



TEORIA, ANTITEORIA E PRÁTICA: UM PASSEIO PELOS DIVERGENT PATHS DE RICHARD POSNER

*THEORY, ANTI-THEORY AND PRACTICE: A RUMBLE THROUGH THE RICHARD
POSNER'S DIVERGENT PATHS*

Lenio Luiz Streck

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

Francisco José Borges Motta

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (2001), mestrado em Direito Público (2009) e doutorado em Direito Público (2014), todos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Foi Visiting Scholar junto à Columbia Law School (jan./maio, 2013). É Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Professor junto à Fundação Escola Superior do Ministério Público (graduação e mestrado). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO).

Resumo

Richard Posner denuncia a existência de um gap entre a atividade judicial prática e aquela desenvolvida por professores de Direito. Contudo, se a descrição de Posner está certa, devemos também concordar com sua prescrição pragmatista, em favor de uma Academia antiteórica? Para discutir essas questões, percorreremos o seguinte trajeto: i) faremos uma breve reconstrução do contexto divisado por Posner em *Divergent Paths*, de modo a tornar a parte propositiva de seu trabalho compreensível; ii) apresentaremos as propostas centrais do autor, dirigidas ao meio acadêmico, para o fechamento (ou diminuição) do tal gap; e iii) discutiremos criticamente uma de suas conhecidas propostas: a de que, para cumprir o objetivo de informar a atividade judicial prática, a academia deveria adotar uma postura, sob certo aspecto, antiteórica. Neste ponto, retomaremos parte de seu debate com o jusfilósofo americano Ronald Dworkin a respeito do Direito Constitucional, e esboçaremos algumas notas sobre a relação entre teoria e prática no contexto jurídico brasileiro.

Palavras-chave: pesquisa jurídica; antiteoria; pragmatismo

Abstract

Richard Posner denounces a gap between practical legal activity and that developed by law professors. However, if Posner's description is correct, should we also agree with his prescription of legal pragmatism, towards an anti-theoretical Academy? In order to discuss these questions, we will go through the following path: i) we will make a brief reconstruction of the context perceived by Posner in *Divergent Paths*, in order to make the propositional part of his work comprehensible; ii) we will present the central proposals of the author, directed to the academic environment, towards the closing (or diminution) of such gap; and iii) we will critically discuss one of its well-known proposals: that, in order to fulfill the purpose of informing practical legal activity, Academy should adopt a somewhat anti-theoretical stance. At this point, we will resume part of his debate with the American philosopher Ronald Dworkin on Constitutional Law, and outline some notes on the relationship between theory and practice in the Brazilian Law landscape.

Key-words: legal research; anti-theory; pragmatism

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*Judges and legal scholars talk past one another, if they have any conversation at all*¹. (POSNER, 2016). Esta é a frase que abre a orelha de um instrutivo trabalho do mundialmente conhecido autor americano Richard Posner, chamado *Divergent Paths: the Academy and the Judiciary* de 2016. O livro parte da constatação de que há um indisfarçável *gap* entre a atividade judicial prática e aquela desenvolvida por professores de Direito. (POSNER, 2008). Esta distância causaria prejuízos recíprocos: ignorada pela maioria dos juízes, a atividade acadêmica perderia a oportunidade de contribuir para a solução dos cada vez mais complexos casos práticos a respeito dos quais cabe ao Poder Judiciário deliberar. Por outro lado, sem o apoio da academia – cuja produção seria marcada pela *autorreferência* –, os juízes estariam trabalhando de modo pior e menos informados do que poderiam.

Posner dedica seu fôlego a traçar as causas e consequências deste alheamento, bem como a sugerir mudanças concretas – principalmente dirigidas ao sistema de ensino jurídico norte-americano – para que essa distância diminua. De um

¹ *Juízes e Professores de Direito falam sobre assuntos distintos, se é que efetivamente conversam*. Esta tradução, bem como as demais realizadas ao longo do artigo, são de responsabilidade dos autores.

modo geral, sua visão é a de que as mudanças deveriam começar a partir da academia que, ao invés de se dedicar a esmiuçar as fragilidades teóricas do discurso judicial, deveria focalizar a resolução de problemas jurídicos práticos.

A análise de Posner está dividida em duas partes: a primeira consiste numa descrição da realidade da Magistratura Federal norte-americana (perfil dos juízes federais, questões estruturais, aspectos concernentes ao processo adversarial etc.); a segunda é basicamente *propositiva*, e dirigida às *Law Schools* americanas e a seus professores. Trata-se de *sugestões construtivas* a respeito de como a academia poderia contribuir mais e melhor para o aperfeiçoamento da atividade judicial, aí incluídos desde mudanças de currículo escolar até o desenvolvimento de novos métodos de educação contínua dos juízes.

É interessante perceber que, apesar de Posner procurar restringir bastante seu foco de análise (sistema jurídico e magistratura federal norte-americanos), muitas de suas observações transcendem seu quadro referencial e são rigorosamente familiares para quem, como nós, divide seu tempo entre a academia e a prática brasileiras. A descrição que Posner faz dos juízes como sendo, em geral, *pouco curiosos e imaginativos, excessivamente passivos, tímidos a respeito de mudanças, enredados em tradições desgastadas e autossatisfeitos*, dispensa comentários. E, a propósito dos acadêmicos, a simples referência ao comentário de Brendan Behan sobre críticos de cinema (de que estes seriam *eunuchs in a harem; they know how it's done, they've seen it done every day, but they are unable to do it themselves*) já seria suficientemente eloquente. (POSNER, 2016, p. x-xi).

Posner parece, portanto, estar certo em boa parte de seu diagnóstico e na eleição do propósito de seus esforços: a necessidade de se colocar a diminuição desse *gap* na nossa agenda de pesquisas e preocupações. De fato, é quase um truísmo conceder que a academia deva se interessar pela comunicação com a atividade jurídica prática. Contudo, e é por aqui que encaminharemos nossas próprias reflexões, se a descrição de Posner está certa, não estamos tão seguros quanto ao acerto de suas prescrições. É preciso ter cuidado para que o *pragmatismo* proposto pelo autor americano não encubra a complexidade não apenas prática, mas também teórica, da atividade jurídica.

Com o presente ensaio, percorreremos o seguinte trajeto: i) faremos uma breve reconstrução do contexto divisado por Posner em *Divergent Paths*, de modo a tornar a parte propositiva de seu trabalho compreensível; ii) apresentaremos as propostas

centrais do autor, dirigidas ao meio acadêmico, para o fechamento (ou diminuição) do tal *gap*; e iii) discutiremos criticamente uma de suas conhecidas propostas, que ganha uma roupagem especial em *Divergent Paths*: a de que, para cumprir o objetivo de informar a atividade judicial prática, a academia deveria adotar uma postura, sob certo aspecto, *antiteórica*. Neste ponto, retomaremos parte de seu debate com o jusfilósofo americano Ronald Dworkin a respeito do Direito Constitucional.

Ao trabalho.

2. OS BASTIDORES DA MAGISTRATURA, A INDIFERENÇA DA ACADEMIA E O REALISMO PARA O RESGATE

Richard Posner ainda exercia, quando escreveu *Divergent Paths*, a Magistratura perante a *U.S. Court of Appeal for the Seventh Circuit*, atividade na qual ingressara em dezembro de 1981, com 42 anos. Agora, na maturidade, disse ter percebido que pouco havia se dedicado, como acadêmico, às atividades práticas dos demais juízes ou à magistratura federal como um todo. (POSNER, 2016, p. x). E é disso que trata a sua empreitada de 2016: de se debruçar sobre as deficiências da profissão judicial, de evidenciar o espaço que há para a melhora, e de refletir a respeito de sugestões concretas para torná-la mais funcional.

Nem tudo o que o autor descreve, como é intuitivo, tem relação direta com nossa realidade local. Há, por exemplo, diversas considerações sobre a postura judicial na condução de procedimentos adversariais (caracterizados por certa passividade dos juízes) que dificilmente serviriam como uma descrição fiel da prática judiciária brasileira². (POSNER, 2016, p. 131-140). Da mesma forma, nem tudo o que se aponta sobre a formação dos Professores de Direito, ou sobre os critérios a partir dos quais eles são contratados, se ajustaria sem mais ao contexto das faculdades de Direito brasileiras. O próprio Posner diz não conhecer o suficiente a respeito da magistratura não federal ou das *Law Schools* que não compõem a elite americana. (POSNER, 2016, xii). Talvez ele saiba mais do que admite ou julga saber. Mas em todo o caso há, como dito acima, um tom de proximidade entre várias de suas constatações e aquilo que experienciamos no dia-a-dia dos fóruns e salas de aula. E é nestes pontos que

² Muito embora a descrição da passividade dos juízes, que se autoconceberiam como meros *árbitros de um jogo judicial*, cuja função principal seria, intuitivamente, *proclamar um resultado*, ao passo em que a articulação dos fundamentos da decisão seria uma tarefa secundária a ser delegada para *assessores*, não deixa de ser ocasionalmente familiar.

centraremos os recortes feitos do trabalho de Posner.

Assim, para além de repassar aqui o apanhado geral do autor sobre as deficiências estruturais da Magistratura federal norte-americana (desde questões salariais e de assessoria, passando pela discussão sobre a forma de nomeação dos juizes federais e sobre a sua vitaliciedade), interessa-nos suas reflexões sobre a *mentalidade* dos juizes e sobre a forma como o corpo judicial aborda o processo decisório e de justificação.

Neste quadrante, Posner descreve a magistratura como um grupo fortemente apegado ao *formalismo jurídico*, que daria ênfase exagerada, na solução de problemas jurídicos atuais, a soluções *do passado*, hauridas do material jurídico básico (Constituição, legislação, precedentes etc.) por meio de métodos de valor questionável, como o emprego de cânones de interpretação e, mesmo, a consulta a dicionários. Essa postura, que decorreria de uma má compreensão da natureza da interpretação na atividade jurídica, tenderia a ser cristalizada, na prática, por uma série diversificada de fatores, que vão desde aspectos culturais (um certo descompromisso dos juizes para com a correção ou a *veracidade* de seus julgamentos, como se à magistratura coubesse, tão somente, a revelação de qual dos lados da disputa fez melhor o seu trabalho e, portanto, venceu) até, como dito, de organização judiciária (por exemplo: juizes com carga excessiva de trabalho – mas não *apenas* estes - tenderiam a delegar a redação de suas decisões a *law clerks*, com o que as *opinions* seriam proferidas em tom formal e sem referências autênticas e pessoais dos seus prolores).

Perpassam as observações de Posner a respeito da tarefa decisória dos juizes, que nos interessa mais de perto, dois fios condutores: uma *leitura preponderantemente política* do Direito Constitucional (boa parte das decisões da Suprema Corte Norte-Americana, para ficar neste exemplo do próprio autor, seria mais bem entendida em termos políticos ao invés de produtos de análise intelectual e um mau entendimento a respeito do papel do *realismo jurídico* e das *intuições morais dos juizes* na elaboração de suas decisões. (POSNER, 2016, p. 181). E, para iluminar estes pontos em particular, a contribuição da Academia seria claramente bem-vinda.

E por que não tem sido? Há, segundo Posner, múltiplas causas, mas uma em especial: os juizes seriam em regra *generalistas* sem maior interesse pelo discurso *de especialistas e para especialistas* produzido pela Academia – coisa que se deveria, em boa medida, *à postura dos próprios acadêmicos*, que escreveriam sem uma real preocupação de se comunicarem com a atividade judicial prática. (POSNER, 2016, p.

181).

Há uma passagem divertida do livro em que essa defecção é evidenciada. Posner recorta um trecho de um trabalho de Richard Fallon, o mundialmente conhecido Professor de Harvard, em que este trata, com grande erudição, da interpretação de textos legais (*statutory interpretation*). A passagem discute a diferença entre as teorias textualistas e propositivistas (*textualist and purposivist theories*), enfatizando a importância de que ambas considerem, em suas formulações, a importância da especificação de um *contexto interpretativo*. (FALLON JR., 2014, p. 734). Pois bem. A observação de Posner, a propósito, é a de que, *ainda que juízes* (para quem, registre-se, a interpretação da legislação é uma parte importante de seu trabalho) *lessem a passagem ou o artigo inteiro, não teriam a menor condição de entendê-lo*, em virtude da complexidade da exposição. A passagem em questão seria, portanto, um exemplar de que a produção jurídica acadêmica estaria se tornando *esotérica* e de difícil tradução. (POSNER, 2016, p. 43-44).

Não estamos certos de que seja este o caso de Fallon; mas Posner, definitivamente, tem um bom argumento aí. É difícil deixar de perceber que boa parte dos acadêmicos de fato *escreve para si mesmo*, abordando temas que são de *interesse próprio*, transmitindo a noção, neste contexto correta, de que juízes não são mesmo o público alvo da produção doutrinária. (POSNER, 2016, p. 278).

A par disso, ainda se tem a dificuldade concreta de examinar qual seria, de fato, o grau de influência da doutrina na tarefa decisória dos juízes. Posner observa que a contagem de citações (referências a autores e trabalhos acadêmicos), nas decisões judiciais, seria um método incompleto e potencialmente *misleading*. A citação de trabalhos acadêmicos por juízes, pondera o autor, não seria uma prova de impacto efetivo da produção acadêmica na prática jurídica. O objetivo primário das *citações* seria o de demonstrar que o juiz não estaria inovando ou legislando, e sim decidindo em conformidade com a lei, com precedentes bem estabelecidos e com métodos confiáveis de interpretação judicial. Seria, na visão de Posner, uma forma de deferência do julgador ao legislador. Ou, simplesmente, um reforço de argumentação. (POSNER, 2016, p. 27-28).

Isso para não falarmos, permitimo-nos acrescentar, do uso frequente da doutrina, em decisões judiciais, como mero ornamento (*window dressing*). Não é absolutamente incomum encontrar citações aparentemente eruditas de autores cujo pensamento é simplesmente alheio ao contexto em que foram empregadas.

Em todo o caso, certamente a Academia poderia fazer mais. E, evidenciado o *gap*, Posner dá início à parte *propositiva* de seu trabalho.

Neste ponto, não surpreende que a descrição de Posner a respeito do trabalho dos juízes prepare o terreno para uma prescrição de corte *realista* sobre como a Academia deveria se comportar, para cumprir o seu propósito de aproximação com a atividade prática. *Realismo*, para este efeito, resume o autor, é o *Direito sem adereços místicos, verborragia, pretensão ou obscurantismo*. (POSNER, 2016, p. xii). Juízes seriam em geral *realistas* neste sentido, observa Posner, apesar de haver certa resistência, ou constrangimento, a reconhecê-lo publicamente.

Realismo ou *pragmatismo* (em sentido *leigo* e não *filosófico*, adverte o autor) aparecem, neste trabalho, em oposição ao *formalismo* que Posner vê predominar na magistratura federal norte-americana. O *formalismo* seria, na sua formulação, *cem por cento interpretativista*, no sentido de tentar extrair, do material jurídico básico revestido de autoridade (leis, precedentes etc.), por meio de cânones interpretativos, respostas objetivas e pretéritas para um problema jurídico concreto e atual. Esta postura – de resto, ingênua – de sobrevalorização do passado deveria ser superada por uma postura *realista* ou *pragmática*, por meio da qual juízes ou professores, percebendo as inadequações do formalismo, conceberiam a atividade jurídica como um problema prático, ao revés de teórico. Assim, o *pragmatismo do dia-a-dia* (*everyday pragmatism*) focaria, em primeiro lugar, as *consequências* de uma determinada ação. (POSNER, 2016, p. 76-79).

Eis aí, portanto, o *elo* a ser construído entre Academia e prática: a Academia deveria reconhecer o valor do *realismo* na atividade judiciária profissional e, a partir daí, estabelecer uma comunicação *pragmaticamente* produtiva. Acadêmicos deveriam, dito de outro modo, incluir os juízes em seu público-alvo, e a forma correta de fazê-lo seria favorecer uma abordagem *realista* da sua atividade. E isto envolveria não apenas mudanças de currículo escolar (que deveria priorizar o estudo casos práticos e, dentre outras tarefas, estudar o comportamento de juízes que *não* compõem a Suprema Corte, a influência de seu passado e preferências nas decisões etc.) e de estilo de redação (privilegiando textos curtos, claros e objetivos, com linguagem direta), mas verdadeiramente uma mudança de *propósito* das Faculdades de Direito.

A proposta de Posner não é inédita no contexto de sua obra, e deve ser lida sob o pano de fundo da defesa de uma postura *antiteórica* mais radical e abrangente. Neste quadrante, se por um lado não há boas razões para desconfiar da *descrição* que

Posner faz dos meios que frequenta e conhece (a magistratura federal e as principais *Law Schools* norte-americanas), por outro, temos que suas (em geral, muito boas) propostas dirigidas ao meio acadêmico padecem de pelo menos um problema grave: a aposta no *realismo* não vem sem custos.

Assim, no ponto seguinte, apontaremos uma discordância substantiva com a sua perspectiva *realista*, retomando, para tanto, parte de seu conhecido debate com Ronald Dworkin. O recorte que faremos para estruturar nossas próprias observações tem como epicentro o tema da interpretação constitucional, ao qual daremos ênfase em virtude da profunda desconfiança com que Posner aborda as pretensões de verdade/objetividade *jurídicas* deste ramo do Direito.

3 POR UMA ACADEMIA ANTITEÓRICA? OU: UM DIÁLOGO COM RONALD DWORKIN SOBRE LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

Será mesmo que a prática judiciária pode ser descrita (e prescrita) como uma atividade marcada pelo pragmatismo, em que as decisões seriam, em grande medida, simplesmente o resultado de uma discricionariedade guiada por intuições morais dos juízes? Será mesmo um bom caminho, para a Academia, aceitar este fato como uma espécie de *pedra angular* a partir da qual se reelaboram as suas prioridades de pesquisa e ensino?

Ronald Dworkin discorda, e nós o acompanhamos na divergência. Para a composição de nosso argumento, retomaremos, como dito acima, parte de seu célebre debate com Posner, enfatizando a parte em que ambos discutem abordagens diametralmente distintas de interpretação constitucional.

Este campo é privilegiado para a nossa análise porque, como vimos, Posner é particularmente crítico da produção acadêmica no domínio do Direito Constitucional. Segundo o autor, a teoria constitucional seria um terreno amplamente fértil para o acobertamento das preferências políticas, ou ideologias, dos acadêmicos. Para ele, boa parte da discussão teórica em matéria constitucional seria mesmo fútil, na medida em que, nos casos importantes, juízes simplesmente seguiriam suas próprias preferências políticas. E quando não o fazem, isso aconteceria por *estratégia*: para não parecerem radicais, para não ofenderem seus pares desnecessariamente, para não atraírem muita crítica, etc. (POSNER, 2016, p. 29-31).

É certamente possível, além de instrutivo, fazer uma leitura política das decisões de tribunais encarregados de dar a última palavra a respeito do que diz a Constituição de um país sobre determinada questão controvertida. Mas será que não há *nada* além de política na jurisprudência, por exemplo, da Suprema Corte Norte-Americana?

Passemos ao contraponto. Façamos um pouco sobre Dworkin e sobre sua estratégia de *leitura moral da Constituição* (MOTTA, 2018).

Segundo a conhecida lição do influente jusfilósofo norte-americano, o modo correto de interpretar a Constituição Norte-Americana depende de se compreenderem dispositivos constitucionais – em especial aqueles vazados em linguagem abstrata, e que estabelecem direitos, tais como “liberdade” e “igualdade” – como *princípios morais*, que se incorporam ao Direito como limites ao poder do Estado. A ideia é a de que os constituintes, nestes casos, enunciaram uma linguagem abstrata porque pretendiam dar ordens abstratas e não datadas; criou-se, assim, uma Constituição a partir de princípios morais abstratos, e não de referências codificadas às opiniões que os autores tinham a respeito de como as normas deveriam ser aplicadas. (DWORKIN, 2010, p. 174). Essa é a visão que melhor se ajusta à concepção dworkiniana de democracia constitucional, em que os atos que mobilizam a utilização da força pública devem ser justificados por princípios morais.

É bem verdade, cabe mais uma vez sublinhar, que nem tudo o que integra uma Constituição (e pode-se incluir nessa reflexão aquilo que, nas obras de Akhil Amar (2012) e Laurence Tribe (2008) – autores expressamente citados por Posner em *Divergent Paths* –, aparecem sob a forma de *elementos constitucionais extratextuais*, mas que assumem, para efeito de interpretação, o estatuto de texto) comporta uma leitura moral. Mas não se pode perder de mira que as disposições constitucionais devem ser entendidas, para Dworkin, de modo integrado; e que, sendo assim, as propostas de interpretação de dispositivos constitucionais que não comportem uma leitura moral não poderão, também, *contrariá-la*. Neste sentido, nenhuma proposição constitucional pode afrontar os princípios morais abstratos que estruturam o autogoverno legítimo, a saber: as exigências de que o Estado (*government*) trate as pessoas sujeitas a seu domínio com igual consideração e respeito e que resguarde todas as liberdades individuais necessárias para que isso ocorra.

Tenhamos presente que Dworkin descreve essas demandas como desdobramentos de princípios éticos mais abrangentes. Na sua visão, a dignidade

humana exige, por um lado, que se reconheça o valor intrínseco, e objetivo, da vida das pessoas (*princípio do valor intrínseco*); e, por outro, que se deva assumir responsabilidade por nossas próprias vidas (*princípio da responsabilidade pessoal*). De fato, para o jusfilósofo norte-americano a justiça *decorre* da dignidade e para ela aponta. (DWORKIN, 2011, p. 423). Nesse sentido, a decisão jurídica busca a sua legitimidade em bases menos aparentes e obriga o jurista a, em suas propostas de aplicação, comportar-se, em alguma medida, como um filósofo.

Esse raciocínio tem desdobramentos interessantes. Se Posner estiver certo, a filosofia moral tem pouco a dizer ao Direito. O juiz seria um prático, cuja discricionariedade seria guiada por *intuições* morais que, por sua vez, decorreriam de seus *priors*, sua história de vida, experiências etc. Definitivamente, o juiz não seria um filósofo moral. Juízes não seriam, de modo algum, realmente responsáveis por e competentes para produzir respostas objetivas a questionamentos de natureza moral.

Coloquemos, então, a *leitura moral* em perspectiva, confrontando-a com os argumentos de Posner – cujo *ataque* não se dirige, diga-se, apenas às teses de Dworkin, mas também às de Hart (2009) e Habermas (1997, v. I; 2003, v. II). Segundo o autor, a teoria moral poderia ser *descartada* dos sistemas jusfilosóficos de Hart, Dworkin e Habermas:

A característica que pretendo por em evidência nessas teorias jusfilosóficas é a sua pretensão à universalidade. Cada teórico proclama princípios que ele considera aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico; mas a melhor maneira de compreender cada sistema teórico é considerá-lo como uma descrição de determinado ordenamento jurídico nacional – inglês no caso de Hart, norte-americano no caso de Dworkin, alemão no caso de Habermas. Quando se percebe isso, qualquer traço de teoria moral em seus sistemas jusfilosóficos pode ser refundido em terminologia política ou pragmática e a teoria moral pode ser descartada. (POSNER, 2012, p. 144).

Posner posiciona seu argumento aproximando-o daquele proposto por Hart, quando este concebe que há uma “zona aberta em que as normas se esgotam”; nestes casos indeterminados, o juiz seria “obrigado a fazer uma escolha de valores baseada na intuição e na experiência pessoal”, ainda que não seja necessário que os juízes saiam “do âmbito do direito quando fazem essas coisas”. (POSNER, 2012, 151). Perceba-se que esta “escolha de valores” guarda alguma semelhança com aquilo que Dworkin chama de *argumento de política* (DWORKIN, 2002, p. 129); e, de fato, Posner

rejeita a proposta de Dworkin, de que as decisões jurídicas devem ser geradas por princípios morais. O Direito, para Posner, tem uma dimensão política, e decidir politicamente faria parte da atividade judicial. Em outras palavras, Direito e Política se interpenetram, de modo que, quando o juiz profere uma decisão política, ele não está deixando de praticar Direito. Não por acaso, na visão de Posner, as decisões que Dworkin considera baseadas em princípios não passam, na verdade, de expressões de suas preferências políticas. (POSNER, 2012, p. 152).

O autor rejeita a identificação do raciocínio normativo com o raciocínio moral, bem como, a impressão de que a teoria moral estaria inextricavelmente ligada ao Direito. Na sua opinião, de todos os fatores que podem colaborar na tarefa de criar as normas, a teoria moral seria um dos menos promissores. O Direito e a Moral seriam sistemas paralelos (e não coincidentes) de controle social. Por vezes, haveria sobreposição; mas a conexão entre ambos não seria necessária. Por um lado, o Direito nem sempre respaldaria a Moral (é o caso das imunidades constitucionais, que acabariam garantindo o uso da difamação por autoridades públicas); por outro, muitas condutas punidas com sanções são moralmente indiferentes (como, por exemplo, dirigir sem cinto de segurança). (POSNER, 2012, p. 171).

Outro argumento contrário à leitura moral faz referência ao fato de que os redatores e ratificadores da Constituição norte-americana podem até ter agido sob a inspiração de filósofos modernos, mas não se pode dizer que estivessem filosofando (ou, ao menos, Posner salienta que não há qualquer evidência histórica disso). Assim, nada indicaria que os *framers*, por exemplo, tivessem a intenção de investir juízes na função de “reis-filósofos ou de acólitos dos filósofos, ou, por fim, que, se tivessem tido essa intenção, os juízes deveriam aceitar a investidura”. (POSNER, 2012, p. 175). Posner observa que, se é verdade que noções fundamentais como a tolerância e a igualdade podem ser objeto de uma interpretação filosófica, não é menos verdade que também podem ser tratadas como programas de ação política que servem à realização de objetivos sociais, como a paz e a prosperidade. Eis uma boa síntese de sua visão: “Locke pode ser discutido tanto pelos cientistas políticos como pelos filósofos morais; as discussões dos cientistas políticos provavelmente serão mais frutíferas”³. (POSNER,

³ Numa perspectiva de algum modo semelhante, o liberalismo político de John Rawls também pretende estabelecer uma concepção política de justiça que seja formulada de modo independente de qualquer doutrina filosófica ou moral. Rawls defende o ponto de que sua concepção política de justiça “sustenta-se por si própria”. (RAWLS, 2011, p. 444). Dworkin faz uma iluminadora análise dos argumentos de Rawls no capítulo 9 de *A Justiça de Toga*. (DWORKIN, 2010, p. 341-69).

2012, p. 175).

Desse modo, Posner rejeita a leitura dworkiniana, de que o juiz, inevitavelmente, faz raciocínios morais. Ética e razão prática não se confundiriam com teoria moral, a não ser que se usasse este termo “para denotar toda espécie de raciocínio normativo sobre questões sociais”. (POSNER, 2012, p. 176). O autor norte-americano admite que, para ser coerente, o juiz deve desenvolver uma “teoria” que justifique suas decisões; mas disso não decorreria a conclusão de que ele se beneficiasse da leitura e do estudo da teoria moral, uma vez que os juízes não precisariam tomar partido nas questões morais. Na sua concepção, as

considerações derivadas da teoria moral são mero subconjunto das considerações normativas potencialmente úteis para o juízo judicial. As questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questões de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis* (decisão de acordo com os precedentes) – ou, ainda, encaradas como um motivo convincente para que o Judiciário se abstenha. (POSNER, 2012, p. 177-178).

Dito de outra forma, para Posner, a razão prática não se confunde com razão moral: a primeira (entendida como “aquele conjunto de métodos, entre os quais as razões instintivas, que as pessoas usam para tomar decisões quando o uso dos métodos da ciência e da lógica não é possível ou produtivo” (POSNER, 2012, p. 178)) pode ser exercida sem o apoio da segunda. Ainda que os juízes possam tomar a moral como fundamento para decisão de algumas causas, aplicar um princípio moral a uma questão jurídica não é a mesma coisa que utilizar a filosofia moral normativa para resolver a disputa. (POSNER, 2012, p. 180).

Ainda, Posner considera o sistema proposto por Dworkin “abstrato demais”, além de acusá-lo de ser desinteressado pelo funcionamento real do sistema jurídico, pelas capacidades práticas e constrangimentos políticos dos juízes, pelo texto e história de peças legislativas particulares, pela diferença entre decisões e meras opiniões judiciais (*dicta*), pelos dados e teorias das ciências sociais que tenham relação com as questões envolvidas nos casos que o interessam e pelos efeitos das normas jurídicas. Segundo o autor, a “cura” para os pontos fracos do Direito (Posner refere-se aqui, especificamente, ao sistema de precedentes do *common law* norte-americano) não é a “alta teoria”: o que os “juízes precisam é uma compreensão melhor das consequências práticas de suas decisões”. (POSNER, 2012, p. 186).

De fato, como visto no ponto anterior, Posner considera que muitas das críticas acadêmicas à atividade judicial são inúteis e irrealistas, no sentido de não tomarem em consideração a atividade judicial cotidiana, e de não auxiliarem os juízes a resolver problemas práticos⁴. Filosofias judiciais (tais como *originalismo* e o *textualismo*, por exemplo) não passariam de racionalizações de decisões baseadas em fundamentos extralegais ou de armas retóricas. Na opinião de Posner, nenhuma postura *legalista* (aqui entendidas como aquelas adotadas por juízes que defendem ser a sua função, apenas, aplicar regras preexistentes ou exercitar algum tipo de raciocínio especificamente jurídico, ao invés de político e criativo) tem a aptidão de fornecer material suficiente para a geração das decisões judiciais. (POSNER, 2008, p. 13).

Explicando melhor o pensamento de Posner, o autor norte-americano acredita que as fontes ditas *legalistas* de decisão judicial não conseguem gerar respostas aceitáveis para todos os problemas que os juízes têm de decidir. Embora frequentemente o *legalismo* dirija a atividade judicial, há casos que exigem dos juízes o recurso a outro tipo de material ou argumento. Trata-se de casos em que o *legalismo* manifesta a sua falta de habilidade tanto para guiar a construção da decisão, quanto para avaliar a correção de seu resultado, seja pelas suas consequências, seja pela sua lógica. Esta insuficiência abriria um espaço (*open area*) a ser preenchido pela discricção judicial. Tratar-se-ia de uma *liberdade decisória involuntária*, inerente à atividade judicial, que explicita sua dimensão *política*. Neste ponto é que Posner defende uma espécie de *pragmatismo contido*: uma forma de decidir que seja limitada em diversos aspectos (exigência de imparcialidade, de previsibilidade das decisões, de fidelidade às palavras da lei e dos contratos), mas que permita ao juiz que considere as consequências de suas decisões e que aja, portanto, *politicamente* (num sentido não partidário). (POSNER, 2012, p. 13).

Pois bem.

Nosso objetivo aqui não é examinar mais detidamente o pragmatismo de Posner, mas apenas um aspecto de seu pensamento: o ataque à filosofia moral enquanto “fonte” de decisões judiciais adequadas e, conseqüentemente, o ataque à atenção que a Academia teria dirigido a este domínio. Perceba-se: a crítica de Posner,

⁴ Como apontado acima, desde antes de *Divergent Paths*, Posner já considerava publicamente que a elite acadêmica estaria alienada da prática jurídica, aí incluída a tarefa judicial. Isso faria, em contrapartida, com que juízes desconsiderassem frequentemente a crítica acadêmica como uma avaliação correta de seu trabalho. Posner afirma que o juiz não seria um Professor de Direito, e sim um “generalista que escreve suas decisões sob a pressão do tempo em qualquer caso, em qualquer campo do Direito, que lhe seja apresentado”. (POSNER, 2008, p. 206).

se correta, atinge o coração da tese da *leitura moral* da Constituição⁵.

Vejamos, então, como Dworkin responde à crítica.

A resposta mais incisiva de Dworkin, no contexto deste debate, é a de que as objeções de Posner à articulação da filosofia moral no âmbito do Direito são, elas também, radicadas numa teoria moral substantiva, ainda que o Professor de Chicago não o admita ou perceba. (DWORKIN, 2010, p. 109).

Como se sabe, Dworkin descreve o raciocínio moral como um processo de *ascensão justificadora*, por meio da qual os juízos morais exprimidos pelas pessoas vão sendo colocados à prova por meio da reconstituição de suas ligações com princípios, concepções ou ideais mais abrangentes. Conforme o raciocínio moral vai se tornando mais amplo, desenvolve-se uma *teoria* – e é neste sentido que Dworkin emprega a expressão *teoria moral*. Não é algo que se adjudique ao raciocínio moral, como se fosse possível dizer “onde o juízo moral termina e onde começa a teoria moral”. (DWORKIN, 2010, p. 113-115). Trata-se, isso sim, de uma expressão de responsabilidade moral, no sentido de que uma *teoria*, assim compreendida, deve procurar assegurar a integridade das convicções, articulando-as de forma coerente.

Dada esta concepção de *teoria moral*, parece claro que não procedem os argumentos de Posner, de que, por um lado, a teoria moral não apresenta nenhuma fundamentação para o juízo moral, e de que, por outro, os juízes – e, para este efeito, a própria pesquisa jurídica - podem e devem evitar a teoria moral. Os juízes simplesmente se deparam com questões morais e, nas palavras de Dworkin, “vituperar contra a teoria moral não vai transformar essas questões em problemas matemáticos ou científicos”. (DWORKIN, 2010, p. 126).

Dito de outro modo, a postura antiteórica incorre numa contradição – e a doutrina de Posner é um bom exemplo disso. Uma vez rejeitada a teoria moral e, portanto, o fundamento teórico de suas posições, Posner não apresenta nenhum outro modo pelo qual pode sustentar suas ideias. (ARRUDA, 2014, p. 275). Dworkin lembra-nos, aqui, do “clássico dilema pragmatista”. Os pragmatistas afirmam que qualquer princípio moral só deve ser avaliado em contraposição a um critério prático, a saber: adotar este ou aquele princípio torna as coisas melhores? Contudo, se eles estipularem

⁵ Além de atingir nossas próprias propostas, defendidas em trabalhos anteriores. Ambos os autores deste ensaio sustentam que o juiz, ao decidir, enuncia juízos morais, o que seria amplamente compatível com as exigências de uma democracia constitucional (e é nesse sentido que se diz, com Dworkin, que o Direito pode ser concebido como uma subdivisão da moralidade política). Sustentamos, com Dworkin, o ponto de que a decisão judicial deve ser gerada por princípios morais, e não por argumentos de política. (STRECK, 2017); (MOTTA, 2018).

qualquer objetivo social específico – qualquer concepção a respeito de quando as coisas são melhores –, estarão contrariando suas premissas, pois um objetivo social não poderia ser, ele próprio, justificado do ponto de vista instrumental sem que se proceda a uma argumentação em círculos. (DWORKIN, 2010, p. 130).

Entenda-se: quando Posner defende, por exemplo, que desacordos morais são insolúveis, e que, portanto, a sociedade, o legislativo e a política devem resolvê-los naturalmente, ele está, na verdade, endossando uma afirmação moral normativa. Isto é, está, também ele, *fazendo um juízo moral*, no sentido de demonstrar como os poderes de Estado devem ser distribuídos e exercidos. Deslocar o julgamento do Judiciário para os Poderes Executivo e Legislativo, em razão da indeterminabilidade da questão jurídica, também é uma forma de fazer um julgamento moral. (DWORKIN, 2010, p. 267). Como diz Dworkin, apesar de “várias tentativas heroicas, porém contraditórias, de dissimular o fato, ele próprio [Posner] continua apelando reiteradamente à teoria moral”. (DWORKIN, 2010, p. 126). E isso não é um defeito em seu raciocínio, mas uma inexorabilidade.

Insistindo neste ponto: Posner defende, ao longo de sua argumentação, que há uma distinção entre o raciocínio moral inculto, “habitual”, e o moralismo “acadêmico”. O primeiro seria “natural” e deveria ser preservado; o segundo seria antinatural, intervencionista, escrito por pessoas “que não viveram” e, portanto, deveria ser rejeitado. Ora, como observa Dworkin, Posner “pede a morte da teoria moral, mas, como todos os pretensos coveiros da filosofia, deseja apenas o triunfo de sua própria teoria”. (DWORKIN, 2010, p. 133).

Se Dworkin tem razão, como defendemos que tem, o argumento geral de Posner, de que a Academia deveria deixar de lado a *filosofia moral*, ou a *alta teoria*, em favor de pesquisas práticas, fica fragilizado. Se a reflexão moral é parte da atividade jurídica, as Faculdades de Direito não podem simplesmente descartá-la. Podem, isso sim, contribuir para torná-la mais acessível (e menos *esotérica*), mas isso é diferente de rejeitar o domínio moral em favor da política ou do pragmatismo.

Resumindo tudo: o debate revela como há toda uma teoria moral (e uma particularmente controversa) embutida no apelo, aparentemente singelo, de Posner por uma Academia mais sensível à prática jurídica. Contra essa teoria *disfarçada* nos precaveem os argumentos já levantados por Dworkin. Em todo caso, fica aqui o nosso desafio: aderir à sensibilidade prática de Posner, como agenda de pesquisa, sem com isso sacrificar o rigor teórico.

3.1 Notas complementares sobre teoria e prática no direito brasileiro

Cabem aqui algumas notas quanto à adaptação dessa agenda às nossas circunstâncias locais. Antes de tudo, por violência colonial, o Brasil demorou a ter universidades, institucionalizando-se apenas tardiamente espaços voltados a pensar o país. Por isso, é bem recente a produção de teoria do direito no Brasil. Além disso, suas dificuldades de gerar impacto na prática jurídica podem estar relacionadas a características sociais brasileiras: a desigualdade estrutural e o autoritarismo no exercício do poder público. Isso pode ter sido determinante para a formação de uma cultura jurídica bacharelesca e dogmática, condenada inicialmente a mimetizar uma bibliografia que já chegava defasada de Portugal. Atualmente, esse fenômeno se transmutou no “concurseirismo”, pelo qual se naturaliza uma forma de ensino jurídico acrítico, que meramente reproduz decisões dos tribunais, voltado sobretudo à aprovação em provas de concursos públicos – de questionáveis critérios pedagógicos. (STRECK, 2013).

Diante desse quadro desolador, a Academia jurídica brasileira já nasce convocada a um desafio fundamental de fomentar reflexões sobre a dura realidade da justiça no país. Por isso, se não há dúvidas quanto à urgência na aproximação entre Academia e prática, por outro lado, é difícil falar em antiteoria por aqui sem que isso soe perverso. Com efeito, o discurso antiteórico frequentemente aparece no debate jurídico brasileiro com a função de dissimular os pressupostos políticos e morais de certos posicionamentos, revestindo-os de uma falsa neutralidade técnica. (STRECK; LOPES; DIETRICH, 2018).

Mais especificamente, se essa antiteoria for entendida como uma prescrição do pragmatismo jurídico, os problemas se tornam ainda maiores para seu aporte ao Brasil. Falamos aqui de um cenário em que a discricionariedade judicial vem sendo amplamente denunciada. Sem esquecer que ampla parcela do Judiciário, apoiada por doutrina, continua a apostar na tese de que juízes possuem livre convencimento (processo civil) e podem livremente apreciar a prova (processo penal), ao lado de serôdios enunciados de que os juízes decidem conforme a sua consciência. (STRECK, 2010).

Além disso, os argumentos consequencialistas têm sido invocados por aqui como claro expediente retórico para potencializar a discricionariedade judicial,

distanciando-se ainda mais das balizas da legislação democraticamente aprovada. Assim, além das objeções de princípio feitas por Dworkin, um pragmatismo jurídico brasileiro teria que enfrentar, já de saída, uma realidade social marcada por problemas que tenderiam a ser agravados por sua adoção. (STRECK, 2017, p. 223-226).

Contra tudo isso, é possível apostar em uma “filosofia *no* direito”. Como relembra Ernildo Stein (2004, p. 134-139), é impossível cindir filosofia e mundo. Se trabalhamos direito e filosofia, devemos então entender que a filosofia não é ornamento (um conjunto de citações pontuais de filósofos clássicos) ou direção (norte de orientação). Filosofia é fundamento, paradigma. Há sempre pressupostos de racionalidade, verdade, justificação, demonstrabilidade, não explicitados na atividade de qualquer cientista, inclusive o do Direito⁶, mas que condicionam seu conhecimento.

O “puro jurista” (KAUFMANN, 2002, p. 31) pode querer se blindar a essas reflexões, entrincheirando-se na dogmática e no praxismo. O “puro filósofo” pode falar sobre o direito, fazer filosofia do direito como um discurso externo. Mas a filosofia *no*

⁶ Conforme Ernildo Stein (*apud* STRECK, 2017) “Talvez a expressão ‘filosofia no direito’ tenha surgido com o professor Lenio para concentrar uma grande quantidade de categorias que foi desenvolvida para dar uma certa estrutura para dar conta da transformação que o professor introduziu com o reconhecimento da virada linguística no Direito. Trata-se primeiro da eliminação do mito do dado: não se extrai do objeto Direito uma linguagem para falar sobre ele. Nós já sempre estamos embarcados na linguagem de que emerge o objeto. A partir daí não há mais retorno ao objetivismo ingênuo que vai etiquetando as coisas. Disto, em segundo lugar, irá se reconhecer a superação da relação sujeito-objeto. Não estamos mais aceitando a epistemologia dualista que Kant retirou da tradição da metafísica ontoteológica. Para não cair no logicismo analítico-linguístico, que nos levaria ao formalismo positivista, impõe-se um terceiro passo. Reconhecer a filosofia da finitude que parte da vida fática e nos liga ao mundo prático. Então será possível uma ontologia da finitude que nada mais é do que a analítica existencial instaurada por Heidegger. Então surge a dimensão hermenêutica. Compreender primeiro como ser do Dasein. Dasein como ser-no-mundo e a partir daí se impõe a compreensão como lugar de nascimento de uma linguagem hermenêutica, isto é, lugar do círculo hermenêutico que se constitui a partir de ser e compreender o ser: o Dasein se compreende em seu ser e desta maneira compreende o ser. É a diferença ontológica: a dimensão que assim se instaura é um lugar primeiro do filosofar sustentado pela relação que se estabelece entre o ser sempre procurado (a ciência procurada - episteme zetoumene) e o modo da relação do Dasein com este ser procurado e não encontrado nunca definitivamente na compreensão do ser. Daí a Fenomenologia Hermenêutica. Esta é o espaço do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Aí se instaura a estrutura apofântica e hermenêutica. A relação do velamento e desvelamento da linguagem recebe aqui uma dupla estrutura que permite pensar uma relação entre linguagem que diz e linguagem que mostra. No positivismo nos esgotamos ou pensamos nos esgotar ocupados com o objeto. Entretanto, algo se mostra na estrutura constituída por um acontecer que é sem fundo (é a nossa finitude) que é precompreensivo. Neste acontecer é derrotado o objetivismo e se introduz a condição de possibilidade de todo discurso. Temos que reconhecer que ainda que a dimensão apofântica e hermenêutica apareçam na linguagem, a Fenomenologia hermenêutica é o caminho por onde o precompreensivo pode ser pensado sem que anulemos a linguagem analítico-gramatical. Falamos do direito porque é assim com nossa gramática. Falamos no direito (na dimensão interna, condicionante) porque não haveria gramática para falar DO direito se não operássemos no mundo prático que antecipa o positivo e o lógico. Todos os que fazem filosofia do direito, operam como se só houvesse um objeto (agora filosófico) que repete o mesmo objeto positivo DO direito. Toda a Crítica Hermenêutica do Direito pretende mover-se na verdade do direito e lidar com princípios que são fundamentos de uma modalidade que abre a dimensão em que acontece a verdade do direito de modo hermenêutico. Mas isto não se mostra se não dispusermos em nosso operar do nível profundo que acontece no Direito.”

direito trata de um projeto/atitude de pesquisa pela qual o jurista deve se movimentar criticamente, compreendendo a dimensão paradigmática que sempre envolve as questões mais práticas de sua disciplina. Assim, compreende-se que a Ciência Jurídica não pode ser abandonada a uma mera racionalidade instrumental. Nessa perspectiva, a Academia tem o dever de produzir conhecimento útil, dialogando com os juristas que atuam na prática, mas também deve poder se distanciar criticamente deles, repensando e até questionando a realidade na qual se encontram imersos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O QUE FAZER COM OS JUÍZES QUE “NÃO LEEM DWORKIN”?

Ao tratar do fascínio que a Suprema Corte Norte-Americana exerce sobre os professores de Direito, Posner critica a abordagem preferencialmente filosófica da Academia, observando que “*The Justices are not ‘philosophical’. They do not engage with abstruse issues of ‘meaning’. They do not read H. L. A. Hart or Ronald Dworkin, or the flights of fancy of such current constitutional gurus as Laurence Tribe and Akhil Amar*”⁷. (POSNER, 2016, p. 277). O ponto de Posner é ressaltar que as abordagens filosóficas abstratas são em geral amplas o bastante para acobertarem o exercício de verdadeira discricionariedade guiada por preferências ideológicas. E, se é assim, o melhor é deixar os floreios filosóficos de lado e focar naquilo que os juízes de verdade fariam, quando invocam a filosofia (sobretudo, como vimos, a filosofia moral) como fundamento de sua atuação.

Contudo, conforme esperamos tenha ficado claro ao longo de nosso ensaio, a postura antiteórica de Posner padece de dois problemas importantes: primeiro, ela própria está radicada numa postura moral, a ser defendida, portanto, a partir de seus próprios méritos morais; segundo, a atividade judicial prática envolve reflexão e justificação morais, mesmo quando estas são menos aparentes (como na definição da maior ou menor extensão de um precedente ou na construção da melhor interpretação de uma lei específica); assim, uma reflexão teórica ou acadêmica que desconsiderasse esse crucial aspecto seria, exatamente por isso, falha e incompleta.

Essas observações críticas certamente não invalidam as contribuições de

⁷ “Juízes não são ‘filosóficos’. Eles não se engajam em discussões abstrusas de ‘significado’. Eles não leem H. L. A. Hart ou Ronald Dworkin, ou os floreios de gurus atuais do constitucional como Laurence Tribe and Akhil Amar.”

Posner para esse rico debate em torno dos papéis a serem desempenhados por acadêmicos e profissionais do Direito. Mesmo porque, como reconhecido desde o início, a descrição de um cenário pontuado por um *muro de separação* entre Academia e prática está correta e é certamente familiar. Neste sentido, as instituições brasileiras certamente se beneficiariam de uma revisão nos critérios de seleção dos profissionais que integram seus quadros, e uma remodelação dos concursos públicos para juízes e promotores de justiça, para citar apenas estes, deveria necessariamente receber a atenção da Academia, exatamente como sugerido por Posner. (POSNER, 2016, p. 273). Do mesmo modo, pesquisas em Direito também deveriam considerar, em suas formulações, questões sistêmicas e institucionais (estrutura e método de trabalho etc.). (POSNER, 2016, p. 263).

Mas a mudança de postura não deve ficar restrita à Academia: também os profissionais do direito, se quiserem participar *do modo correto* da experiência jurídica concreta, têm de romper a inércia e abrir suas portas à reflexão teórica. Claro que, para isso aconteça, a Academia tem de parar de escrever *para si mesma*. Neste sentido, textos claros, curtos, objetivos e bem escritos são certamente bem-vindos. De fato, e nisso Posner tem toda a razão, o *jargão*, o uso exagerado de expressões em latim, a prolixidade, o bacharelismo, enfim, são desvios sérios e comuns dos textos jurídicos. Revelam, no limite, um *descaso para com o leitor*. Posner chama este desvio de *fetichismo das palavras*. (POSNER, 2016, p. 121-129). Objetividade e linguagem direta, clareza na exposição etc., são valores a serem cultivados – das Faculdades de Direito aos cursos de formação continuada dos profissionais.

Mas é preciso ter cuidado para que *algo não se perca na tradução* do jargão acadêmico para o prático. A solução não é a *simplificação do Direito*, como chega a sugerir Posner (2016, p. 45) - até porque esta seria, se estamos certos em nossas observações, falha por definição. Acadêmicos devem, sim, esforçar-se para *simplificar o que pode ser simplificado*. Agora, a apreensão do que for de fato complexo depende não apenas deste (justificado e necessário) esforço da academia de estabelecer uma comunicação produtiva com a prática, *mas, em grande medida, da responsabilidade dos juízes e demais práticos para com os verdadeiros desafios de suas profissões*.

Juízes não leem Dworkin? A solução não está em fazer com que a Academia abandone o jusfilósofo norte-americano e passe a se interessar por *o que quer que seja* que os juízes estejam de fato fazendo ou lendo, se é que estão; mas sim, em tornar a reflexão teórica mais compreensível e clara aos juristas profissionais, com o

que tornará sua própria atividade mais útil e consequente.

Será que estamos esperando demais de um lado e de outro? Provavelmente.

REFERENCIAS

- ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos Difíceis**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- FALLON JR., Richard H., Three Symmetries between Textualist and Purposivist theories of Statutory Interpretation - and the Irreducible Roles of Values and Judgment within Both, 99, **Cornell L. Rev.** 685 (2014).
- MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.
- POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2008.
- POSNER, Richard. A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- POSNER, Richard. **Divergent Paths: the Academy and the Judiciary**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2016.
- RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**, — Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz ; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Análise Econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 23, p. 11-25, 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. Pragmatismo jurídico. In: **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Recebido em 10/06/2019

Aprovado em 08/07/2019

Received in 10/06/2019

Approved in 08/07/2019