/documents/ecm_pro_059249.pdf. Acesso em 17/fev/2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOBER, Elliott. **Core questions in philosophy**. 4. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2005.