UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THAIS NUNES DE ARRUDA

COMO OS JUÍZES DECIDEM OS CASOS DIFÍCEIS?

A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin

São Paulo
2011

THAIS NUNES DE ARRUDA

COMO OS JUÍZES DECIDEM OS CASOS DIFÍCEIS?

A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin

Dissertação apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior.

São Paulo

2011

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Catalogação na Publicação
Serviço de Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Arruda, Thais Nunes de.
Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin / Thais Nunes de Arruda – São Paulo, 2011

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.
Bibliografia

1. Filosofia do direito 2. Pragmatismo jurídico 3. Richard Posner 4. Processo Decisório 5. Casos difíceis 6. Ronald Dworkin I. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito.
II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Thais Nunes de Arruda

Como os Juízes decidem os casos Difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr:_____

Instituição: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr:_____

Instituição: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr:_____

Instituição: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr:_____

Instituição: _____ Assinatura:_____

À minha mãe, Janet, a pequenina mulher a quem devo o aprendizado da grandeza do que é o eterno amor. Exemplo de perseverança e de fé inolvidáveis, nunca morrerá enquanto sua lembrança permanecer em nossos corações.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Ronaldo Porto Macedo, por acreditar na realização deste trabalho quando este ainda era apenas uma vaga e imatura ideia de uma aluna recém-graduada. Sua orientação foi determinante para os resultados aqui alcançados.

Ao Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, exemplo de juiz, cuja competência e amor pela magistratura foram inspiração para o desenvolvimento desta temática.

Aos amigos e companheiros de trabalho Mariana, Fausto e Paul, pela paciência com que viram esta dissertação germinar e florescer dia após dia.

Aos colegas do mestrado, especialmente Sérgio Cipriano dos Santos, Juliana Hashimoto Bertin e Manuela Lourenção, por compartilharem das angústias e desafios da vida acadêmica.

Aos alunos da graduação da Faculdade de Direito da USP, pela enriquecedora experiência das monitorias e por me fazerem acreditar que o magistério ainda vale a pena.

Finalmente e, mais especialmente, ao meu pai, Claudio, por ter me dado a força necessária para seguir em frente quando já pensava que nada mais faria sentido. A meu namorado, pela compreensão e dedicação inenarráveis, e aos meus avós e tios, por terem mantido a união de nosso núcleo familiar e a esperança da continuidade.

"*O pragmatismo jurídico desconectado de seus impulsos filosóficos compra a sua independência à custa de condenar-se à insignificância*".

David Luban

RESUMO

Esta dissertação tem como tema a guinada pragmática do juiz norte-americano Richard A. Posner e a aplicação de sua teoria da adjudicação pragmática aos casos difíceis. Para identificar o contexto em que se deu esta virada, apresentaremos em breve síntese a origem do pragmatismo nos Estados Unidos da América, suas implicações filosóficas e jurídicas para os paradigmas duais modernos, e sua influência no realismo jurídico. A virada linguística e da pós-modernidade darão forma a um neopragmatismo, cuja tônica será uma espécie de antifundacionalismo e antiteoria que será adotada por juristas a partir do final da década de 1980. Apresentado este cenário, adentrar-se-á ao trabalho de Richard Posner, destacando-se sua ascensão no movimento da Análise Econômica do Direito até que, influenciado por fragmentos das teorias enunciadas no primeiro capítulo e pelas críticas lançadas à redução do direito ao formalismo econômico, proporá uma releitura das possibilidades e dos limites da aplicação da economia ao direito, adotando uma abordagem mais abrangente e interdisciplinar, próxima ao pragmatismo jurídico. O pragmatismo de Posner terá como pilares a rejeição à autonomia do direito e a problemática da objetividade jurídica, fundamentada no consenso e na indeterminação mitigada do direito, que o levará a defender a impossibilidade de respostas certas aos casos difíceis e a incapacidade da filosofia moral auxiliar o direito. Posner oferecerá daí, uma visão própria de pragmatismo e razão prática, que constituirá o pragmatismo cotidiano e à teoria da adjudicação pragmática, sua relação com os métodos de outras áreas do conhecimento, com o formalismo e a concepção de razoabilidade, bem como a sua aplicação a um caso difícil. No terceiro e último capítulo deste trabalho, serão examinadas as dificuldades da proposta pragmática de Posner apontadas na crítica de Ronald Dworkin, sobretudo sobre o papel da objetividade no direito, a importância da filosofia moral na definição dos fins jurídicos e o perigo da transformação do empreendimento jurídico em um consequencialismo de regras.

Palavras-chave: Filosofia do direito – Pragmatismo jurídico – Richard Posner – Processo Decisório – Casos difíceis – Ronald Dworkin.

ABSTRACT

This work proposes de analysis of the pragmatic turn of the American judge, Richard A. Posner and application of his theory of pragmatic adjudication to difficult cases. To identify the context in which this turn is given, we present in brief outline the origins of pragmatism in the United States of America, its philosophical implications and legal paradigms for modern dualisms, and its influence on legal realism. The linguistic turn and postmodernism will form a neo-pragmatism, whose keynote will be a kind of anti-foundationalism and anti-theory that will be adopted by jurists from the late 1980's. Presented this scenario, we will enter into the work of Richard Posner, highlighting its emergence as a pioneer of the movement of Economic Analysis of Law until, influenced by fragments of the theories set out in the first chapter and reviews posted by the reduction of the right to economic formalism, propose a review of the possibilities and limits of application of economics, law, adopting a more comprehensive and interdisciplinary approach, the next legal pragmatism. The pillars of Posner's pragmatism will be the rejection of the autonomy of law and legal issues of objectivity, based on consensus and mitigated indeterminacy of law, which will lead to the adoption of the no-right answers thesis to difficult cases and the inability of moral theory to provide a solid basis for legal judgments. Posner then, offer a particular vision of pragmatism and practical reason, which constitute the everyday pragmatism and the theory of pragmatic adjudication, its relation with the methods of other areas of knowledge, with legal formalism and the concept of reasonableness, and its application to a difficult case. In the third and final chapter of this study will examine the difficulties of Posner's pragmatic proposal outlined in the critique of Ronald Dworkin, especially on the role of objectivity in the law, the importance of moral philosophy in defining the legal purposes and the danger of transformation of the enterprise legal in a rule-consequentialism.

Keywords: Philosophy of law – Legal Pragmatism – Richard Posner – Decision Making – Hard cases – Ronald Dworkin.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS 12

INTRODUÇÃO 13

CAPÍTULO 1 – PRAGMATISMO: DA ORIGEM NORTE-AMERICANA AO DEBATE CONTEMPORÂNEO 24

1.1 O PRAGMATISMO FILOSÓFICO E A PROMESSA DE CONHECIMENTO COMO ENVOLVIMENTO PRÁTICO 27

1.1.1 Pragmatismo e a transição da Modernidade 39

1.1.2 O pragmatismo clássico e o direito: o realismo jurídico 42

1.1.3 O neopragmatismo e a substituição da experiência pela linguagem 50

1.2 PRAGMATISMO JURÍDICO E A FILOSOFIA DO DIREITO PÓS-MODERNA 58

1.2.1 O pragmatismo jurídico e a liberdade da culpa teórica 63

CAPÍTULO 2 – O PRAGMATISMO JURÍDICO SOB O OLHAR DE RICHARD POSNER 69

2.1 O QUE LEVOU POSNER À GUINADA PRAGMÁTICA? 72

2.2 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER 83

2.2.1 Objetividade e autonomia do direito 88

2.2.1.1 A possibilidade de objetividade por meio do consenso 94

2.2.1.2 Consenso e o problema da resposta correta 96

2.2.2 A moralidade e a objetividade na moral 101

2.2.2.1 Posner contra o moralismo acadêmico 107

2.2.3 O papel da teoria no pragmatismo jurídico de Posner 112

2.2.3.1 O novo lugar da teoria econômica no pragmatismo jurídico de Posner 115

2.2.3.2 Antifundacionalismo e teorias filosóficas 118

2.3 O PRAGMATISMO COTIDIANO DE POSNER 123

2.3.1 O pragmatismo cotidiano e o uso da razão prática 125

2.3.2 O direito como questão de fato – empirismo de Posner 127

2.4 A DECISÃO JUDICIAL (OU ADJUDICAÇÃO) PRAGMÁTICA 130

2.4.1 Razoabilidade e a decisão pragmática nos casos difíceis 139

2.4.1.1 A razoabilidade em quatro passos 140

2.4.2 Pragmatismo: entre o formalismo e o consequencialismo 142

2.4.2.1 Formalismo e legalismo: o abrandamento da crítica 145

2.4.2.2 O papel dos precedentes no pragmatismo jurídico de Posner 148

2.4.2.3 O pragmatismo jurídico constrito 151

2.4.2.4 Juízes como legisladores ocasionais 155

2.4.2.5 O papel do ensino jurídico no comportamento do juiz 162

2.5. COMO DECIDE O JUIZ PRAGMÁTICO – O CASO ROE VS. WADE 165

2.5.1 Houve erro em Roe? 170

CAPÍTULO 3 – AS CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN AO PRAGMATISMO JURÍDICO 176

3.1 OBJETIVIDADE E INTERPRETAÇÃO EM DWORKIN 182

3.1.1 O ceticismo jurídico e suas formas de apresentação 190

3.1.2 O ceticismo arquimediano e o problema da objetividade 193

3.1.3 O ceticismo arquimediano contra a resposta correta 199

3.1.3.1 Indeterminação e incerteza 201
3.1.4 Será Posner um cético externo? *205*
3.2 O PRAGMATISMO JURÍDICO NA CONCEPÇÃO DE DWORKIN 209
3.2.1 Considerações de Posner sobre a imagem do pragmatismo em Dworkin *216*
3.3 O pragmatismo antiteórico de Posner *221*
3.3.1 Contra-argumentos teimosos de Posner e respostas duras de Dworkin *229*
3.3.2 Problemas com as regras do jogo *233*
3.4 O BULDOGUE E O RACIOCÍNIO FILOSÓFICO MORAL 238
3.4.1 Duas faces da mesma tese moral de Posner: o liberalismo disfarçado *242*
3.4.2 O buldogue darwiniano adaptado *248*
3.4.2.1 A inescapabilidade do consequencialismo de regras 250
3.5 POSNER: O BULDOGUE QUE LADRA, MAS NÃO MORDE A FILOSOFIA MORAL 252
3.6 POR UM PRAGMATISMO DE FINS (E NÃO DE MEIOS) 260
CONCLUSÃO 269
BIBLIOGRAFIA 278

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT: Against Constitutional Theory

AED: Análise Econômica do Direito

CLT: Conceptions of legal “theory”: A response to Ronald Dworkin

DNB: Darwin's New Bulldog

FLT: Frontiers of Legal Theory

HT: How Judges Think

IT: In Praise of Theory

LPD: Law, Pragmatism and Democracy

OL: Overcoming Law

PJ: The Problems of Jurisprudence

PMT: The Problematics of Moral and Legal Theory

RD: Reply

RIC: Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation

RPMT: Reply to the critics of the Problematics of moral and legal theory

TRD: Tribute to Ronald Dworkin – and a note on pragmatic adjudication

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a problemática sobre como os juízes decidem os casos difíceis segundo a concepção "pós-virada" pragmática de Richard Posner.

Quando frequentamos o curso de graduação, somos apresentados à abordagem positivista da natureza do direito, segundo a qual o que o direito "é" é potencialmente diferente do direito que "deveria ser". O conceito de norma jurídica defendido por Kelsen em sua "*Teoria Pura do Direito*", por exemplo, indica que algo "deve ser", ou que algo "deve acontecer" e que uma determinada pessoa "deve se comportar" de determinada maneira. De outro lado, quando advogados e juízes dão informações sobre o direito, ou aplicam o direito, costumam se queixar sobre o seu conteúdo, ao mesmo tempo em que não se mostram dispostos a traçar sua validade novamente em bases morais, como propunham os advogados do direito natural. Se perguntados a justificar uma afirmação sobre o direito, citam a autoridade, não a razão; citam precedentes e regras, mas não tratados sobre a justiça ou o bem viver.

De outro lado, quando um professor de direito é entrevistado na televisão ou no rádio sobre algum aspecto controverso sobre a discriminação racial ou o direito ao aborto, teremos dificuldade em separar os argumentos em que ele diz o que o direito "é", daqueles em que ele diz o que o direito "deve ser". Por exemplo, quando afirma "A lei diz.... e não é clara qual a pretensão do Legislativo... afinal, todas as reações contra a lei tornam claro quão absurdo seria se qualquer outra visão fosse apresentada... então minha resposta é que sim, que o direito exige que...." e assim por diante, não há uma distinção clara entre as duas dimensões.

Casos difíceis e talvez a maioria dos casos que surgem para apreciação do juiz, desafiam essa afirmação positivista do "ser" e do "dever ser" no direito. Nestas situações é implausível expor que o direito é sempre como *deve ser*, que todo o direito *é* bom. Há outras situações, é claro, como os casos de rotina, em que o que a lei exige é muito claro. Às vezes, o direito tem uma resposta clara, mas há ocasiões sensíveis à sociedade em que o direito não é claro, e as pessoas terão de discutir o que "é" com base no que "deve ser".

Esta problemática também se expressa em nosso ordenamento jurídico. Entre os anos de 2008 e 2009, o Supremo Tribunal Federal brasileiro enfrentou diversos casos difíceis. Da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas à restrição de algemas, da aprovação da fidelidade partidária como norma de conduta na política ao reconhecimento da constitucionalidade da cobrança de contribuição para fins sociais de sociedades prestadoras de serviço, do nepotismo à demarcação de terras indígenas, da interrupção da gravidez do feto anencefálico à união homoafetiva[1].

O processo de tomada de decisões das Cortes Superiores em casos difíceis tem merecido grande atenção da sociedade. Como aponta Sadek (2008) "a relevância dos temas [decididos] e seu potencial para provocar impactos no âmbito público, na esfera de ação de corporações e na área privada, justificam que se dirija a atenção para as decisões do Supremo".

Além disso, em um contexto de falta de coerência e completude do ordenamento jurídico (CAMPILONGO, 2002, p. 45) inerente à crise interpretativa das sociedades pluralistas, importa saber como os juízes acomodam a legislação às influências do sistema político e social[2]. Tal questão é fundamental para aqueles que quiserem elaborar uma teoria da decisão judicial.

Saber como os juízes julgam sua própria atividade pode nos indicar pistas sobre como responder a pergunta acima proposta. No ano de 2004, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, ao tratar da fundamentação da decisão judicial, disse que, diante de "um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e

---

[1] STF, *DJ* 09/02/ 2006, ADI 3300 MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello; STF, *DJ* 07/08/2008, HC 93.251, Relator o Ministro Marco Aurélio; STF, DJ 23/10/2008, ADI 3.999 E 4.086, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; STF, DJ 17/09/2008, RE 377.457 e 381.964, Relator o Ministro Gilmar Mendes; STF, *DJ* 18/12/2009, ADC 12, Relator o Ministro Carlos Britto e *DJ* 24/10/2009, RE 579.951/RN, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski; STJ, DJ 19/03/2009, Pet 3388/RR, Relator o Ministro Carlos Britto; STF, ADF 54/DF Relator o Ministro Marco Aurélio e STF, ADPF 132, Relator o Ministro Carlos Britto.

[2] Como cita Nalini (2008, p. 09) "*Expressivo que na pesquisa levada a cabo por Luís Grottera, presidente da Grottera Comunicação, 54% dos entrevistados considerem que a Justiça não tem eficiência, apenas 30% tenham se servido dela e destes, 615 nada tenham nela a elogiar, 42% não conseguem um único exemplo de realização da justiça no Brasil e 26% dizem que a justiça não serve para nada. Quando indagados sobre 'Quem ajuda mais a fazer justiça para a maioria dos brasileiros?', 84% dos entrevistados responderam a mídia. Para Luís Grottera, 'talvez esta seja a informação mais dramática observada pela pesquisa (...) Diante de um quadro dessa gravidade, em que quase 86% afirmam que o Brasil é o país da impunidade, podemos dizer que a nossa sociedade vive no limiar do rompimento do Estado de Direito, da total banalização dos direitos individuais e de um alarmante sentimento mínimo de cidadania' ('O Judiciário ausente na mídia é um risco para a democracia' Grottera, Luís, in Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, nº 05, 2º semestre de 2008, p. 114-115)*".

são logicamente possíveis. Aí **deve** haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência" (BASILE; JAYME, 2004) [3].

Em consulta promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros em 2005, perguntado aos magistrados se "as decisões judiciais *devem* orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas consequências econômicas e ter *compromisso com as consequências* sociais?", foi obtida a seguinte resposta: "a extensa maioria (86,5%) considera que as decisões judiciais **devem** orientar-se preponderantemente por parâmetros legais. Por outro lado, mais de ¾ (78,5%) julgam que se deve ter compromisso com as consequências sociais. O compromisso com as consequências econômicas obteve resposta de 36,5% dos magistrados" (SADEK, 2006, p. 47).

Já em investigação realizada pela revista eletrônica Consultor Jurídico, com apoio da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e apresentada no "*Anuário da Justiça de 2010"*, indagados se "ao julgar, o juiz **deve** levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade?", 46% (quarenta e seis por cento) dos juízes membros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores entendem que ao julgar, o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade (ANUÁRIO, 2010, pp. 08-09).

Do que se vê das respostas acima, pode-se notar que os juízes tem enfatizado um "*compromisso com as consequências"*. Entretanto, isto não esclarece plenamente o processo decisório, uma vez que se poderia atribuir dois sentidos a estas declarações: **i)** apenas que juízes são pessoas práticas, que se interessam pelas consequências das decisões jurídicas e políticas e suas implicações institucionais (DWORKIN, 1991, p. 360) ou; **ii)** os juízes apontam a observância de um empreendimento teórico normativo, em que as consequências tomam a frente no raciocínio jurídico. Afinal, como os juízes decidem?

Uma solução para esta questão e que pode nos revelar algo sobre o que se quer exprimir com "compromisso com as consequências" é oferecida pelo **pragmatismo jurídico**.

Em linhas gerais, o pragmatismo jurídico, construção da filosofia do direito norte-americana, é uma teoria crítica de outras imagens tradicionais de direito e, mais

[3] Um breve comentário sobre o perfil dos Ministros da Supremo Tribunal Federal e sobre o "*fenômeno Jobim*" realizado por Andrade (2010) concluiu que "*a 'responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões' foi absorvida pela maioria dos Ministros do STF, mesmo depois da saída do Ministro Jobim*".

especificamente do sistema de decisão judicial. Critica a visão clássica do direito norte-americano, que enfatiza a qualidade universal e fundacional dos fatos jurídicos especificamente, a análise minuciosa do precedente e argumento da analogia. Rejeita a imagem metafísica do processo decisório enquanto busca de fundação que não seja a experiência e os métodos empíricos. O direito, como qualquer outro domínio do saber, é visto como conceito essencialmente aberto, testado e revisado continuamente sendo dispensável qualquer alegação fundacional.

Enquanto a teoria clássica da decisão jurídica enfatiza a coerência com decisões anteriores (o valor elevado de respeito pelo precedente), o instrumentalismo pragmático é favorável à investigação das consequências da decisão jurídica. Uma visão instrumental é, portanto, menos interessada nos precedentes e mais baseada em uma "orientação para o futuro" (ROSENFELD, 1996, p. 98). Ou seja, em vez de uma ênfase na coerência com a essência das decisões anteriores, o juiz pragmatista olha para as implicações factuais futuras de sua decisão.

O pragmatismo jurídico propõe a inclusão no processo decisório de ferramentas metodológicas de outras áreas do conhecimento que possam torná-lo mais claro e afirma que o direito é pensado como uma prática social e política, enraizada em um contexto específico, sem bases seguras, instrumental, sempre acompanhado uma perspectiva de seu ator principal: o juiz.

A definição de Richard Posner ao pragmatismo é representativa nesse sentido[4]:

> *"*O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do 'caráter local' do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da 'verdade', da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos. Tais disposições, que são mais características de cientistas do que de advogados (e num sentido importante o pragmatismo é a ética da investigação científica), não tem valência política*"* (PJ, 2007b, pp. 620-621).

[4] Posner "redefiniu" sua concepção do pragmatismo de forma mais sintética alguns anos mais tarde como "abordagem prática e instrumental, não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que 'reamente é' (...) olha para a frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro" (OL, 2009, p. 04).

Diante de tal definição, a compreensão do funcionamento do pragmatismo jurídico enquanto teoria da decisão judicial deverá ser feita, portanto, na prática.

Um bom exemplo é a questão da proibição ou da permissão do aborto seja colocada diante da Suprema Corte. Tal caso é difícil do ponto de vista normativo, porque as regras jurídicas existentes (a Constituição, a legislação infraconstitucional, os precedentes) não apontam claramente qual *é* o direito a ser aplicado. Ao mesmo tempo, indica uma dificuldade substantiva, referente à dimensão moral do tema. Como obter uma solução para este caso?

Segundo o ponto de vista pragmático, deve-se considerar a maior quantidade de consequências de nossas decisões para chegarmos a uma solução mais satisfatória para o problema que temos em mãos. Nesses termos, para identificação do direito aplicado à questão do aborto, leva-se em conta: a saúde da mãe, a hipótese de estupro, o incesto, o valor da vida do feto, o controle de natalidade, as oportunidades de vida da mãe e do feto indesejado, o feto enquanto vida humana. Para a avaliação de tais dados, poder-se-ia considerar duas abordagens: **i)** um cálculo estatístico, como, por exemplo, para apurar se a proibição do aborto reduz os ricos de vida da mulher que realiza abortos ilegais. Mas uma estatística como esta demandaria grande esforço, do qual as Cortes não estão tecnicamente preparadas, dificultando sua aplicação; **ii)** avaliação dos custos e benefícios entre o feto salvo e o uso de contraceptivos, o que levantaria o problema sobre se o feto deve ser preservado pelo que *é* ou pelo que a sociedade valoriza. Tal consideração seria ainda mais complexa, uma vez que não há consenso social sobre as variáveis dispostas no cálculo proposto.

Note-se que as variáveis elencadas acima tratam, na verdade, de questões que avançam a esfera normativa em direção do ponto de vista substantivo, que envolve reflexões morais, as quais não cabem na análise de custo e benefício. As discussões morais, filosóficas e sociológicas sobre o tema **pressupõe que as pessoas divergem** sobre essa questão sob muitos aspectos que dizem respeito à vida humana, especialmente a ideia de vida "intrinsecamente valiosa".

Contudo, teria o juiz como aguardar que a biologia ou a sociologia alcançassem um consenso sobre se o feto se trata ou não de vida humana? Ou mesmo que a duração e a qualidade da vida fossem determinantes de seu valor?

Os resultados das análises estatísticas e sociológicas não trazem, por si só, a desejada resposta para a questão do aborto, pois foram inconclusivas quanto ao princípio moral sobre o valor da vida do feto. Qualquer que seja o posicionamento tomado com relação à sua proibição ou permissão terá que levar em conta algum argumento que trate de sua indissociável dimensão moral. Assim, por exemplo, alguém somente pode se manifestar como contrário ao aborto se, por exemplo, afirmar preservar a santidade da vida, qualquer que seja a sua forma, e não porque a estatística enunciou que a sua permissão aumentou número de gravidezes indesejadas. A solução dependerá da valoração moral dos resultados obtidos por meio destas estatísticas, a qual deverá ser feita pelo juiz.

Contudo, como poderá o juiz pragmático fazer essa avaliação valorativa, se em seu pragmatismo não cabe a aplicação de teorias morais fundacionais? O que ele levará em conta para decidir esse caso difícil?

Como veremos ao longo do trabalho, Posner proporá que, quando não há clareza entre o direito que *é* e o que *deve ser*, isto é, diante da área de indeterminabilidade do direito, o juiz deve se valer de suas próprias convicções pessoais e de políticas públicas para resolver o caso concreto, e não de teorias morais, sobre as quais não há consenso. Tais convicções, diz Posner, "expressam a razão prática, que designa os métodos inarticulados que as pessoas utilizam para formar opinião sobre assuntos que não podem ser verificados pela lógica ou pela observação exata" (1988b, p. 838), e cujo critério último é a razoabilidade.

O argumento do dissenso sobre as teorias morais será rechaçado por Dworkin, crítico do pragmatismo de Posner. Ele dirá que a preocupação com a objetividade jurídica fundada no consenso não é uma caracterização satisfatória do direito, uma vez que o desacordo é inerente ao empreendimento jurídico, postulando, em seu lugar, a preservação da coerência, de tal sorte que a exclusão das teorias morais de nada serve a não ser para negar sentido ao projeto do direito. O que Posner não reconhecerá ao longo deste trabalho é que ele mesmo, ao declarar a indeterminabilidade do direito, já oferece uma resposta moral à questão jurídica, a qual estará na ponderação razoável do juiz.

A escolha do pensamento de Richard Posner para este trabalho não se deu ao acaso. Juiz do Sétimo Circuito da Corte de Apelações dos Estados Unidos e Professor da Universidade de Chicago, os muitos artigos contendo opiniões e críticas sobre suas ideias

demonstram que hoje ele é o mais devotado e reconhecido defensor do pragmatismo jurídico[5].

Sua proeminência no meio acadêmico se deve a sua participação no movimento da Análise Econômica do Direito (AED), em que ficou conhecido por seu livro "*Economic Analysis of Law*", de 1973. Entretanto, na metade dos anos 1980, os adeptos da AED notaram que o movimento estava reproduzindo um "formalismo interdisciplinar", concedendo ao direito uma disciplina externa (economia) à qual foi dado o *status* de autoridade privilegiada, o que era contrário aos propósitos do movimento[6].

Foi então que os estudos da AED se voltaram para os problemas apresentados no Estado Regulatório e de Bem-Estar, afirmando que o direito pode ser visto como um sistema de comportamento racional, impulsionado ora pela eficiência, ora por outros fatores, mas sempre por *razões pragmáticas*[7], aproximando-se de uma perspectiva mais instrumental e de senso comum sobre os objetivos humanos. É a chamada **virada pragmática**, da qual Posner foi o principal expoente.

Mas para que pragmatismo Posner se voltou? É sabido que a primeira expressão pragmática norte-americana nasceu no final do século XIX e ficou conhecida como *pragmatismo clássico*. No decorrer do século XX, foram feitas sucessivas releituras de seus postulados, dando origem no direito ao realismo jurídico e na filosofia ao *neopragmatismo*.

Assim sendo, o pragmatismo que hoje se atribui a Posner é, na verdade, um **pastiche** de pragmatismo clássico, realismo jurídico, neopragmatismo e também de análise econômica do direito, de modo que se notam nuances de cada um desses movimentos jusfilosóficos ao longo de seu trabalho.

Em *The Problems of Jurisprudence*, obra que inicia sua virada pragmática, publicada em 1990, Posner apresenta a critica dois grandes postulados da filosofia e da teoria geral do direito i) a **autonomia** e; ii) a **objetividade** do direito. Os argumentos aqui construídos serão essenciais para o desenvolvimento de sua teoria pragmática.

---

[5] Além de estar entre os acadêmicos mais citados de todos os tempos (SHAPIRO, 2000), pode se dizer que "*It is no news that Judge Posner is a judicial, academic, and media star. Whether they would agree with his ideas or not – and the present authors would take exception with more than a few – most academics would agree that Posner is one of the most creative thinkers in the recent history of the legal academy*" (CHOI; GULATTI, 2005, p. 20). Na opinião de Dworkin, embora seja uma maravilha do mundo jurídico (2000, p. 48), Posner "*is the lazy judge who writes a book before breakfast, decides several cases before noon, teaches all afternoon at the Chicago Law School, and performs brain surgery after dinner*" (2006, p. 51).

[6] Cf. Minda (1995b, p. 79).

[7] Cf. Minda (1995b, p. 100).

Como se verá nesta dissertação, o direito, para Posner, não se trata de um empreendimento autônomo, mas apenas uma forma de racionalidade que pertence a um campo mais abrangente, que é o da razão prática. Acredita que a objetividade jurídica depende do consenso entre os agentes. Onde houver o dissenso, para Posner, haverá a indeterminabilidade do direito e, consequentemente, não será possível a obtenção de respostas corretas, mas apenas respostas razoáveis.

Ao transportar esta noção de objetividade para a moral, Posner argumentará em favor da indeterminabilidade dos princípios morais, uma vez que, para ele, não há consenso sobre grande parte deles. Deste modo, teorias morais não podem auxiliar o direito, posto que carregam profundo dissenso em si e são incapazes de fundamentar julgamentos jurídicos.

Posner se afastará dos pragmatistas clássicos ao rejeitar o papel de quaisquer teorias, especialmente da filosofia moral, que não conduzam ao experimentalismo e à satisfação de casos indeterminados, ao mesmo tempo em que se afastará do neopragmatismo ao conceder áreas em que há consenso no direito e na moral, vindo a adotar um **ceticismo moderado** e um **relativismo moral**. Nesses termos, construirá uma visão muito particular de pragmatismo, o pragmatismo cotidiano, por meio do qual as pessoas se valem da razão prática para fazer seus julgamentos e escolhas a partir das consequências de sua ação.

Daí Posner sustentar que a melhor opção para o direito-norte americano seja o pragmatismo jurídico, como "uma disposição para fundamentar julgamentos de políticas públicas em fatos e consequências ao invés de conceitualismos e generalidades e slogans" (1999, p. 227; LPD, 2003, p. 03; HT, 2008, p. 238), "[...] rejeitando teorias morais, políticas e jurídicas oferecidas para guiar o processo decisório" (2003). Tendo como centro a decisão judicial, o pragmatismo é, para o autor, a melhor teoria normativa e descritiva do papel do juiz norte-americano no século XXI (POSNER, 2006b, p. 1053).

Em face da impossibilidade de determinação pelos métodos experimentais adotados pelo pragmatismo, Posner sugere que o juiz assuma seu papel de formulador de políticas públicas (PJ, 2007b, p. 175), agindo nos limites da área aberta do direito, limites estes construídos a partir de constrangimentos internos e externos ao empreendimento e que promovem a estabilidade do sistema. E, uma vez que o julgamento, nessa situação, dependerá de suas preferências e opiniões políticas, o juiz agirá inescapavelmente como legislador ocasional (POSNER, HT, 2008, p. 118). Em razão do perigo de decisões

discricionárias e da violação à separação de Poderes, Posner insiste na melhora da qualidade do ensino jurídico e dos critérios de seleção dos magistrados para evitar decisões que não sejam pragmáticas.

À abordagem pragmática de Posner sucederam diversas críticas, sendo as mais veementes aquelas formuladas por Ronald Dworkin, que contesta a viabilidade do pragmatismo enquanto teoria interpretativa do direito, especialmente enquanto teoria "antiteórica".

Justifica-se tal escolha porque ambos os pontos de vista sobre o direito não estão apenas entre os mais incisivos e informativos, mas também provavelmente entre os de maior impacto no curso da tomada de decisões futuras. E é particularmente útil comparar os dois porque ambos construíram suas carreiras sob fundamentos diferentes: Posner, hoje juiz e professor e Dworkin, professor. Além disso, os dois são presença frequente no trabalho um do outro. Posner é um dos principais alvos de cobrança de Dworkin em "*Justice in Robes*" (2006), enquanto Dworkin assombra na mais recente obra de Posner, "*How Judges Think*" (2008), mesmo quando não é explicitamente mencionado.

O propósito da apresentação da objeção dworkiniana (e também desta dissertação) é demonstrar que, ao insistir no caráter contingencial da filosofia moral e na heterogeneidade da composição do Poder Judiciário, descrevendo a tomada de decisão judicial nos casos difíceis do ponto de vista intuitivo e, até certo ponto, politicamente tendencioso, Posner não consegue sustentar o argumento de impossibilidade de respostas corretas, a não ser pela adoção de uma postura moral positiva, ainda que esta seja pela indeterminabilidade do direito e que, em última instância recai sobre uma ideologia tipicamente liberal, muito embora isso seja algo que pretenda superar[8].

Para atingir o objetivo acima proposto, esta dissertação foi dividida em três capítulos, além desta introdução e de uma conclusão. No primeiro capítulo, buscou-se apresentar a formação do que se concebe atualmente por pragmatismo jurídico, desde a sua origem filosófica, também chamada de pragmatismo clássico, sua rejeição aos dogmas metafísicos da Modernidade, passando pela apropriação de suas ideias pelo realismo jurídico e pela releitura neopragmática, pós-virada linguística, promovida especialmente

[8] "O liberalismo (embora não necessariamente segundo os modelos de Mill ou de Emerson) é a filosofia política mais adequada às sociedades entre cujos integrantes não há um consenso quanto aos fundamentos da moral, e o pragmatismo é a filosofia de viver sem fundamentos" (POSNER, OL, 2009, p. 30).

por Richard Rorty. Assim será possível uma apresentação mais abrangente de pragmatismo jurídico, enfatizando-se seu postulado antiteórico.

No segundo capítulo foi exposta a *virada pragmática* de Posner, iniciada com a crítica à primeira geração da Análise Econômica do Direito, da qual Posner foi pioneiro, em direção a um mergulho no pragmatismo jurídico enquanto prática social. A partir do desenvolvimento da noção de objetividade jurídica e autonomia do direito realizada por Posner, serão apresentadas sua rejeição às teorias morais e sua defesa da interdisciplinaridade metodológica do direito, expressa na economia e nas ciências sociais.

Em seguida, será pontuada sua concepção pessoal de pragmatismo jurídico, indicando-se os elementos resultantes do olhar fragmentário de Posner referente aos movimentos abordados no primeiro capítulo. Na quarta parte deste capítulo, será desenvolvida a teoria da adjudicação pragmática de Posner, dando-se ênfase à sua relação com o consequencialismo e o formalismo, em direção ao seu critério último, a razoabilidade. Por fim, o pragmatismo jurídico de Posner será colocado em prática, diante de um dos casos difíceis mais polêmicos da história do direito norte-americano, o caso *Roe vs. Wade*.

No terceiro e último capítulo foram expostas as críticas formuladas por Ronald Dworkin ao pragmatismo jurídico em sentido amplo e ao pragmatismo jurídico posneriano. Em uma primeira parte, será apresentado um breve panorama da teoria do direito como integridade defendida por Dworkin, seu tratamento com respeito à objetividade como algo independente do consenso à existência de respostas corretas. Sua crítica ao ceticismo enquanto pretensão de descaracterização do empreendimento jurídico (ceticismo interno) e como adoção de uma concepção ontológica de objetividade paradoxalmente antiteórica (ceticismo externo) será essencial para a discussão do pragmatismo jurídico em sentido amplo enquanto teoria interpretativa, à qual Dworkin imputa a rejeição ao passado como elemento cético. Entre tais argumentos, serão observadas as ponderações de Posner sobre o ceticismo que adota e a medida do passado em seu pragmatismo jurídico. A terceira e quarta partes se destinarão ao debate travado entre Dworkin e Posner, após a edição do artigo *The Problematics of Moral and Legal Theory*, por Posner, em 1998, quando se acirraram os debates a respeito do papel da teoria moral no processo decisório.

A hipótese deste trabalho é a seguinte: ao fundamentar a objetividade jurídica no consenso, quando este já se sabe raramente alcançável, e, por via de consequência, adotar uma postura antiteórica, Posner exclui a possibilidade de enriquecimento de significado de

seu empreendimento pragmático ao apresentar uma concepção superficial da relação entre direito e moral, confundindo metafísica moral com argumentação teórica moral.

Como se verá, Posner não conseguirá defender seu pragmatismo da alegação dworkiniana de que a exclusão da dimensão filosófica moral seja um mal endêmico à sua teoria, porquanto o tornará um raciocínio de lugar comum, mais complacente do que crítico e que se mostra, no fundo, ainda vinculado aos preceitos da Análise Econômica do Direito.

CAPÍTULO 1 – PRAGMATISMO: DA ORIGEM NORTE-AMERICANA AO DEBATE CONTEMPORÂNEO

> *"O objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas"* (POSNER, 2007b, p. 520).

Durante mais de um século, as ideias do Modernismo dominaram o pensamento jurídico. Foi um movimento obsecado pela ideia de que era possível desvendar e explicar as verdades essenciais do mundo, empregando determinada metodologia, narrativa, técnica, mentalidade ou concepção de bem. Seu projeto iluminista era aperfeiçoar e tornar fundacional a pretensão do direito puro. Refletia a confiança que vem da crença nos poderes da razão jurídica de penetrar nos mistérios essenciais do mundo jurídico e social, tornando-os passíveis de controle jurídicos (MINDA, 1995a, p. 353).

A articulação dos bens ou fins humanos e sua atribuição de sentido estão, no entanto, em crise. O projeto Moderno não mais se adapta à vida contemporânea. Indivíduos e grupos sociais no século XXI enfrentam um elevado grau de instabilidade em termos de pertencimento a uma classe social, a um grupo étnico, ou até mesmo a uma orientação sexual.

As narrativas pessoais, fragmentadas entre as gerações, rapidamente se sucedem e se justapõem. Para muitos estudiosos, este "desmanchar-se" pode ser relacionado à crise das metanarrativas tradicionais, isto é, aos grandes discursos da sociedade ocidental, as narrativas legítimas que se propõem a definir princípios válidos e definitivos, em qualquer esfera, aplicáveis em todas as sociedades, e que ajudam a nortear pensamentos, atitudes e proviam o homem de explicações sobre o mundo. No direito, as metanarrativas se referem aos modos de retórica conceitual e normativa do pensamento jurídico, que pressupõem a existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos[9].

Estamos, assim, diante de uma sociedade pluralista, a qual apresenta diversas concepções de "bem", especialmente dos bens constitutivos, isto é, as fontes morais que determinam os padrões de comportamento humanos sobre os significados de viver bem,

[9] Minda (1995b, p. 103, n. 96).

como dignidade e autenticidade, e que definem a identidade das pessoas (TAYLOR, 2005, p. 634) e que são traduzidos em normas e princípios jurídicos.

Quando há forte discordância sobre os valores fundamentais e seus significados, parecem faltar também critérios para interpretar textos jurídicos, particularmente de disposições textuais abrangentes, como a Constituição. A interpretação dos textos parece irremediavelmente subjetiva e os assuntos, extremamente problemáticos (ROSENFELD, 1996, p. 97), de modo que se torna difícil garantir um acordo sobre os valores jurídicos.

A proliferação da crítica jurídica multicultural reposicionou os estudos jurídicos sobre a importância de compreender como a cultura harmoniza e influencia valores, crenças e pensamentos dos sujeitos. O estudo da filosofia do direito se torna, portanto, o estudo de diversos temas jurídicos que habitam o direito.

As novas formas de interesses traduzidas no discurso jurídico deram início a um processo de transformação na filosofia e na interpretação de temas importantes, como a verdade e a justiça, o que encoraja os juristas a serem mais sensíveis às diferenças entre os grupos e indivíduos na sociedade[10]. Desta sorte, a filosofia do direito deve aceitar o desafio de repensar o significado e o sentido de nossas ações que se sobrepõem e que nós, como indivíduos, devemos compreender e reorganizar.

Há sinais de distanciamento das premissas Modernistas, especialmente na crença de verdades universais e teorias fundacionais; Questiona-se a aspiração de descobrir a verdade objetiva sobre o mundo e o esforço Moderno para dotar o direito de qualidades como "objetividade", "neutralidade", "autonomia" (MINDA, 1995a, p. 354).

É nesse sentido que, para o tomador de decisão, seja ele político ou juiz, "o pragmatismo, a busca por justiça individualizada, pode ter grandes vantagens" (ATYIAH, 1980, p. 1269).

O **pragmatismo** se tornou atraente no direito, na medida em que se compromete em contornar o caminho espinhoso dos bens inarticulados em direção a interpretações jurídicas mais **adaptáveis** à estrutura social e econômica de nossa sociedade. Busca identificar o estado de espírito dos estudiosos que rejeitam as reivindicações fundacionais da teoria jurídica, mas que permanecem comprometidos com a visão de que o método experimental possa ser útil para resolver problemas jurídicos. Para os pragmáticos a teoria é uma ferramenta que pode ajudar os juízes a resolver tais problemas, compromissado com

[10] Cf. Minda (1995a, p. 370).

a ideia de progresso. Ou seja, a teoria será utilizada se funcionar para a proposta de seu investigador.

Ao cortar a dicotomia entre sujeito e objeto, rejeitar a necessidade de fundações teóricas e caracterizar-se por sua orientação em direção ao futuro, o pragmatismo jurídico pretende oferecer soluções práticas, "limitando a interpretação jurídica ao concreto e orientando-a às consequências práticas, levantando a possibilidade de decidir questões sem [...] tomar partido na disputa entre concepções concorrentes acerca do bem" (ROSENFELD, 1996, p. 98).

Este capítulo tem por objetivo apresentar um panorama do pragmatismo, isto é, as suas origens enquanto movimento intelectual na filosofia e no direito e suas imbricações conceituais.

Primeiramente, será exposta uma breve análise do pragmatismo filosófico clássico e de sua contribuição na crítica à filosofia Moderna e ao desenvolvimento da escola do realismo jurídico. A virada linguística da pós-modernidade será determinante para um novo momento do pragmatismo na filosofia e no direito, identificado como neopragmatismo, cujo expoente aqui apresentado será Richard Rorty e no que se convencionou denominar atualmente por pragmatismo jurídico, ao qual Richard Posner, autor central do presente estudo, se vinculou a partir da década de 1990.

Essa pequena incursão genealógica tem valor prático, sendo seu interesse mais do que meramente histórico. Afinal, movimentos intelectuais vivos como o pragmatismo não são constituídos inteiramente fora do presente e de suas antecipações do futuro. Eles também trazem consigo as marcas do contexto de origem e que interessam a este trabalho.

Além disso, como se verá no próximo capítulo, o que se convencionou chamar de **virada pragmática** de Richard Posner é resultante de uma miscelânea de expressões jusfilosóficas pinçadas do pragmatismo clássico e do neopragmatismo, do realismo e do pragmatismo jurídico amplamente considerado, razão pela qual optamos por pontuar suscintamente as principais questões levantadas em cada um desses movimentos e que reverberaram no pensamento de Posner. Como se observará no segundo capítulo, a abordagem fragmentária de Posner de grande parte dos termos destacados aqui será determinante para a construção de sua própria visão do pragmatismo jurídico.

1.1 O pragmatismo filosófico e a promessa de conhecimento como envolvimento prático

O pragmatismo nasceu por volta de 1870 nos Estados Unidos da América[11], reconhecido como trabalho pioneiro de três norte-americanos: Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952) [12]. Peirce, juntamente com William James, Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green, fundou o "Clube Metafísico de Harvard", denominação irônica, já que naquela época a metafísica era considerada "fora de moda" nos círculos de debates filosóficos (DE WAAL, 2007, p. 17).

Considerada de forma abrangente, a ideia do pragmatismo clássico era construir uma alternativa às escolas filosóficas até então dominantes: o racionalismo alemão e o empirismo britânico. Ambas as formas admitem que a verdade seja obtida, quer no mundo sensível, quer num mundo inteligível, num pensamento ou numa razão absolutos. Desta forma, a verdade só poderia ser a transcrição de uma realidade **exterior**. Uma vez que estava fora do mundo inteligível, a verdade era **impessoal**, não exprimia o homem. Tais representações da verdade, para o pragmatismo, nada acrescentavam ao que já existia. James, por exemplo, acusava os racionalistas de escapismo, virando as costas para o mundo que encontramos na experiência, enquanto os empiristas levavam a experiência a sério demais, tendendo a aderir dogmaticamente ao materialismo[13].

O pragmatismo clássico rejeitava os dualismos modernos, característicos da metafísica, tais como "realidade" e "aparência" "sujeito" e "objeto", "mente" e "corpo". Não procurava dizer o que era, por exemplo, "liberdade" ou "igualdade", pois o significado destes termos filosóficos estaria nas experiências resultantes de práticas investigativas.

Os pragmatistas clássicos evidenciavam uma necessidade de remodelar a relação passiva e contemplativa entre sujeito e realidade, transformando-a em uma relação ativa e criativa. Ao fazê-lo, concluíram que concepções sobre os fatos são constituídas por nossas atitudes e crenças. Estas últimas seriam definidas como "aquilo com base em que um

[11] Sobre a crítica à origem norte-americana do pragmatismo cf. De Waal (2007, pp. 20-22).
[12] Tendo em vista que o objeto deste trabalho é pragmatismo jurídico sob a perspectiva de Richard Posner, as explicações que se seguem neste item visam apenas enunciar os principais argumentos do pragmatismo filosófico, a partir de leituras realizadas sobre os seus principais autores acima citados. Cf. Magee (1999, pp. 186-191), Ghiraldelli Júnior. (2007, pp. 08-32) e, especialmente, De Waal (2007, pp. 17-79, 129-172).
[13] Cf. De Waal (2007, pp. 67-68).

homem está preparado para agir". Tal era o mote de muitas discussões enredadas no "Clube Metafísico". A noção de experiência, aqui, foi assimilada às de interação e relação, funcionando como pedra de toque do pragmatismo.

Conquanto rejeitasse os dualismos modernos, a agenda filosófica do pragmatismo não era novidade no final do século XIX, tendo inspiração na Antiguidade. A própria escolha do termo *pragmatismo* para descrever essa corrente do pensamento foi fruto de uma apropriação da etimologia da palavra do grego que lhe deu origem. *Pragma* (pl. *pragmata*) "*significava uma ocorrência, um fato concreto, em particular algo prático, com consequências relevantes"* (EINSENBERG, 2006, p. 656). Conquanto o termo tenha sido apresentado pela primeira vez por Peirce, somente em 1898, quando William James resolvera introduzir o termo em na palestra "*Concepções Filosóficas e Resultados Práticos*" na Universidade Berkeley, é que o pragmatismo caiu nos círculos filosóficos e literários da época, forjando o que se assentou como *pragmatismo clássico*.

O pragmatismo clássico apresentou um vínculo entre **teoria e prática**, pensamento e ação. Foi concebido como um método para determinar o significado das palavras, principalmente dos termos filosóficos e científicos e para mostrar que certos problemas filosóficos centrais eram causados apenas por falta de clareza terminológica, sendo preciso erradicar a "verborragia filosófica" insignificante.

Assim, conceitos que não tivessem consequências práticas concebíveis, isto é, que fossem absolutamente incognoscíveis, não teriam significado pragmático (DE WAAL, 2007, p. 18). Para Peirce, autor do artigo "*Como fazer nossas ideias claras*", de 1878, o pragmatismo era um critério de significação, que estipulava o significado de qualquer conceito como a soma total de suas consequências práticas concebíveis.

Enquanto para Peirce o **significado** de um conceito era dado pelas consequências práticas concebíveis que o objeto de investigação seria capaz de proporcionar e que afetariam a conduta humana, para James, o significado pragmático de um termo seriam os efeitos práticos que ele provoca **na crença do indivíduo**, isto é, naquilo que moveria a ação do homem da forma por ele consagrada como satisfatória e, portanto, verdadeira. De tal sorte, o pragmatismo, para James, era mais do que um método de significação do agir humano, mas uma teoria da verdade. Peirce almejava relacionar o significado de uma ideia ou objeto com as consequências práticas que a ideia ou objeto ocasionam. Já James relacionava o significado de uma ideia ou objeto a sensações e reações particulares (DE WAAL, 2007, p. 53).

Peirce e James concordavam que o pragmatismo não era uma filosofia propriamente dita, isto é, **não teria caráter normativo**, no sentido de que não dizer nada sobre como **deve ser o mundo** e o conhecimento que temos dele, e muito menos se configurava como uma doutrina ou metafísica. Pragmatismo era um método por meio do qual o significado dos conceitos é depurado pelos fatos, pela experiência, o qual adotava uma postura filosófica do desassossego, disposta a enfrentar novos desafios e a testar velhas linhas mestras do conhecimento.

Não obstante os pragmatistas clássicos se dividissem quanto à questão de saber se o princípio que define o pragmatismo era mero critério (ou método) de significação ou se também era uma teoria da verdade, alguns elementos se destacam no seu pensamento e merecem uma explicação com mais vagar: a experiência, a teoria e a verdade[14].

Experiência. A tese central de Peirce era de que o conhecimento seria atividade; não se trataria de uma intuição ou processo racional introspectivo. Para ele, a intuição jamais seria razão única e suficiente para o conhecimento. Toda noção de conhecimento intuitivo, para Peirce, se fundamentaria na ideia de que algo concorda com a razão, na medida em que, se não vemos nada de errado com uma concepção, então ela poderia ser considerada verdadeira.

Contudo, ponderava Peirce, o perigo da intuição era de que esta não somente nos dá um impulso para acreditar em algo como também determina *em que* se deve acreditar. Isso poderia limitar a prática investigativa científica, cujo método seria capaz de nos guiar a respostas corretas e à fixação das crenças que nos levariam a agir quando estimulados para tanto. E a história do pensamento tem demonstrado que concepções tidas como verdadeiras se descobriram incorretas ou contestáveis, tais como a de que Terra era o centro do universo. Não havia, para Peirce, portanto, um método de conhecimento *a priori*, de modo que as opiniões que hoje parecem inabaláveis amanhã podem se achar fora de moda.

De acordo com tal concepção, somos levados a inquirir a respeito um quadro de crenças tomadas como imutáveis e a querer saber sobre elas, por alguma necessidade, carência ou desconforto da dúvida. Isso nos conduz à avaliação das situações-problema, a

[14] De Waal considera a teoria pragmatista da verdade apenas uma consequência do pragmatismo, mas não uma característica que o defina (2007, p. 23). No entanto, o pragmatismo nos força a repensar a verdade como noção filosófica central à filosofia. Além disso, há desdobramentos importantes da discussão sobre o termo para fins de pragmatismo jurídico, especialmente o pragmatismo jurídico de Posner, objeto do presente trabalho.

observar o que não se **adapta às nossas necessidades** atuais e os modos como pode isso ser corrigido pela ação humana. A investigação visa cessar o estado de dúvida e instalar a crença, ou seja, estabelecer uma opinião duradoura.

Logo, se o propósito da inquirição para Peirce era a fixação das crenças, então a significação de um termo deveria ser entendida como **consequência** das próprias ações ou hábitos. A partir dos postulados segundo os quais "*a função do pensamento é produzir hábitos de ação*" e "o que dá sentido a uma determinada coisa é apenas o conjunto dos hábitos que a envolvem", surgiu a conhecida *máxima pragmática* de Peirce, de acordo com o que: "*considere quais efeitos que poderiam concebivelmente ter consequências práticas, concebemos que tenha o objeto de nossa concepção. Então nossa concepção desses efeitos é a soma de nossa concepção do objeto*".

Em síntese, a **experiência** seria o corpo de crenças presentes na cultura de uma sociedade e das relações mantidas com as instituições e práticas sociais. Uma afirmação que façamos que não tenha qualquer relação com a experiência seria, pois, desprovida de significado. Assim, se toda experiência sem conceito é, para o pragmatismo, cega, todo conceito sem conteúdo é vazio de substância. Tem-se de extrair de cada palavra o seu valor prático, pô-lo para trabalhar dentro da nossa experiência.

O conhecimento no pragmatismo clássico era participativo, a própria ação humana. Não resulta da observação singela dos fatos, sendo o homem parte de seu próprio conhecimento. Peirce sustentava que, para entender um termo ou proposição claramente, deveríamos perguntar a nós mesmos que *diferença* faria sua aplicação à nossa avaliação da situação-problema, ou de uma solução proposta para ela.

A *diferença* ou os efeitos práticos aptos a serem produzidos por um pensamento ou objeto seriam seu único significado (MAGEE, 1999, p. 186), e isso apenas poderia ser conhecido por meio da experiência[15] inquisitiva. Mais adiante, em seu trabalho, Peirce esclareceu que o que constitui a significação, para ele, não eram os efeitos enquanto impressões sensórias, mas a conduta deliberada, autocontrolada e induzida pela concepção dos objetos, enfim, a própria ação (DE WAAL, 2007, p. 150).

[15] Por exemplo, qual seria o significado pragmático de chamar o vírus da gripe suína de "a nova gripe"? A mudança do nome ampliará nosso conhecimento sobre a doença ou apresentará alguma mudança real em termos de saúde pública e prevenção? Caso a resposta seja negativa, então não tem nenhum significado esta questão para o nosso conhecimento.

Adepto do **método científico** de obtenção de conhecimento, Peirce postulava que a chave para resolver confusões conceituais consistia em relacionar o significado dos conceitos às suas consequências. Para ter significado, um conceito deveria apresentar, em primeiro lugar, um correlato prático suscetível de comprovação experimental; em segundo lugar, as **consequências** dessa experimentação deveriam se diferenciar claramente das de outro conceito.

De acordo com essa tese, as ideias seriam concebidas como instrumentos, previsões acerca das prováveis consequências de determinada ação, hipóteses que, dependendo de sua eficácia, valor ou utilidade, permitiriam uma melhor organização da conduta do homem no mundo.

No terreno metodológico, portanto, o pragmatismo clássico não rejeitava a elaboração de hipóteses ou teorias, mas exigia que estas partissem dos dados da experiência e apresentem consequências práticas e verificáveis.

Já James concebia a experiência do ponto de vista mais psicológico e individual, no sentido de sensações e reações, o que é representativo em sua compreensão do pragmatismo enquanto teoria da verdade. Dewey, por sua vez, caracterizava a experiência de duas formas: **i)** a experiência psíquica, visitada em nossa memória, nossa vida psíquica e situações subjetivas e; **ii)** a experiência social, referente à nossa vida coletiva, ao que todos os que nos cercam viveram, à nossa cultura, ao passado do nosso povo, família ou clã. Para Dewey, a experiência era também a relação entre os elementos do universo, que só ganhavam *status* ontológico no âmbito dessas relações. A experiência humana era parte de todos esses relacionamentos e, sem dúvida, uma parte importante.

Dewey, assim como Peirce, considerava a **ciência** a forma mais altamente disciplinada e autocrítica de investigação experimental, com uma estrutura lógica que poderia ser adaptada às demais formas de investigação. O conhecimento científico, para Dewey, era mais confiável e útil, provocando maior diferença nas nossas vidas. A **ciência**, argumentava Dewey, seria **mais adaptável** à maioria das demais formas de investigação, seja ela jurídica, econômica, biológica, em razão do seu caráter lógico e esquematizado.

O método de investigação com base científica era considerado pelos pragmatistas clássicos como o padrão subjacente desejável de toda investigação: dever-se-ia sempre formular claramente o enunciado do problema para que se pudesse trabalhar a sua solução e, em seguida, testá-la empiricamente. Se a solução fosse refutada pelos testes, teríamos de

repensá-la; se confirmada experimentalmente, teríamos resolvido a questão e poderíamos seguir adiante (MAGEE, 1999, p. 191).

Tal método, contudo, não era aleatório. Era intencional, ao mesmo tempo vigilante quanto ao perigo de subordinar a investigação a intuições ou preconceitos, que poderiam direcionar a resultados especiais, mas não sinceros. Isto é essencial ao raciocínio instrumental, pois preconceitos apenas dizem aquilo que já se acredita ou se quer acreditar, o que não é um procedimento útil. Apenas a atenção cuidadosa e aberta aos fatos seria capaz de desvendar a melhor forma de compreender e lidar com o problema em mãos.

Teoria. Uma vez que o conhecimento resultava das ações e experiências humanas, falar em teoria era, portanto, discorrer sobre as ferramentas utilizadas para a declaração das percepções investigativas e da discussão em torno de ideias e objetos, resultado do sucesso e de insucesso destas práticas experimentais. Assim como os fatos da vida estão em mutação, a experiência também estava: quando os fatos mudavam, a experiência de quem os vivenciou também se modificaria.

Logo, para James, teorias nada mais seriam que modos mentais de adaptação à realidade. São instrumentos que nos apoiam, uma linguagem feita pelo homem, um atalho contextual pelo qual descrevemos a natureza.

A crítica pragmática se dirigia, no entanto, às teorias que se tornaram *abstratas*, designando algo que apenas ocupa uma esfera metafísica, sem contato com as coisas da experiência comum. Dizia-se isto porque não se poderia mais conceber a natureza humana como um conjunto imutável de necessidades e faculdades, lidando com um meio ambiente externo imutável. A teoria darwinista havia mostrado isso, de modo que a natureza humana deveria ser compreendida como um conjunto de adaptações e mudanças, tipicamente exercidas pelas práticas sociais, e não por meio de abstrações teóricas.

O eixo central do pragmatismo clássico era a ênfase na **utilidade prática da filosofia**. Por tal motivo, a filosofia, de essência investigativa sobre o pensar e agir humanos, não poderia se isolar na "torre de marfim" das Academias. Deveria, ao revés, começar na vida cotidiana, avaliando as preocupações, pressões e fatos da existência contemporânea. As teorias filosóficas serviriam, para o pragmatismo, como abordagem crítica e reconstrutiva das práticas e instituições sociais de modo que, embora a prática acadêmica da filosofia pudesse parecer excessivamente técnica e desprendida dos problemas da sociedade, isso não implicaria o seu abandono.

O pragmatismo de Dewey abordava o processo de transformação de uma situação-problema indeterminada, em que surgem respostas conflitantes, em uma situação determinada, a partir da seleção e da observação dos fatos que constituem o caso, e, por fim, da antecipação dos resultados, sob a forma de **hipóteses**. Assim sendo, para Dewey, o conhecimento envolveria a reorganização de uma situação indeterminada, visando especificamente determinar respostas conflituosas, o que somente poderia se dar pela aplicação dos métodos da ciência.

Pelo método científico, Dewey entendeu que nosso conhecimento e nossa competência poderiam crescer em todas as áreas, ressalvados os procedimentos particulares usados, os tipos de provas, os métodos de teste, que diferissem em cada campo do conhecimento.

Desse modo, Dewey, refinando o pensamento de Peirce, defendeu que a ação estava envolvida no conhecimento de objetos e ideias; o significado destes não estava subordinado à ação ou à prática como um fim em si mesmo, mas às constantes mudanças de nossas necessidades, dos atos que delas decorriam e de suas consequências. Em suma, o critério adotado para a construção das teorias, segundo o pragmatismo clássico, deveria ser o da maior utilidade possível para as necessidades e interesses humanos.

Verdade. Se a experiência era a pedra de toque do pragmatismo, o que se queria com ela não era o desenvolvimento de um dogma de verdade, mas o modo pelo qual no âmbito da prática social poderíamos dizer que algo é verdadeiro (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 18). Para os pragmatistas clássicos, o conhecimento era concebido como essencialmente modificador da realidade e, portanto, a construção da verdade deveria corresponder à construção da própria realidade e não de algo abstrato e metafísico.

Peirce compreendia que a verdade de um conceito dizia respeito a seu processo de verificabilidade. Esta só poderia ser atingida ao final de um longo processo de investigação, quando as opiniões de todos os participantes do processo necessariamente convergissem, como consequência natural dele. A verdade seria aquilo que estivesse fadado a ser concordado por todos.

Ora, poderia se dizer que a definição de verdade de Peirce parece requerer que toda investigação cheguasse a um fim, o que não é viável de fato, posto que nenhuma explicação é completa até que seja incorporada a um sistema coerente de crenças, uma teoria totalizante. Mas tal crítica não é convincente, pois não teríamos clareza do que seja

uma teoria idealmente completa e abrangente, ou do que seria o fim de uma investigação ou experiência. De qualquer modo, na visão de Peirce, seria verdadeira aquela opinião permanentemente estabelecida[16], com significado equivalente ao termo "**opinião final**".

James tratava o termo verdade como algo equivalente a "pensamento" ou "proposição filosófica" (DE WAAL, 2007, p. 62). Para ele, uma ideia seria verdadeira na medida em que acreditar nela fosse proveitoso para a vida de alguém, no sentido de se adaptar continuamente a nossa experiência. Como defendia James, os pragmatistas não queriam afirmar que o mundo material estivesse "**lá fora**", como um elemento em parte ou totalmente construído pela razão, nem tampouco que o mundo "é dado" como elemento alheio independente do sujeito, trazido à mente apenas pelos sentidos. (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 18).

James estabeleceu três condições para que uma afirmação fosse considerada verdadeira: **i)** estar de acordo com a realidade e com os objetos da experiência; **ii)** estar de acordo com aquelas relações de índole puramente mental, que são verdades absolutas e incondicionais e que se conhecem como definição e princípios e; **iii)** estar de acordo com o conjunto de outras verdades já verificadas.

Se a afirmação preenchesse todas essas exigências acima, a proposição seria considerada verdadeira. Quando se afirmava que um fato era verdadeiro, para James, o máximo que poderíamos fazer seria introduzir um fato novo no mundo. Dessa forma, tomados os fatos por si mesmos, os **fatos brutos**, não poderíamos dizer que eles fossem verdadeiros a não ser que fossem capazes de gerar efeitos satisfatórios em nossas vidas. Proposições e teorias, portanto, deveriam ter caráter instrumental, capaz de colaborar com procedimentos de decisão diante dos chamados à ação humana.

James, em sua obra *A vontade de acreditar*, de 1896, argumentava que uma pessoa teria o direito ou a disposição de acreditar em algo, ainda que não tivesse prova suficiente de sua verdade, como ocorre na moral e na religião. Uma crença verdadeira, na visão de James, seria aquela que atendesse aos *nossos* propósitos, não apenas às opiniões gerais. Equivale a dizer que é o que funcionaria na prática e que nos traria benefícios, que

[16] Traduzindo para a máxima pragmática peirceana a definição de verdade, temos que: "a proposição *P* é verdadeira se e somente se, se a inquirição sobre *P* (por uma comunidade indefinida de investigadores) continuar tempo o bastante, essa inquirição resultará ultimamente em uma crença permanente establecidade de *P* (dentro de uma comunidade indefinida de investigadores)" Cf. De Waal (2007, p. 48).

nos permitiria continuar atuando no jogo do viver. Como nominalista[17], James relacionava a significação de nossas concepções a consequências particulares ou experiências concretas, ao passo que Peirce relacionava nossas concepções a consequências gerais.

James dizia que não se poderia rejeitar qualquer ideia, se consequências úteis para a vida fluíssem dela, de modo que a verdade deveria representar algo essencialmente atrelado à maneira como um dado momento de nossa experiência pode nos levar a outros momentos aos quais valerá a pena termos sido levados (DE WAAL, 2007, p. 79).

As ideias se tornariam verdadeiras, para James, na medida em que nos ajudassem a ter relações satisfatórias com nossa experiência. Haveríamos de considerar, entretanto, que, apesar de sermos livres para acreditar em algo, nossas escolhas ou opções[18] seriam feitas por nossa conta e risco, de modo que teríamos de encarar suas consequências e, se entendêssemos de outro modo, mudaríamos de atitude em face da experimentação dessa crença.

Assim sendo, dada a verdade como algo mutável e pluralista, somente a investigação poderia nos levar a opções corretas, muito embora não possamos dizer que de fato a encontramos. James concebia, dada a mutabilidade intrínseca de nossos atos e necessidades, não uma teoria fundacional, mas uma **teoria instrumental** da verdade, de modo que **nossas crenças não copiariam, mas se ajustariam** continuamente à realidade.

Novas "verdades", segundo James, poderiam apenas surgir com a experiência, colocando pressão sobre antigas crenças. Facilitariam momentos de transições, ao mesmo tempo em que deveriam respeitar um máximo de continuidade, para que as experiências mantivessem seu significado ao longo da história.

Isso pode soar conservador, como se as revoluções mais violentas na crença de um indivíduo deixam a maioria de seus posionamentos na velha ordem. No entanto, James concebia que, a qualquer momento nossas crenças poderiam ser abandonadas e substituídas por outras, até porque não lhe era concebido nenhum papel normativo ao pragmatismo a desbordar na sua imutabilidade[19]. Ou seja, uma "nova verdade" conviveria na colcha de

[17] Cf. De Waal (2007, pp. 131-138).
[18] Para James, ainda que posterguemos uma escolha, tal como interromper uma carreira profissional para se dedicar à vida acadêmica, isto é em si mesmo, uma escolha. Não dizer sim a uma oportunidade única na vida, que muito provavelmente não se repetirá, é, ao mesmo tempo, dizer não a ela. Esta ideia surtirá efeitos na dificuldade de Posner em rejeitar a existência de respostas corretas aos casos difíceis, tal como o caso *Roe v. Wade*, que será abordado mais adiante.
[19] Cf. Grey (1991, p.14).

retalhos das velhas verdades, dando ensejo a um processo de alargamento pela experiência contínua da humanidade.

O pragmatismo de Peirce e James encarava não apenas a verdade, mas também a realidade como algo inteiramente maleável, à espera de receber sua forma final por nossas mãos. Esta perspectiva de crescimento de conhecimento acima enunciada e de ajuste de novas verdades ao conhecimento indicava a **direção prospectiva do pragmatismo clássico**, com seu foco nas consequências e na flexibilidade dos conceitos e seus significados, que não perde de vista as experiências já absorvidas pela sociedade. Estas seriam o suporte para o surgimento de novas dúvidas e, assim, impulsos investigativos.

Havia, portanto, no pragmatismo clássico, uma noção de **coerência**. Segundo Peirce, dado o processo investigativo permanente da sociedade, tudo se tornaria um contínuo e fluido exercício e, quando assumimos uma conexão permanente entre as ideias, elas certamente se associariam por meio de ideias superiores, mais gerais, por todos indiretamente reconhecida[20].

Havia coerência por que, segundo James, o pragmatismo procurava adequar às peças do quebra-cabeça do conhecimento, que deve ser montado livre de preconceitos ou de representações. Além disso, as peças do quebra-cabeça poderiam ser controladas por meio da inquirição experimental, de modo que as novas peças pudessem mudar o formato daquilo que já estava no tabuleiro (DE WAAL, 2007, p. 74). E, em se tratando a experiência de processo investigativo contínuo, a história formada por nossas experiências emprestaria um espaço ao pragmatismo que nenhuma filosofia de inspiração inteiramente nas ciências naturais poderia ter. Tais ciências fazem parte do instrumental do conhecimento, mas não o subsumem como um todo.

Isto, em certa medida, se aproxima do que Peirce chamava de doutrina do **falibilismo**[21]. Segundo Peirce, embora pudéssemos estar certos de que muitas de nossas ideias são verdadeiras, não poderíamos estar absolutamente certos acerca de uma única

[20] Cf. Herdy (2008, pp. 15-23).
[21] O **falibilismo** é a doutrina filosófica segundo a qual não podemos ter a certeza de qualquer (ou apenas de algumas formas de) conhecimento. Para o falibilista, existem formas de conhecimento mais válidas, legítimas e frutíferas que outras, mesmo que não tenhamos certeza delas. É uma condição de humildade intelectual, que obriga a uma aprendizagem constante e evita que o enclausuramento em crenças e verdades últimas. Como o pragmatismo sugere, é necessário contrapor os conceitos para construir significados, caso contrário, corre-se o risco de naufrágio em um redemoinho de palavras sem qualquer âncora na terra firme da experiência.

delas. Ao mesmo tempo, rejeitava-se o argumento cético de que nenhuma das nossas crenças seria confiável, uma vez que poderíamos confiar nelas, porém não cegamente.

Afinal, para o pragmatismo clássico, nossas experiências levam a mudanças daquilo que temos ou conhecemos. A experiência do pragmatismo clássico não parte de lugar algum: apenas poderemos atingir o objeto do conhecimento, pensando-o. A investigação parte de um suporte fático ou de uma ideia que será testada e, consequentemente, aplicada ou rejeitada. O resultado disso, no entendimento de James, seria um novo equilíbrio em que cada passo à frente no processo de aprendizagem chega a um fim, até que seja dado um novo passo. Velhas verdades não são permanentes; são equilíbrios precários para o aprendizado.

Dewey promoveu uma releitura do pensamento de James e Peirce, dizendo que as proposições, para que fossem chamadas de verdadeiras ou falsas, deveriam passar pelo crivo do que denominou **assertividade garantida**, expressão esta que substituiria os ambíguos termos "crença" e "conhecimento". Dewey procurava uma ligação mais clara da investigação como aquilo que garantiria a asserção ou afirmação de alguma proposição.

A teoria pragmatista da verdade pretendia apresentar um método que, de acordo com Dewey, consideraria todas as proposições como provisórias até que fossem submetidas a testes experimentais, ao mesmo tempo em que se empenharia em organizar tais proposições em termos que indicassem os procedimentos necessários para testá-las. E mesmo proposições asseguradas seriam apenas sínteses de investigações e testes anteriores, de modo que estariam sujeitas a revisões que viessem a ser requeridas por novas investigações.

Ao contrário de James, Dewey entendia que a questão das consequências de acreditar em algo não se tratava de abordar sua verdade ou falsidade; esta questão só poderia ser compreendida como tentativa de afirmar que condições e operações de inquirição **garantiriam** um "acreditar" ou **justificariam** asserções da inquirição como verdadeiras. Para Dewey, o problema da verdade se relacionava à situação indeterminada que estimulou a inquirição. Embora hesitasse igualar verdade a assertividade garantida, Dewey mantinha não haver diferença prática alguma entre as duas coisas (DE WAAL, 2007, p. 172).

O objetivo do pragmatismo clássico não era, portanto definir verdade, pelo menos não de modo a compor com tal definição um postulado que viesse a resumir

dogmaticamente o que seria a natureza da verdade. Não era algo próprio dos pragmatistas clássicos investigar algo para além dos métodos segundo os quais se poderia avaliar uma proposição. Seu fim era investigar procedimentos para julgar discursos, e não verificar se as proposições correspondiam ou não ao mundo[22]. Somente a ação humana poderia alterar os limites de sua condição.

Embora tivessem negado qualquer pretensão normativa, pode-se dizer que o **caráter normativo do pragmatismo clássico** está na ênfase dada às consequências da experimentação investigativa. E se as consequências eram os fins da investigação, não poderiam estes se dissociar de seus meios investigativos, uma vez que estes eram parte das consequências encontradas pelo processo investigativo, isto é, dos meios utilizados para perseguir tais fins. É o sentido prático e funcional de tais consequências que compôs a construção do que entenderam como verdade: aquilo que mais contribui para a satisfação da humanidade em geral.

Diante da explanação que se seguiu, podemos extrair três características do pragmatismo clássico dignas de atenção: **i)** o **antifundacionalismo**, que consiste numa rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas etc. Trata-se de negar que o pensamento seja passível de fundações estáticas. Rejeita concepção fundacional epistemológica como uma disciplina *a priori*, cuja missão seja fornecer a **base de todas as reivindicações legítimas do conhecimento**. Não nega função prática a conceitos como "liberdade", "igualdade" e "justiça", mas acredita, ao revés, que o significado destes termos está nas experiências que vivenciamos sobre eles; **ii)** o **contextualismo**, de acordo com o qual as investigações filosóficas devem estar atentas ao papel do contexto em seu desenvolvimento, levando em consideração a cultura de uma sociedade e as suas relações com as instituições e práticas sociais. A esse corpo de crenças o pragmatismo dá o nome de "experiência", isto é, a prática aliada à teoria e que remete diretamente à formulação do conceito pragmatista de ação; **iii)** o **consequencialismo**, no sentido de que a escolha das soluções para os problemas deve ser feita a partir das consequências práticas concebíveis pela experiência. É, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. Tais consequências futuras devem ser

[22] Acreditamos, por exemplo, que há tigres na Índia sem nos preocuparmos em verificar isso para nós mesmos, mas isso só pode ser verdadeiro se alguém o tenha verificado, isto é, experimentadas por alguém.

permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, útil e benéfica[23].

Como resumiu Dewey em sua obra *Como Pensamos*, de 1910, o pragmatismo trata o ponto de vista do conhecimento, em todos os seus padrões, estrutura e propósitos, como se evoluísse da orientação e do enriquecimento dos fatos e como se operasse no interesse dessa orientação e desse enriquecimento. O pragmatismo clássico se afasta da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões *a priori*, dos sistemas fechados e fingimentos absolutos para se voltar à concretude e à adequação, aos fatos e à ação. Enfim, o pragmatismo clássico não defende, em síntese, qualquer resultado em particular em nome da crítica à concepção absoluta de verdade, não dissocia o conhecimento de seu contexto de operação.

1.1.1 Pragmatismo e a transição da Modernidade

Conquanto o pragmatismo não seja considerado uma postura filosófica revolucionária, ele contém certa dose de originalidade. Isto porque rejeitou uma visão de conhecimento cunhada na Era Moderna, fundamentada em um conjunto de verdades imutáveis. O conhecimento na Modernidade poderia ser o conteúdo imediato dos sentidos, como no pensamento empirista ou, como alega o racionalista, poderia ser as intuições que sobrevivem ao esforço de dúvida universal: "Eu penso, logo existo". Em ambos os casos, o procedimento fundacionalista afasta os modos habituais e convencionais de pensar para construir uma nova estrutura de conhecimento, baseada em inferências logicamente impecáveis das premissas comprovadamente incontestáveis (GREY, 1991, p. 13).

Sendo assim, o projeto Moderno era resolver o problema clássico da filosofia sobre quais as relações entre o mundo conforme nós o percebemos e o mundo como ele realmente é, e que criou uma rígida fronteira entre o que é objetivo e o que é subjetivo (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 39-40). A Modernidade buscava uma "concepção absoluta de mundo", cuja regra de ouro era a seguinte: "*tudo o que faz parte do mundo existe independentemente de nossa forma de perceber ou conceber o mundo*".

[23] Cf. Arguelhes, Leal (2009, p. 176); Pogrebinschi (2005); Posner (1991, p. 36).

Esta imagem moderna é composta de *fatos brutos*, isto é, eventos físicos (cujo estatuto epistemológico é baseado no método científico) e mentais (a experiência da qual temos direta consciência). Uma correta descrição do mundo, para a Modernidade, apenas poderia ser feita em termos de fatos brutos, de modo que o conhecimento de um determinado fato independerá da experiência do sujeito em relação a ele. A linguagem que melhor teria espelhado esta realidade era a da ciência física, de modo que todas as outras linguagens poderiam ser traduzidas, isto é, reduzidas a tal linguagem, de modo a se saber quais se sustentariam ou não.

A estratégia Moderna de separar o subjetivo do objetivo postula a existência de um "lugar" onde ocorrem eventos subjetivos (mundo interior) e um "lugar lá fora" onde ocorrem eventos objetivos (mundo exterior). Foi este dualismo que provocou o alijamento da subjetividade da descrição do mundo "como ele realmente é", ao mesmo tempo em que elevou a Física como "ciência objetiva por antonomásia", em favor de uma concepção *fisicalista* do mundo (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 53).

O direito Moderno caracterizava a prática interpretativa como aquela que "reflete" a verdade do mundo "lá fora". Esta prática é baseada em um entendimento da linguagem que assume que as palavras e ideias conceituais são capazes de captar objetivamente o sentido dos acontecimentos que o direito visa descrever e controlar.

A linguagem do direito moderno usava categorias abstratas e sistemas de classificação universal para a construção de regras que preencham os pré-requisitos filosóficos de generalidade e objetividade. Os estudiosos modernos liberais assumiam que as dicotomias de representação da realidade, como objeto/sujeito, o direito/sociedade, a substância/procedimento e público/privado restringiam o poder discricionário da interpretação judicial, excluindo suas identidades subjetivas de suas análises de direito[24].

Nesse momento, os cientistas tinham aceitado o que pode se chamar de uma "visão espectadora" do conhecimento, como se o homem estivesse de algum modo (ou lugar) observando o mundo "de fora" e depreendendo conhecimento dessas observações. Mas esta não é a ideia dos pragmatistas clássicos. Como se viu acima, para o pragmatista clássico, nosso conhecimento é adquirido enquanto somos participantes do mundo, não enquanto seus espectadores. Somos parte do mundo, buscando nele a sobrevivência e, para isso nos esforçamos para entendê-lo e conhecê-lo.

[24] Cf. Minda (1995b, p. 366).

Ora, como disse Peirce, não se pode começar uma investigação do lado de fora da prática, "duvidando de tudo" ou "observando as primeiras impressões dos sentidos". Uma investigação, para Peirce, parte do próprio estado de espírito em que a pessoa realmente se encontra, o qual, inevitavelmente, carrega uma imensa massa de conhecimento já adquirida. Dessa massa de conhecimento adquirido, a pessoa não pode se alienar como espectadora.

O conhecimento, para Peirce e seus seguidores, é, portanto, o instrumento mais valioso para a sobrevivência do homem. É **contextual** e está inserto nas práticas, nos hábitos culturais, no comportamento e na responsabilidade do homem. Não é um corpo de certezas inabaláveis, como se pensava até meados do século XIX, mas de explicações circunstanciais propriamente ditas. Seu poder de explicação subsiste enquanto funcionar, isto é, enquanto produzir resultados acurados para nossa sobrevivência; se começarmos a enfrentar dificuldades, nós teremos de aperfeiçoá-lo ou substituí-lo. O conhecimento é, pois, o dispositivo adaptativo do pragmatismo para lidar com o meio ambiente, no sentido de que é instrumental para a sobrevivência.

O pragmatismo, conforme concebido originalmente por Peirce, tem o escopo de fornecer um método de pensamento para a solução das questões que vivenciamos, evitando que a razão, em seus altos voos rumo ao abstrato, se desvencilhe de seu objeto: a vida humana. Como qualquer outro empreendimento intelectual, o pragmatismo é produto das perplexidades e conflitos concretos enfrentados pelos filósofos, não podendo ser definido abstratamente. Seu método se contraporá, portanto, às metafísicas de caráter dogmático, propondo, ao revés, a observação dos fenômenos e das hipóteses, testes práticos e revisão das teorias. Preocupado com soluções e consequências pragmáticas, **não tem outros dogmas além de seu próprio método investigativo**.

Por outro lado, o fato do pragmatismo clássico não buscar verdades absolutas não expõe a ideia de verdade à falência, nem significa que devemos abandonar qualquer discussão sobre determinado assunto por falta de uma "verdade". Para os pragmatistas clássicos, os debates são essenciais para orientar nossas práticas investigativas. Isso quer apenas dizer que, enquanto pragmatistas, devemos estar dispostos a trazer o nosso conhecimento para o plano prático, reconhecer a sua origem na experiência do passado, e submetê-lo à crítica e à reconstrução para empregá-lo na experiência presente[25]. Há de ser preservada a coerência em relação a velhas verdades e tradições, de modo que só haverá

[25] Cf., a propósito, Sullivan e Solove (2003, p. 714).

um desprendimento destas quando se provarem inadequadas ao problema em mãos. Saber da verdade é, assim, partir de práticas sociais existentes e chegar a outras práticas sociais, de modo a apostar em certas proposições e descartar outras. E não há modo melhor para fazê-lo que não pela observação das experiências, sua retomada e **ressiginificação**.

Portanto, podemos dizer que o pragmatismo clássico é mesmo uma perspectiva prescritiva, que almeja encontrar soluções adequadas ao contexto em que o homem vive e às consequências desejadas para o bem estar da sociedade. Ser pragmático é ter o pensamento voltado para a prática, para a ação. A **objetividade**, aqui, depende de nós mesmos, de forma que mesmo noções aparentemente independentes de nossa experiência, inclusive a noção de objetividade, são determinadas pela nossa experiência (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 136). É este sentimento ou comportamento que será explorado pelo realismo jurídico, como se verá a seguir.

1.1.2 O pragmatismo clássico e o direito: o realismo jurídico

Embora não seja este o foco do presente estudo, a relação entre pragmatismo clássico e direito é ancestral. Influenciado pelo pragmatismo clássico, durante as décadas de 1920 e 1930 o **realismo jurídico norte-americano** entrou em cena, dando forma ao pensamento jurídico desenvolvendo e explorando a vertente do instrumentalismo pragmático. O termo "realismo jurídico" é utilizado para descrever a teoria e prática de seus adeptos, devido à resistência que demonstravam ao **formalismo** da tradição jurídica norte-americana hegemônico nas Cortes após a Guerra Civil norte-americana (1891-1865) [26].

Em breve síntese[27], os formalistas tentaram desenvolver uma teoria do direito com base na lógica interna permanente e imutável do direito. Defenderam uma compreensão do direito segundo a metodologia das ciências indutivas, insistindo que o direito contem em si todos os recursos necessários para a correta solução de litígios, não importando o quão complexa fosse a disputa.

[26] O realismo jurídico norte-americano diferencia-se do realismo escandinavo, surgido na Escola de Uppsala, cujo precurssor foi Axel Hägerstrom, e que teve cmomo discípulos Lundstedt, Olivercrona e Alf Ross, Cf. Eisenberg (2006, pp.656, 701-702).
[27] Cf. Minda (1995b, pp. 365-366).

Os formalistas jurídicos compartilhavam uma crença profundamente arraigada de que existiria uma fundação para a afirmação de que há uma verdade auto-evidente sobre o direito. Acreditavam que havia uma estrutura racional ao direito independente das crenças particulares de qualquer povo. Compartilhavam a visão de que esta estrutura existia e poderia ser usada para descrever objetivamente e representar a realidade das coisas "lá fora" do direito.

Este ponto de vista explica o que os defensores do formalismo querem dizer quando afirmavam que os juízes não criam direito, mas sim declaravam o direito preexistente. Os juízes deveriam apenas alargar as regras previamente declaradas e princípios e aplicá-los a situações novas, ou tornar as regras explícitas tiradas das normas imanentes da comunidade aplicáveis ao caso concreto. Para tanto, os juízes inventariam e utilizariam ficções jurídicas para manter a aparência de continuidade do direito, contornando as regras ou consequências indesejáveis.

O realismo jurídico, por sua vez, postulou outra visão interpretativa, objetivando reconstruir a filosofia do direito a partir de uma visão contextual do empreendimento. A análise do fato, das circunstâncias, bem como a preparação do jurista para uma "sabedoria prática" tornam-se suas marcas intelectuais distintivas[28].

Os realistas jurídicos atacavam o que alegavam ser prevalente na ciência jurídica tradicional: a concepção do direito como "onipresença celeste". Eles diziam que os juristas geralmente falavam de "direito" como se fossem entidades genuínas, ocupando um mundo exterior, diferente no tempo e espaço (o universo do "direito"), e que os conceitos jurídicos como "direito", "dever" ou "propriedade', eram tratados como se esses termos tivessem alguma essência metafísica como os seus homólogos no "outro mundo" jurídico. Essa mitologia deveria ser dissipada, e a verdade científica, então, trazida à luz.

Por serem voltadas para a realidade social, as instituições jurídicas deveriam ser realistas quanto às necessidades sociais que visavam suprir, reconhecendo-se, assim, o papel central desempenhado pelo juiz no âmbito do direito. Sustentaram os realistas que os juízes agiam discricionariamente com muito mais frequência do que se acreditava, de sorte que os fatores que determinavam o resultado de um caso foram as intuições políticas e morais relacionadas com a sua realidade.

[28] Cf. Macedo Júnior (2010, p. 04).

O realismo jurídico também proclamou uma **concepção instrumentalista e funcionalista do direito**, segundo a qual se deve sempre olhar para a finalidade dos conceitos jurídicos para, daí, interpretar o seu significado, dando-lhes forma e dissolvendo-os em políticas públicas. Este é o resultado da incorporação da história e do desenvolvimento de uma nação e dos valores fundamentais do direito. O realismo jurídico procurou constituir uma **ciência empírica**, que descreve a realidade com proposições verificáveis, elegendo as decisões jurídicas como os fatos que servem de base para as afirmações científicas.

O direito dos realistas era, portanto, constituído pelas normas efetivamente aplicadas pelas Cortes, isto é, pelas **decisões judiciais**. As leis, a doutrina e os precedentes eram fontes de inspiração dos juízes no estabelecimento da decisão judicial. Os realistas tinham uma profunda descrença sobre a possibilidade de se decidir de acordo com a lei ou com os precedentes, haja vista que a realidade é por demasiado fluida para ser governada por regras, estas criticadas por seu conceitualismo e formalismo excessivo.

Os realistas indicavam, pois, o caráter indeterminado das normas jurídicas, admitindo a decisão judicial como o resultado de intuições e idiossincrasias dos magistrados[29], sendo por isso fundamental o estudo sobre seu comportamento, isto é, sobre o modo como agem os juízes.

As decisões jurídicas estariam, para os realistas, próximas de uma hermenêutica historicista, a serviço das necessidades da comunidade no presente; não poderiam ser tratadas como deduções e a partir de axiomas e dogmas silogísticos. O direito deveria ser assim entendido como previsão das decisões futuras dos Tribunais, objetivando-se descrever os comportamentos ou as práticas reais que contribuem para a elaboração de regras jurídicas.

Inspirados nos trabalhos de Oliver Wendell Holmes, John Chipman Grey e Benjamin Nathan Cardozo, o pragmatismo clássico está presente no trabalho dos realistas autodeclarados, como Jerome Frank, William Douglas, Karl Llewellyn, Cohen Felix e Max Radin. Pragmatismo e realismo jurídico aparecem em ensaios de Dewey sobre o direito (POSNER, 1991, p. 30; 2003a, pp. 43, 97-129).

---

[29] Os realistas radicais acreditavam que o direito e o raciocínio jurídico eram parte de uma forma pela qual as pessoas criam a vida social. Ao analisar a natureza formalística da liberdade da Suprema Corte aos casos contratuais, os realistas então enfatizaram o caráter inevitavelmente ideológico da atividade do judiciário. Cf. Minda (1995, p. 29).

Os realistas norte-americanos denunciaram as ambiguidades e os paradoxos do direito, aliaram-se aos burocratas do *New Deal* do Presidente Theodore Roosevelt e hostilizaram o formalismo que marcava o direito norte-americano. Traços do realismo jurídico ainda são perceptíveis na noção geral que nos indica o juiz americano como o *lawmaker,* o legislador. O realismo jurídico foi assim absorvido em questões empíricas, especialmente aquelas que tentam discernir os fatores sociológicos e psicológicos que influenciam a tomada de decisões judiciais[30].

Oliver Wendell Holmes (1841-1935) foi influenciado pelas ideias dos pragmatistas clássicos, tendo participado das reuniões do "Clube Metafísico de Harvard" em meados de 1870. Nomeado como juiz da Suprema Corte Norte-Americana em 1902, muito embora seja classificado ora como representante do realismo jurídico, ora como membro da teoria sociológica do direito, rompeu com os seus antecessores, insistindo que os juízes devem considerar as consequências das suas decisões na interpretação jurídica, criando o direito como legislador ocasional[31] (POSNER, 1987, p. 862). Por tal motivo, não é injusto rotulá-lo um dos primeiros defensores do pragmatismo jurídico[32].

Holmes aceitou a tese de que o conhecimento humano se situa nas práticas sociais e habituais. Para ele, o direito era constituído de práticas, contextuais, situadas no costume e nas expectativas compartilhadas. Daí seu célebre aforismo de que "**a vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência**", citado repetidas vezes por aqueles que pretendem derrubar o excesso de conceitualismo no pensamento jurídico.

A simplicidade da passagem acima citada agride o formalismo que informa a tradição filosófica que herdamos do Modernismo, prenhe de crenças em valores culturais que radicam no projeto iluminista, a exemplo de democracia, contrato social, direitos

---

[30] Sobre o realismo jurídico cf. Wacks (2006, pp. 93-94).

[31] Nas palavras de Posner: "[…] *Holmes's approach allows stretching the constitutional text when necessary to avoid extreme injustice. Holmes's Constitution has, in effect, no gaps*" (2003a, p. 55). Cf. Harris (2004, p. 99), Morris (2002, pp. 422-442).

[32] Há quem entenda, no entanto, como Haack (2005, p. 18), que Holmes nunca se aliou oficialmente ao pragmatismo, pelo que "*would make it impossible to accommodate his emphatic declarations that '*theory is my subject, not practical details*' and that* '[w]e have too little theory in the law rather than too much'. *It would be more accurate to say that, while he eschews uselessly free-floating abstractions and respects the practical concerns of the working attorney, Holmes aspires to nothing less than a comprehensive theoretical conception of the law qua ever-evolving human institution*". Muito embora o simples fato de ter participado das reuniões d'o "Clube Metafísico" seja indício suficiente da influência do pragmatismo clássico sobre seu pensamento. Como sugere Minda, "[…] *it is true that the legal realists shaped modern legal thought by developing and exploiting the strand of pragmatic instrumentalism that originated with Holmes*" (1995b, pp. 25 e 29).

humanos e igualdade formal. O pragmatismo clássico que inspirou o realismo jurídico não se prende a dogmas metafísicos, não se interessa por essas imanências e transcendências.

Holmes atacou a ideia de que todas as disposições jurídicas que herdamos poderiam ser racionalmente defendidas, bem como qualquer tendência de expor direito que não tivesse nenhum impacto direto sobre as decisões dos Tribunais. Grande parte do direito, acreditava Holmes, foi inventada em um contexto histórico que já ultrapassado, e as reais finalidades deveriam ser constantemente revistas sob novas condições. Em nenhuma circunstância deve ser alegado que o direito, de acordo com algum processo conceitual dedutivo, era uma coisa, se a prática dos Tribunais sugerisse que fosse outra coisa (HARRIS, 2004, p. 99).

Holmes indicava o direito como resposta aos interesses da sociedade. Devia-se devotar os esforços para a reconstrução do direito público e privado de modo que o direito deva atingir os fins sociais. Atribuiu, pois, papel essencial à atividade decisória do juiz, que deveria levar em conta as necessidades sentidas pela sociedade, a moral e as teorias políticas dominantes, o interesse público e os preconceitos compartilhados com os outros cidadãos. Seu realismo ficou conhecido como *realismo jurídico progressivo*[33].

Holmes minimizou a especulação teórica sobre o direito em seus escritos. O direito deveria ser considerado uma ciência social; seu objetivo era a mudar o foco do pensamento jurídico da teoria para a prática (MINDA, 1995a, p. 376), desenvolvendo novas análises de políticas públicas para o direito. Não caberia ao direito determinar os valores morais de uma sociedade, mas sim proteger os valores vigentes escolhidos por ela como tuteláveis juridicamente. O direito de Holmes deve ser entendido como previsão das decisões futuras dos Tribunais, objetivando-se descrever os comportamentos ou as práticas reais que contribuem para a elaboração das regras jurídicas.

Holmes pedia aos juízes que, diante de casos difíceis, considerassem as "vantagens sociais" de suas decisões, ao invés da fixação em princípios morais abstratos na análise jurídica formal empregada em opiniões jurídicas. Mas Holmes não nos disse se tais considerações sobre "vantagens sociais" se aplicavam, legitimamente, ou como elas deveriam ser pesadas contra considerações de outros tipos. Tal pensamento, a nosso ver,

[33] Cf. Minda (1995b, 29).

justifica o apreço de Posner pelo famoso juiz da Suprema Corte Norte-Americana[34] (POSNER, 2004b, p. 148; 2008, pp. 119-120 e 232), como se verá ao longo deste trabalho.

Karl Llewellyn (1893-1962), assim como os pragmatistas clássicos, compreendia que o direito não poderia ser dissociado da prática. Dizia que não poderíamos nos fiar apenas no direito que estava descrito nos livros. Deveríamos considerar os diferentes estilos de interpretação judicial das fontes materiais prevalentes em diferentes lugares e épocas, e a toda a informação que a ciência social poderia proporcionar sobre as decisões atuais. Meras "regras" não nos diriam como decidir, posto que construídas de formas diversas, e porque regras diferentes poderiam ser selecionadas do arcabouço jurídico para sustentar decisões dadas por razões que nada tem a ver com as regras[35].

Por sua vez, Jerome Frank (1889-1957) radicalizou o pensamento de Llewellyn, asseverando que, mesmo que as regras jurídicas fossem claras para serem interpretadas, elas teriam pouco efeito na determinação das decisões das Cortes inferiores. Como os Tribunais que lidam com questões de fato, particularmente no júri, poderiam sempre interpretar os fatos como bem entendessem, de modo que a regra lhes daria as decisões que quisessem de acordo com essa interpretação. O que realmente fazia com que os Tribunais decidissem eram atitudes conscientes e inconscientes, crenças e preconceitos peculiares às partes, às vítimas e aos fatos daquele ou deste determinado caso (HARRIS, 2004, p. 100). Para Frank,

> "para o leigo, o direito, relativo a qualquer conjunto de fatos, é uma decisão de um Tribunal com relação a esses fatos, na medida em que a decisão que afeta a pessoa em particular. Até que um Tribunal tenha repercutido esses fatos não existirá direito sobre tal assunto[36]".

Basicamente, os realistas jurídicos diziam que as "regras" não eram toda a questão da administração da justiça, o que influenciou a pesquisa jurídica em direção ao estudo da personalidade e das experiências dos juízes, a importância prática da representação jurídica e as consequências do excesso de formalismo no processo.

Dito isto, duas questões emergem: **i) a primeira**, de que as regras, por sua natureza, não poderiam controlar as decisões judiciais; **ii) a segunda**, a função primordial do direito seria a solução de litígios. As regras jurídicas deveriam dar respostas aos

---

[34] "Posner becomes a giddy acolyte of Holmes, and he insists that heroic judicial personalities must be given free rein" (ROSEN, 1995, p. 583). "Posner thus proclaims Holmes as inspiration for his pragmatic manifesto, and he finds within Holme's jurisprudence the inspiration to move beyond legal modernism" (MINDA, 1995a, p. 376). Cf. o próprio Posner (2009, pp. 13-15).

[35] Cf. Harris (2004, p. 100).

[36] Cf. Harris (2004, p. 100).

conflitos. Os juízes precisariam dessa "ilusão". Eles necessitariam psicologicamente dessa segurança, satisfeita pela crença de que o direito dita os resultados e é assim que funciona quando, na verdade, as decisões seriam causadas por uma multiplicidade de motivos operando sobre o adjudicador, o que o leva a descobrir fatos adequados para atender às regras que irão apoiar a decisão. Esses motivos produziriam o mesmo resultado, qualquer que fosse a regra aplicada, de modo de que **a ideia de que existe direito antes da decisão judicial deve ser abandonada**.

Isto, a grosso modo, seria uma deturpação da ideia do pragmatismo clássico, uma vez que esta tese realista é quase impossível de ser testada experimentalmente. Por exemplo, dez motoristas são processados por dirigir a mais de 60km/h em uma via que permite velocidade de 50km/h, perante uma Corte composta por juízes cujos preconceitos variem. Suponha-se que cinco estivessem mesmo a essa velocidade e que cinco estivessem a 30km/h. Dado que as regras não tem efeitos reais sobre o caso, não há como saber qual motorista será condenado e qual será absolvido. E isto não parece plausível.

Os realistas jurídicos estavam preocupados com casos em que as questões de fato ou de direito poderiam ser levantadas. É certo que, no exemplo acima, está evidente qual motorista deverá ser punido, mas será que todos os casos em que as regras surtem efeitos sem produzir conflitos são menos importantes, de modo que isso seria indicativo da verdadeira função do direito, do que as ocasiões em que os conflitos em torno da norma surgem? Parece que os realistas jurídicos querem propor um direito cuja função seja direcionar o comportamento pelas regras, e que solucionar conflitos, mesmo diante de regras claras, seria apenas uma função subsidiária.

Afinal, se as regras jurídicas não tem efeito determinante sobre os conflitos, não poderíamos afirmar que decisões precedentes dos juízes teriam efeito sobre outras disputas posteriores envolvendo a mesma questão (HARRIS, 2004, p. 102), e isso minaria o propósito do sistema casuístico anglo-saxão.

A tese da ilusão realista só poderia funcionar, portanto, para os **casos difíceis**, de modo que, quando o direito fosse indeterminado, nós deveríamos abandonar o raciocínio jurídico em favor de uma **previsão comportamental**. Uma abordagem realista desta questão requer que nos concentremos não nas razões pelas quais os juízes decidem, mas nos motivos que realmente parecem influenciá-los, não no que dizem, mas no que fazem. O raciocínio jurídico é apenas a ponta do iceberg na decisão. Qualquer que seja o argumento, argumentos fundados na intenção da regra ou do legislador, ou algum princípio

jurídico não surtiriam efeitos, porque os preconceitos dos juízes determinariam suas decisões nos casos difíceis, ap passo que na maior parte das decisões seria influenciado pelo raciocínio jurídico.

Os realistas jurídicos compreendiam, assim, que o direito, com relação a determinado conjunto de fatos, é apenas uma medida coercitiva de um juiz, aplicada a determinada pessoa. Porém, se a ciência do direito deve se transformar na previsão do que os juízes farão, então para que servirão os juízes? Então, se os juristas podem prever decisões, porque os próprios juízes já não as preveem?

Esse posicionamento do realismo confirma não apenas cinismo em relação ao direito, mas também pessimismo quanto à sua utilidade e a possibilidade de reforma jurídica. Se não há direito antes das decisões, então não precisamos reformar as regras, mas escolher os juízes que saibamos ter a personalidade (incluindo caráter e preconceitos) que desejamos ter. Além disso, a menos que tivessemos um gatilho psicológico que nos dissesse quem é responsável por resolver disputas oficialmente, não teríamos como saber quem são os juízes. E diante de tal incerteza, não confiaríamos a alguém a solução de nossos conflitos apenas por estar vestido de toga[37].

Como se pode entrever da crítica acima lançada, os realistas jurídicos cometeram o mesmo erro dos antigos formalistas, ao acreditar que conceitos e categorias das ciências sociais, tais como a economia, universais e fundamentais. O instrumentalismo em favor de políticas públicas proposto pelo realismo jurídico equivale ao formalismo do início do século XX: substituiu o formalismo jurídico pelo conceitualismo das ciências sociais.

Com a morte de John Dewey, em meados do século XX, houve um eclipse do pragmatismo, superado na filosofia pela **filosofia analítica**, cuja ideia era a de que nossos problemas filosóficos seriam problemas de linguagem. A partir da análise linguística, os filósofos conseguiriam chegar a enunciados bem elementares que poderiam ser emparelhados às sensações empíricas, espelhando o que é o "real". Já no direito, a sobreposição se deu pelo **positivismo lógico**, segundo o qual a linguagem que espelhava melhor a realidade era a ciência *fisicalista*, típica do projeto Moderno para a ciência em geral; assim, todas as outras linguagens poderiam ser traduzidas ou reduzidas à linguagem de física, de modo a conhecer quais se sustentariam[38].

---

[37] Cf. no mesmo sentido, Harris, (2004, pp. 102-103)
[38] Cf. Ghiraldelli Júnior. (2007, p. 30).

Já no início da década de 1950, com o declínio do positivismo lógico, o pragmatismo voltou à tônica das discussões com Quine, Donald Davidson, Richard Rorty e Hilary Putnam e, em certa medida, F.S.C. Schiller, sob a rubrica do **neopragmatismo**, cujas diferenças relativas ao pragmatismo clássico serão objeto do próximo item.

1.1.3 O neopragmatismo e a substituição da experiência pela linguagem

Como dito anteriormente, nos anos 1950, as ideias do pragmatismo clássico começaram a ressurgir. Porém, já não era mais possível desconsiderar o que os filósofos analíticos haviam dito sobre a adaptabilidade da linguagem à condição de objeto de estudo da filosofia. Era preciso, portanto, substituir a fluida noção de experiência dos pragmatistas clássicos por um determinado "comportamento linguístico". Foi durante as décadas de 1970 e 1980 que Richard Rorty (1931 -)[39], considerado o grande interlocutor do retorno do pragmatismo, deu maior amplitude a essa fusão entre este a filosofia analítica, dando origem a um novo movimento filosófico: o **neopragmatismo**.

Rorty vivenciou a revolução do **pós-modernismo**, que significou a fragmentação e a descrença nas metanarrativas e o enfraquecimento das teorias filosóficas fundacionais. Viu também que as novas tecnologias da informação democratizaram, em certa medida, o alcance do conhecimento, abrindo os horizontes do cidadão para o mundo e inovações culturais, compreendidos segundo os postulados da teoria da linguagem de Donald Davidson[40].

---

[39] Leitor de Quine e Davidson, Rorty escreveu com referência a autores europeus, não apenas norte-americanos. Foi ouvido internacionalmente por grandes nomes, como Jurgen Habermas, Jacques Derrida e Jean François Lyotard. Foram tais filósofos que o elegeram como porta-voz privilegiado. Foi então que outros filósofos norte-americanos, citados por Rorty, passaram a ser estudados no mundo todo, ganhando o pragmatismo força mundial. De qualquer modo, foi o próprio Rorty se intitulou como um "neopragmatista", o que constituiu o ponto de partida para que diversos outros autores — não apenas do campo da filosofia — também o fizessem, dando início nas últimas duas décadas, a uma extensa produção acadêmica e intelectual que pode ser propriamente chamada de "neopragmatista". Por tal razão, este tópico referente ao neopragmatismo será dedicado à apresentação às principais ideias de Rorty, influentes na concepção do pragmatismo jurídico, como se verá adiante. Cf. Ghiraldelli Júnior (2007, pp. 30-32).

[40] Em Davidson, tanto conceitos quanto crenças e desejos são teias linguísticas causadas por fatos linguísticos e não-linguísticos. Os fatos não-linguísticos são aqueles descritos como fatos físicos e os linguísticos como palavras, enunciados ou crenças que promovam transformações nos estados mentais anteriores dos organismos humanos. A consequência desta afirmação é a de que nem toda causa de mudança em nossas crenças provém de outras crenças e, ainda menos, de crenças fundacionais com pretensão à universalidade.

O neopragmatismo de Rorty é **antifundacionalista,** porquanto rejeita a busca por fundações absolutas ou objetivas. O absoluto contra o qual Rorty luta em sua obra *O Espelho da Natureza* (1980) é o representacionalismo, que ficou conhecido como rejeição ao conhecimento do espectador no pragmatismo clássico.

Porém, Rorty não acredita na existência de valores universais, se pela expressão se entende um conjunto de postulados morais apriorísticos e invulneráveis à revisão histórica, representada em conceitos como o de "verdade", "igualdade", "justiça", "autonomia". A metáfora do espelho de Rorty significa a busca de um ponto de vantagem neutro, que reflete os conceitos independentemente de nossas vontades ou desejos, a fim de que possamos vê-los verdadeiramente.

Rorty acredita que nosso desejo de dar fundamentos seguros ao nosso conhecimento é, na verdade, um desejo de limitação, de encontrar arcabouços além dos quais não se possa desviar, representações que não podem ser refutadas. Com isso, Rorty afirma que essa busca fundacional é produto de velhas superstições e inseguranças humanas, devendo ser abandonada. Enquanto para Rorty tais fundações se tratam de limitações, para os pragmatistas clássicos, entretanto, subsistia a importância das fundações como as acima citadas, porquanto seu significado se inseria nas experiências humanas, encontrando apoio no mundo em que vivemos.

A noção de representação para Rorty é uma homenagem que fazemos às crenças que são bem-sucedidas que ajudam a fazer o que queremos. É preciso, segundo ele, uma reorientação das metáforas para um falar de utilidade e conveniência e assim conseguirmos o que queremos. Há, assim, uma reorientação do próprio pragmatismo, já que a aquisição de conhecimento se torna ela mesma um modo de agir (DE WAAL, 2007, p. 207).

Se para os pragmatistas clássicos o conhecimento era consequência da experiência investigativa, este passou no neopragmatismo a ser condicionado linguística e culturalmente. Rorty, ao se engajar na **virada linguística**, faz a linguagem ocupar no neopragmatismo a posição que a experiência dantes ocupava no pragmatismo clássico (1991, p. (91). Sem a observância da virada linguística, Rorty acredita que não haveria diferenças entre o neopragmatismo e o pragmatismo clássico (1991, p. 96, n. 15).

Em síntese, todas nossas crenças são causadas, mas nem toda causa de alterações de crenças são razões ou justificativas. Cf. Ghiraldelli Júnior (2007, pp. 106-108).

A *pragmatização* da filosofia analítica, conforme sustenta Rorty, levou à compreensão de que são vãs as tentativas de fazer a linguagem se fundar sobre algo previamente determinado. De acordo com ele, a ubiquidade da linguagem é uma questão de vê-la se movendo nas lacunas deixadas pela falência de todos os vários candidatos à posição de "pontos de partida naturais" do pensamento, os quais se caracterizam por sua pretensão de anterioridade e independência em relação ao modo como alguma cultura se comunica ou se comunicou um dia.

Rorty procede à virada linguística assentando que temos contato não com as nossas crenças em si, tais como temos com as impressões sensíveis, mas com sua *expressão* ou **justificação**. Estas ocorrem dentro da linguagem, isto é, da prática social **conversacional**. Deste modo, não há outra forma de avaliar visões filosóficas a não ser com base num estudo de críticas e defesas existentes dessas visões, porquanto expressas linguisticamente. Na ausência de um fundamento neutro, tal como o espelho, dizer que algo é "verdadeiro" ou "correto" é uma questão de prática social. Cada comunidade linguística terá suas regras epistêmicas, por meio das quais seus membros formulam questões, expressam emoções, formam justificações (DE WAAL, 2007, p. 210).

A rejeição ao **representacionalismo** influencia sua compreensão sobre a investigação. Para os representacionalistas, a inquirição tinha o propósito de descobrir a verdade; esta é alcançada quando nossas crenças representam seus objetos. Já para Rorty, não devemos representar a realidade, mas usá-la para conseguirmos o que queremos. Isto porque se a realidade é aquilo que queremos, e o que queremos varia no tempo e no espaço, então não faz sentido em falar em "objetivo da investigação".

Dentro de uma sociedade plural pode haver diferentes metas, todas com ramificações morais, sociais e políticas. O padrão de toda investigação, no neopragmatismo, deixa de ser a ciência em si, mas a deliberação sobre as atrações relativas a várias alternativas concretas de ação. Rorty rejeita assim o método científico enquanto modelo para assinalarmos como as coisas "realmente são" em favor do aspecto conversacional da investigação (DE WAAL, 2007, p. 211).

Rorty argumenta que as investigações sobre conhecimento, moralidade ou linguagem, ou até mesmo sobre sociedade são simplesmente tentativas apologéticas de externalizar **jogos de linguagem**[41].

Os jogos de linguagem que usamos implicam considerar que o **conhecimento** é resultado das crenças bem justificadas, os quais dependem da linguagem (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 135). E nada conta como justificativa dessas práticas e crenças a não ser àquilo que já aceitamos, e não há outra forma de escaparmos de nossas crenças e de nossa linguagem para encontrar outro teste que não seja o da coerência interna do vocabulário. Uma crença mal articulada linguisticamente não se torna, assim, bem justificada.

As únicas formas de limitar a investigação, para Rorty, são os **constrangimentos conversativos**. E como tais limitações apenas podem ser feitas por meio da linguagem, todas as limitações feitas à investigação apenas podem ser conversativas (DE WAAL, 2007, p. 211). A investigação bem sucedida não é a experimental, mas aquela que mantém a continuidade da conversação, de modo que, o pragmatismo, para Rorty, se torna a doutrina para a qual não há constrangimentos para a conversação além dos constrangimentos conversativos.

Assim sendo, o **método** do pragmatismo clássico, que prescreve como as pessoas devem conduzir sua inquirição, pouco importando sobre o que seja a investigação ou em quais motivos tenha se declarado, cede lugar a um estudo dos vocabulários que as pessoas usam e em que expressam seus problemas, fins e descobertas (DE WAAL, 2007, p. 212).

Os diferentes vocabulários tem caráter **instrumental**. Tudo o que interessa é se determinado vocabulário empregado em uma conversação funciona melhor que outro. E a questão do porquê um vocabulário é melhor que outro não precisa de resposta. Os diferentes vocabulários não são "verdadeiros" ou "falsos"; são ferramentas com usos alternativos, que funcionam melhor ao nos dar aquilo que queremos. Segundo esse instrumentalismo proposto por Rorty, as pessoas precisam parar de se preocupar com se

[41] Wittgenstein nos propõe como fundamento do conceito de objetividade algo parecido com uma congruência de subjetividades; o conceito de objetividade é ele próprio parte de nossa própria perspectiva (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 138). Ele entende que a linguagem era uma prática utilizada pelas comunidades para determinar a verdade e a realidade das decisões judiciais. O resultado da visão de Wittgenstein sobre a linguagem é que a nossa língua só tem sentido dentro dos jogos de linguagem e das "formas de vida", nas quais está inserida. É preciso entender o uso, o contexto, a atividade, o propósito, o jogo que está sendo tocado. A ideia de Wittgenstein era de que a compreensão humana ocorre dentro dos jogos de linguagem e que não há maneira de sair fora do jogo para averiguar a verdade e a realidade das decisões judiciais. Cf. Minda (1995b, p. 239).

aquilo em que acreditam está bem fundamentado e precisam começar a se preocupar se foram imaginativas o bastante para pensar alternativas interessantes às suas crenças presentes (DE WAAL, 2007, p. 213).

Isso nos leva para longe do pensamento do pragmatismo clássico, em que a investigação é uma atividade que exige autodisciplina e normas para viver segundo elas. Como visto anteriormente, Peirce mantinha que a verdade equivalia à opinião final, isto é que todos os inquiridores chegassem ou convergissem à mesma conclusão satisfatória de seus interesses, isto é, a verdade. A concordância não era algo importante por si só, mas ter alguém que concordasse com nossas ideias era algo que fazia com que aquilo que acreditamos como verdadeiro pudesse ser verdadeiro. Essa concordância não dizia respeito a conversação, mas à interação do homem com o mundo, que está inserida na concepção de Rorty[42] de um modo mais determinante.

Segundo Rorty, o desejo por **objetividade** é o **desejo por** tanta **concordância** quanto possível. Adquirimos conhecimento quando, diante da escuridão, nos engajamos numa conversação direcionada a gerar concordância ou **consenso**, de modo que nos ajude a enfrentar a vida. Como nada extralinguístico pode gerar concordância, podemos somente contar com nossa própria solidariedade conversacional. Daí que questões cuja concordância é difícil, como sobre o conceito de verdade, **devem ser simplesmente abandonadas**, e não buscadas pela experiência individual ou coletiva, como propôs o pragmatismo de Peirce, James e Dewey.

E como o investigador não busca mais do que a concordância e aprovação de suas crenças por outras pessoas, a filosofia reduz-se a um estudo das vantagens e desvantagens comparativas das várias maneiras de conversar sobre o que já se conheceu. Assim, Rorty pretende demonstrar que cada filósofo pode intervir de modo mais incisivo na vida cotidiana se se limitar a redescrever as narrativas comuns, as pessoas, as situações, enfim, as práticas (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, pp. 112-113). O filósofo neopragmático enfraquece, assim, a sua própria atividade de filosofar.

No entanto, ainda que não haja uma concepção fundante e absoluta do mundo, ainda há, para Rorty, as **pressões causais** conversativas, resultantes da concepção da linguagem enquanto ordem de causa e efeito. Uma dessas pressões, como se viu acima, é a própria exigência de concordância. Tais pressões não "fazem" a verdade, mas Rorty

[42] Cf. De Waal (2007, p. 212).

entende que não nos restringimos a postular as opiniões que formamos dessas pressões causais, assumindo que investigamos tempo o bastante. Este tempo, para Rorty, pode ser interminável, durar milhões de anos, já que, para ele, tudo pode ser descrito linguisticamente antes mesmo de se tornar conhecimento e por que há incomensuráveis descrições teóricas de um mesmo objeto ou ideia.

Todavia, a ideia de Rorty de que os únicos constrangimentos à investigação sejam conversativos não é totalmente clara. Afinal, se como ele mesmo diz, as teorias são ferramentas, não há como demonstrar isso de forma conversativa, pois nada supera a experiência que comprova a adequação de uma solução a uma situação-problema que enfrentamos[43]. Além disso, os pragmatistas clássicos não postulavam uma investigação infinita, mas sim contínua, de modo que cada passo dado na investigação deveria procurar satisfazer o bem naquele momento e em direção ao futuro.

Esse problema é representativo especialmente quando Rorty trata da **verdade**. Embora devamos abandonar a noção de verdade como correspondente à realidade, exige-se uma nova concepção do tema. Ele alerta, entretanto, que a verdade não pode ser buscada em si mesma, não pode constituir-se no objeto primário da investigação. Para Rorty, a verdade é uma noção primitiva, que não podemos descartar, mas que não tem de ser tomada tão a sério, de modo que ela represente a realidade tal qual um espelho[44], não faz sentido tratar a verdade como o maior objetivo da investigação ou como algo atemporal.

A questão crucial de Rorty, portanto, não é saber se uma crença é verdadeira, mas se temos justificativa para acreditar em algo[45], o que para ele se reduz à questão de saber se podemos defender argumentativamente esta crença contra as objeções alheias, de tal maneira que a verdade se associa ao **consenso/concordância** de uma comunidade. Não há, em suma, outro meio de falar sobre a verdade que não em termos de justificação e concordância de nossa crença.

---

[43] Cf., a propósito, De Waal (2007, p. 214).

[44] Ao extrair a crítica da metáfora do espelho, Rorty não o faz em razão das ideias dos pragmatistas clássicos, mas da tradição analítica em que fora treinado e que é o alvo de suas críticas na obra *O espelho da natureza*, de 1979, que constitui um marco, a um só tempo, da desconstrução da filosofia analítica e do ressurgimento do pragmatismo.

[45] Em outros termos, Rorty quer dizer que não podemos diferenciar os enunciados "*p* é bem justificado" de "*p* é verdadeiro". Dizer que um enunciado *p* qualquer é algo válido para um determinado momento T, para um específico lugar X e para um encontrável público W. Todo e qualquer enunciado, ao ser denominado "verdadeiro", é qualificado como "bem justificado", isto é, "verdadeiro neste momento, para este público que está aqui, segundo as informações que este público possui". Cf. Ghiraldelli Júnior (2007, p. 125).

Além disso, o neopragmatismo de Rorty assevera que nem a verdade, nem o bem, nem a racionalidade são coisas que comportem um interesse filosófico suficiente para se teorizar a respeito; são um amontoado de pseudoproblemas sobre os quais não vale à pena se debruçar.

Para ele, a noção de bem como "algo que todos os atos bons tem em comum" é vazia de substância, de tal sorte que, assim como não precisamos da velha filosofia para destacar o que é o verdadeiro e o que é o bem, não há necessidade de uma teoria fundante da verdade ou do bem, até porque os membros da comunidade linguística não podem evitar a investigação e a justificação conversacional de suas concepções.

Isso indica que os neopragmáticos, como Rorty, acreditam que todos os **padrões teóricos** (os "*ismos*") representam um resquício de uma visão de mundo que sobreviveu à sua utilidade. Para o pragmatista pós-filosófico, decidir entre teorias da verdade é tão útil quanto "decidir entre as doutrinas de Atanásio do Santo Sudário[46]". Em outras palavras, o pragmatismo de Rorty não tem a ambição de ser uma teoria, mas uma **antiteoria** — ou uma teoria sobre "como se fazer" teoria.

Contudo, ao admitir que "ser justificado acreditar que *p* é verdadeiro, mas, já que a crença justificada é somente até onde podemos ir, a lacuna entre as duas coisas é, para sempre intransponível", Rorty se afasta do **falibilismo** do pragmatismo clássico e aplica uma **concepção de verdade *a priori*, fundamental**, apartada das investigações suscitadas pela dúvida e dependente de consenso, o qual é, no fundo, uma forma de garantir objetividade a determinada ideia ou proposição. Eis que, ao invés de afastar o fundacionalismo Moderno do debate filosófico, assim como fez o pragmatismo clássico, esse entra sorrateiramente pela porta da crítica rortyiana[47].

Em contrapartida, os termos "verdade" e "falsidade" são utilizados, por Rorty, de um modo linguístico diferenciado, como que para endossar ou acautelar uma ideia ou alegação, exaltando-a, enfatizando-a, enfim, como uma "retórica palavra de apoio". Para ele, a verdade não diz respeito a tarefas epistemológicas, nem traz resultados metafísicos, mas diz respeito a tarefas de comunicação[48].

---

[46] Cf. Luban (1996b, p. 47).
[47] Cf. De Waal (2007, pp. 216-217), Ghiraldelli (2007, p. 114).
[48] Endossar seria algo como dizer que uma coisa "está bem!", "certa", "verdade!"; descitacionar seria equivalente a se apropriar de uma ideia com ressalva ou observação, por não se concordar com ela plenamente, algo como colocar entre aspas (""). Já acautelar seria o mesmo que mostrar que determinado objeto ou ideia é insuficiente como guia da ação. Cf. Ghiraldelli Júnior (2007, pp. 121-122).

Como convenceríamos alguém, então, de que estamos certos e outras pessoas estão erradas? Rorty indica que, para fazê-lo, precisamos mudar de vocabulário e fazer com que as pessoas vejam as coisas como nós as vemos, como, por exemplo, ensinar química moderna ao alquimista, para que ele veja o mundo de uma forma diferente, por outro vocabulário. Porém, o nosso próprio vocabulário não pode ser colocado em discussão, já que ele é o padrão e o ponto de apoio sobre o que dizemos e pensamos. Não podemos mudá-lo de dentro para fora a menos que, como sugere Rorty, o tratemos não tão seriamente, mas ironicamente, isto é, violando suas próprias regras conscientemente, com o propósito deliberado de o provocar.

Em síntese, os neopragmáticos estão comprometidos com a ideia de progresso, mesmo quando se recusam a utilizar a estrutura do pensamento moderno, como dogmas universais, tais como a verdade. No entanto, ao rejeitar argumentos fundacionais e a ideia de universalidade cultural, se distinguem dos modernos iluministas e se afastam dos pragmatistas clássicos, cujo antifundacionalismo tinha como bandeira a rejeição de dogmas, e não o abandono de sua experiência.

O neopragmatismo, aplicado aos estudos jurídicos, forma a perspectiva acadêmica que rejeita todas as pretensões fundacionais da teoria do direito, mas que, ao mesmo tempo permanece comprometida com a visão de que a teoria jurídica possa ser útil para resolver problemas jurídicos[49]. Para Richard Rorty, **a teoria é uma ferramenta** que pode ser usada para ajudar juízes a resolverem os problemas jurídicos pragmaticamente. Em sua perspectiva pragmática, as decisões dos juízes ocorrem num contexto de completa ingnorância sobre se as decisões serão corretas ou erradas, de modo que agem como se estivessem dando um "**salto no escuro**". Em outras palavras, o objetivo da investigação jurídica se pauta pela interrelação entre fatores como utilidade, economia, política, considerando-se que há tantos propósitos a serem perseguidos (justiça, igualdade, etc.) quanto meios para obtê-los.

Os neopragmáticos declaram que os estudos teóricos da Modernidade chegaram a um "beco sem saída" (na mesma linha do famoso pronunciamento hegeliano do "fim da história"). Tendo dito que o conhecimento teórico da filosofia e do direito esteja no "fim", os neopragmatistas afirmam que devemos **agora ir além do Modernismo** e reexaminar o modo como o conhecimento teórico de fato funciona na sociedade. O objetivo disso é chamar a atenção para a **natureza contingente da verdade** e revelar que conhecimentos

[49] Cf. Minda (1995b, p. 230).

fundacionais são produto de crenças e práticas sociais historicamente construídas (MINDA, 1995a, p. 375).

Há, portanto, um paradoxo pós-moderno no neopragmatismo, uma vez que não responde, mas simplesmente abandona temas que provocam a dúvida dos filósofos o que equivale, por assim dizer, a aceitá-los dogmaticamente.

Apesar de seu **antifundacionalismo**, o neopragmatismo frequentemente usa a retórica e os modos argumentativos modernos como se fossem fundacionais e contivessem uma essência. Tal atitude é típica dos movimentos pós-modernos que, no entanto, usam métodos modernos autoreflexivamente, sempre para a compreensão de seus temas antifundacionais. E justificam tal **antifundacionalismo de forma teórica**, isto é, contradizendo a sua propria empreitada contra a teoria e o fundacionalismo, muito embora não reconheçam esse dilema. Devido à **repetibilidade seu texto** em diferentes contextos, os pós-modernistas, ironicamente esperam que os seus argumentos, se de natureza modernista ou pós-modernista, caminhem em direcções imprevistas e gerem significados imprevistos[50]. É o que se verá no próximo item, quando se nota a redução significativa do papel da filosofia na construção do pragmatismo jurídico.

1.2 Pragmatismo jurídico e a filosofia do direito pós-moderna

O neopragmatismo coexiste com a filosofia do direito pós-moderna. Esta representa a visão de que a busca por novas teorias jurídicas e metanarrativas para resolver os problemas do direito se exauriram. Na década de 1990, explica Garry Minda (1995b, p. 232) havia sinais de que havia ocorrido um abalo na filosofia do direito. Houve uma perda de crença de sua autonomia e secularidade, não sendo mais possível identificar uma visão comum da filosofia do direito.

A filosofia do direito no século XXI aceita a natureza problemática de suas próprias fundações. A experiência da fragmentação de obras é sentida a cada novo ciclo das teorias jurídicas em que há sucessivas releituras da mesma estrutura e os mesmos padrões argumentativos em diferentes combinações. A descobrerta de uma nova ideia ou

[50] "Os filósofos pós-modernos brincam com coisas que ninguém brinca mais". Tal será observado na caracterização que Posner, mais adiante, fará do formalismo jurídico. Cf. Feldman (200, p. 43).

teoria filosófica se dissipa tão logo se percebe que uma nova ideia ou teoria meramente recicla uma teoria antiga.

O **pastiche** caracteriza a rotina da filosofia do direito atual, refletido nas várias correntes teóricas ou "escolas" do pensamento jurídico. A pós-modernidade revela como as novas escolas de filosofia do direito emergem apenas para sucumbir assim que são reveladas como vãs tentativas de superação dos problemas da filosofia do direito moderna. O processo de criar a partir do novo do velho enfraqueceu o modernismo jurídico, estabelecendo uma crise representativa tal que velhas categorias e posições normativas do modernismo jurídico não são mais críveis do que antigamente[51].

Nesse sentido, o problema contemporâneo da filosofia do direito, como apontou Minda (1995b, p. 233), é que a filosofia do direito *é* o próprio problema. Os diversos modos do pensamento jurídico contemporâneo projetam identidades jurídicas de muitos assuntos jurídicos: assuntos críticos, assuntos neopragmáticos, assuntos feministas, assuntos literários. A **fragmentação dos temas** se tornou um sério problema para os teóricos do direito, de modo que a condição pós-moderna da filosofia do direito se tornou a consciência de que os assuntos jurídicos perderam a confiança na tarefa performativa distintiva de sua disciplina que tinha até então definido sua identidade profissional. O problema da filosofia do direito se torna um problema de cultura e política.

Os pós-modernos, incluindo os neopragmáticos, entendem a verdade e o conhecimento como construções sociais contingentes, incapaz de ser fixada ou detida por uma construção teórica ou conceitual determinante. A verdade não pode ser transparente porque é uma construção social mediada pela linguagem, incapaz de capturar a realidade.

Então, a inserção da pós-modernidade e do neopragmatismo na filosofia do direito, não conduz a uma teoria do direito, mas a um tipo de **antiteoria**: uma antiteoria que se esforça, embora problematicamente, para resistir ao impulso decisional, à regulação obsessiva do pensamento jurídico moderno[52].

A filosofia do direito pós-moderna pode ser encontrada nas escolas jurídicas dos pós-modernos que adotaram as posturas do pragmatismo clássico e do neopragmatismo em sua crítica jurídica, a principal delas é o **pragmatismo jurídico**.

---

[51] Cf. Minda (1995b, p. 233).
[52] Cf. Minda (1995b, p. 234).

Há uma dificuldade inicial na caracterização do pragmatismo jurídico enquanto empreendimento teórico, porquanto reúna elementos pragmatismo filosófico, do ceticismo, do consequencialismo, do utilitarismo, do realismo jurídico, do feminismo e de teorias econômicas. Assim como ocorre com os demais movimentos surgidos na pós-modernidade, está muito longe de ser correto afirmar que há um acordo monolítico entre os diversos autores que se alinham nesta tradição ou movimento. Não há clareza, por tal razão se é mais acurado falar em pragmatismo ou em pragmatismos (ROSENFELD, 1997, p. 98).

Entretanto, pode se dizer que existe um conjunto de propostas essenciais que definem um traço característico das diversas abordagens do pragmatismo.

No mundo contemporâneo, o pragmatismo jurídico é representado por autores como Richard Posner, (cuja obra é o objeto do presente estudo), Thomas Grey, Daniel Farber, Philip Frickey e Martha Minow (EINSENBERG, 2006, p. 656). As leituras do que seja o pragmatismo jurídico são tão amplas e ecléticas que Richard Rorty (1991, p. 90) chegou a classificar também autores como Roberto Mangabeira Unger e Ronald Dworkin como pragmáticos. Para Tamanaha (1996, p. 316), o aspecto mais revelador dessa corrida para o pragmatismo é justamente o fato de acomodar tantos posicionamentos divergentes em torno de uma mesma rubrica[53].

Dada a dificuldade de caracterização acima indicada, o **pragmatismo jurídico** pode ser considerado, em linhas gerais, como uma **postura argumentativa** que serve primordialmente àqueles que querem legitimar argumentos e decisões juridicamente em dois pilares: **i)** naquilo que é desejável para a comunidade no futuro e; **ii)** naquilo que é inevitável para ela no presente, já que o passado constitui parte necessária da compreensão da realidade que se impõe no exercício interpretativo e argumentativo conduzido por seus adeptos.

Muitas **abordagens interdisciplinares** do direito contemplaram o pragmatismo jurídico como mera superposição do pragmatismo filosófico sobre questões jurídicas (GREY, 1991, p. 15), embora se tratem de coisas diversas. Luban, crítico do pragmatismo jurídico, também crê que são coisas diferentes, apesar disso representar a incapacidade do pragmatismo de oferecer respostas a questões jurídicas substantivas[54] (1996b, p. 43 e ss.). Tal separação é, na verdade, uma tentativa dos adeptos do pragmatismo jurídico de fazer

[53] Cf., a propósito, Haack (2005, pp.03-08).
[54] Como diz em determinada passagem, ao se desvincular da filosofia, o pragmatismo jurídico "[…] *stands free of philosophical controversy only because it stands free of all controversy, and it avoids controversy by saying very little*" (LUBAN; 1996b, p. 45).

com que ele seja enfrentado nos seus próprios termos (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 181; POSNER; 1996, p. 03).

No entanto, são notáveis as influências do pragmatismo filosófico naquilo que hoje se denomina o pragmatismo jurídico.

Assim como os neopragmatistas dão de ombros para a filosofia tradicional, os adeptos do pragmatismo jurídico viram as costas para a filosofia do direito e a doutrina jurídica. Ao revés, eles abraçam uma forma pragmática de raciocínio que apresenta qualidades associadas ao pós-modernismo – atitudes antifundacionais e céticas sobre o estudo do direito. Eles também acompanham a atitude cética de Rorty em relação à ciência e ao empirismo.

Como visto acima, a marca do neopragmatismo de Rorty é também uma forma de **antiteoria**, que insiste que a verdade e a autoridade não são perenes, mas sociais e, portanto, dependentes do significado construído por uma determinada comunidade. O que é aceito como verdade é apenas a expressão ou justificativa de crenças da comunidade universalmente compartilhadas sobre a verdade de algo. Os neopragmatistas rejeitam as afirmações que se estabelecem em uma verdade fundacional, pois acreditam que a verdade é socialmente construída em cada comunidade, a fim de alcançar certos fins[55], os quais não lhes cabe definir.

Os neopragmatistas acreditam que a **teoria** meramente estabelece as regras para funcionamento dos jogos de linguagem. Eles veem a teoria como função da linguagem, e não como razão, lógica ou método analítico de conhecimento. Do mesmo modo que o pragmatismo jurídico aceitou duas ideias paradoxais sobre o direito: **a primeira**, de que é possível conhecer a verdade sem aceitar a ideia de essências universais; **a segunda**, de que é possível alcançar decisões de principio muito embora não haja respostas corretas.

Os pragmatistas jurídicos **rejeitam as filosofias fundacionalistas** e teorias totalizantes em que repousam a verdade universal e as respostas corretas (MINDA, 1995b, p. 236). Tal **antifundacionalismo** atribui-se à rejeição da ideia de que nossos padrões do que seja bom ou ruim deverão ser não meramente convencionais, mas fundamentados em uma relação de justificação e da verdade. Isto equivale à ideia de que as normas jurídicas a serem justificadas sejam fundamentadas em alguma relação com valores morais[56].

---

[55] Cf. Minda (1995b, p. 235).
[56] Cf. Haack (2005, p. 72).

Os adeptos do pragmtismo jurídico acreditam que a teoria jurídica é um instrumento para realizar seu trabalho. Eles não veem sentido em debater a verdade ou a objetividade do direito, assim como os neopragmáticos. A única coisa que importa é decidir qual concepção de direito funciona melhor sob determinadas circunstâncias.

Como proposto no pragmatismo clássico, o **contextualismo** do empreendimento jurídico implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O **consequencialismo**, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja experimentada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. Isto é, os pragmatistas jurídicos avaliam comparativamente as diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. E as melhores consequências são aquelas que atenderem às necessidades sociais não definidas pragmaticamente.

O direito é compreendido pelo pragmatista jurídico como ferramenta orientada para fins sociais[57]. O coração do pragmatismo jurídico é a **decisão judicial**, a síntese da atividade judicial. Ao adotar esse postulado, a atenção do pragmatista jurídico é remetida para o estudo do agente da prática jurídica: **o juiz**. Isto implica compreender o direito em **termos comportamentais**, isto é, o direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes, algo que já havia sido levantado pelo realismo jurídico, como vimos no item 1.1.2. O juiz pragmatista, mais do que interpretar o direito existente, considera as consequências de possíveis decisões alternativas. E estas decisões alternativas podem ser extraídas por diferentes fontes, incluindo considerações de ordem ética e **política**. Um juiz pragmatista é um juiz preocupado em intervir na realidade, criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas.

Igualmente à semelhança do realismo jurídico, não faz sentido no pragmatismo jurídico falar-se em direito preexistente à aplicação do juiz. O direito se positiva a partir da sua aplicação pelo juiz, e não quando promulgado pelo legislador. Ou seja, antes de ser aplicada, a norma jurídica constitui-se apenas uma fonte autoritária da qual o juiz pode ou não se valer (POGREBINSCHI, 2009, p. 02).

As fontes autoritárias são fontes de informação para o juiz pragmatista, como são todos os recursos que lhe são disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos, jurídicos ou

[57] Cf. Posner (2004b, p. 151). A definição de Daniel Farber também é representativa neste sentido. Para ele, o pragmatismo jurídico significa, essencialmente, resolver problemas jurídicos usando todas as ferramentas que vem à mão, incluindo o precedente, os textos jurídicos e a política social - renunciando todo o projeto de fornecer uma base funcional teórica para o direito (FARBER, 1988, p. 1332).

extrajurídicos. E a melhor decisão, para o pragmatista, é aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais.

O juiz pragmatista **olha para o futuro**, e por isso decide de acordo com as consequências que o seu julgamento pode acarretar. Ele não tem o dever de olhar para o passado, para a história, e só faria isso estrategicamente. Não se preocupa em manter uma coerência lógica do sistema jurídico se isto não servir a um resultado socialmente desejável e benéfico. Vale dizer, o juiz pragmatista almeja tomar uma decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, buscando **consistência** com o direito existente não como se isso fosse **não um fim** em si, mas como um **meio** para atingir a melhor decisão. Afinal, uma decisão judicial incoerente e que desestabiliza o direito é uma má decisão, o que não é desejável pela sociedade[58]. Há, aqui, a inversão do olhar do pragmatismo clássico, que buscava na coerência com as experiências passadas a satisfação das necessidades sociais do futuro. Esta visão histórica era parte do método pragmático clássico, ao passo que, no pragmatismo jurídico, torna-se ferramenta estratégica.

É certo que os pragmatistas jurídicos rejeitam a ideia de fundacionalismo, mas também acreditam que a **intuição** e a **razão prática** possam situar o teórico pragmático e capacitá-lo para desenvolver uma forma instrumental de conhecer o que faz. A razão prática, como se verá mais especificamente nos escritos de Posner, é o conjunto de métodos, incluindo a reação instintiva que as pessoas usam para tomar decisões quando a exatidão científica ou lógica é inatingível. Isto não significa, porém, que as decisões judiciais, embora não atinjam a certeza de uma demonstração lógica, matemática ou científica, tal como a proposta do pragmatismo clássico não sejam justificadas (POSNER, 1998c, p. 1811). Há, portanto, um fundamento subjacente ao pragmatismo jurídico: a intuição e o senso comum, mantendo-se, aqui, o paradoxo neopragmático da teoria antiteórica.

1.2.1 O pragmatismo jurídico e a liberdade da culpa teórica

[58] Cf. Pogrebinschi (2009, p. 03).

Atualmente, o pragmatismo jurídico é identificado por uma postura que rejeita a ideia de que as decisões judiciais exijam fundamentos filosóficos (ou teóricos). Esse temperamento, liberado da necessidade de elaborar uma teoria do direito enraizada em uma perspectiva fundante ou totalizante, costuma ser denominado como **liberdade da culpa teórica** (GREY[59]; 1991, pp. 09-10).

Porém, o que significa para os pragmatistas jurídicos a liberdade da culpa teórica? Thomas Grey explica da seguinte forma: os pragmatistas jurídicos presumem que as boas teorias fornecerão apenas guias heurísticos, pedagógicos ou educacionais, e perspectivas parciais do empreendimento que nada mais são que limitações ao pensamento. Teorias heurísticas podem facilitar o trabalho de uma forma mais concreta e imediatamente prática, mas nada além disso.

O pragmatismo jurídico representa a liberdade da culpa teórica, que nos livra da voz de repreensão que nos paralisa dizendo que: "não podemos lidar com esse problema porque nós ainda não temos uma teoria sobre determinado assunto". A defesa da teoria, para o pragmatista, é simplesmente a negação da autoridade final ou absoluta das intuições do jurista médio sobre quais generalizações científicas são úteis (GREY, 1991, pp. 16-17). Essa liberdade afasta a ansiedade sobre a cientificidade, defendida pelo pragmatismo clássico, de tal sorte que o teste do poder e da pertinência de uma ciência social aplicada ao direito reduz-se a saber se "funciona" ou "não funciona" ao propósito que se pretende alcançar (RORTY, 1991, p. 92).

O pragmatismo jurídico, com sua rejeição de distinções especulativas, de possibilidades destacadas da prática e sua insistência de que os conceitos do cotidiano não exigem fundamentação teórica, liberta o agente da necessidade de reflexão sobre os problemas tradicionais da filosofia para lidar diretamente com assuntos práticos, sem tornar-se paralisado no terreno escorregadio da filosofia escolástica, que inclui a metafísica e a epistemologia, a lógica filosófica, a metaética, e as filosofias da mente, da linguagem e da ciência. Suas fundações estarão, como dito acima, na **intuição** e no **senso comum**.

Isso não quer dizer, todavia, que o endosso do senso comum sirva para dizer que a prática jurídica corrente está bem como está. Na realidade, isso funcionaria como uma falácia conservadora do pragmatismo jurídico, que ignora o caráter contextual do

[59] De acordo com Minda, Grey quer dizer acredita que a libertação proporcionada pela "liberdade da culpa teórica" permite aos pragmatistas "*evitar os paradoxos lógicos colocados pelos pontos de vista contraditórios da 'perspectiva de auto-referência' (não existem verdades universais) e 'dogmatismo perspectivista' (a minha verdade é a real verdade)*" (1995b, p. 235).

pragmatismo jurídico. Por trás de proposições articuladas que guiam as práticas jurídicas, há sempre um corpo de crenças tácitas, que podem ser inconsistentes ou contrárias aos fatos, de modo que as teorias atuam apenas quando estas pressuposições tácitas "causam problemas" (GREY, 1991, p. 19).

Isso pode afastar o argumento de conservadorismo, mas não de **circularidade**, posto que, diante desta liberdade teórica não teríamos como alcançar os fins sociais ou o que nos causa problemas sem uma teoria fundacional sobre o que é o correto e o bom. No entanto, o pragmatismo jurídico escapa a essa pergunta simplesmente rejeitando a possibilidade de haver uma teoria totalizante sobre o que é o bem, capaz de resolver problemas práticos. O pragmático confessa e evita simultaneamente a acusação de circularidade ao afirmar a ausência de uma única teoria fundamental, tornando inevitável o processo de justificação de juízos práticos em um amplo círculo.

Não obstante o problema da circularidade, a liberdade da culpa teórica coloca o pragmatismo jurídico em uma posição teórica que critica a teoria jurídica moderna, assim como as teorias interdisciplinares associadas aos movimentos da década de 1980 (Análise Econômica do Direito é um grande exemplo).

Há consciência, no pragmatismo jurídico, de que algumas formas de agir necessitam de correção. Porém, tal correção não necessariamente se apresenta no interior da prática jurídica. Para os adeptos do pragmatismo jurídico, por vezes, a correção pode ser obtida pela aplicação de materiais estranhos à prática institucional em curso. Isto justifica a aplicação ao direito de outras ferramentas do conhecimento, como da economia, da sociologia, da biologia e da psicologia, ao argumento de que, às vezes, aqueles que observam com alguma distância uma briga podem vê-la mais claramente do que seus praticantes[60].

Essa liberdade da "*culpa teórica*" dada pelo pragmatismo jurídico pode ter, ainda, diversos significados (ROSENFELD, 1996, pp. 104-110), como: **i)** o pragmatismo filosófico liberta o direito da necessidade de ter qualquer amarra filosófica ou qualquer teoria, de sorte que o pragmatismo jurídico não oferece nenhuma utilidade à filosofia; **ii)** o pragmatismo filosófico torna possível ao direito escolher o que achar mais útil entre as filosofias existentes, desconsiderando a consistência, o que favoreceria a concentração nos meios para a satisfação dos bens e não nos fins (ou bens), possibilitando até mesmo a

[60] Cf. Grey (1991, p. 19).

justificativa de fins não-pragmáticos; **iii)** enquanto o direito não precisa tirar algo positivo da filosofia pragmatista, o pragmatismo jurídico depende da filosofia pragmática para manter à distância qualquer invasão fundacionalista, de modo que pragmatismo filosófico e jurídico teriam conexão.

Em que pese as dificuldades extraídas das duas últimas hipóteses, a plausibilidade da primeira resulta, acima de tudo, do sentimento de que o direito reduz-se a um esforço prático que deve apontar para soluções que funcionem, isto é, que façam "diferença" no mundo empírico. Assim, deveria haver uma clara divisão de trabalho entre filosofia e direito. No entanto, como poderia o direito se provar independente da filosofia?

A não ser que se considere o direito com algum papel na definição do que é o bem, a resposta a esta questão é negativa. Como vimos no intróito deste capítulo, numa sociedade complexa e pluralista, o direito deve determinar pelo menos alguns fins, o que nem sempre se pode fazer por mera referência ao processo político que positiva o direito. E, a menos que o pragmatismo seja sinônimo de preservação do *status quo*, as consequências práticas consideradas por si só não garantem respostas traduzidas em princípios jurídicos.

Em que pese à ambiguidade da "liberdade da culpa teórica", não nos parece razoável a plena libertação do direito em relação à filosofia, pois significaria argumentar que o pragmatismo jurídico não requer fundamentos filosóficos, incluindo os fundamentos filosóficos utilizados para dizer que o pragmatismo jurídico não requer fundamentos filosóficos, o que determina a sua autonegação.

É certo que se a filosofia se resumisse a um círculo eterno de argumentos inconclusivos, ao passo que os juízes devem chegar a conclusões em tempo real estes seriam obrigados a ficar de fora de argumentos e teorias filosóficos. Mas a filosofia não é isso. Ela consiste na análise cuidadosa dos argumentos, com o objetivo de esclarecer conceitos, expor as falácias e eliminar confusões.

Uma vez que muitas destas confusões estão profundamente enraizadas não apenas no discurso do direito, mas também das artes e das ciências o pensamento filosófico, a filosofia terá um papel importante e inegável a desempenhar, que é o de não resolver os problemas em si, mas compreender o significado de nossas ideias. Esse ideal, entretanto, se fragmentou, dando origem às sucessivas releituras dos movimentos filosóficos e jurídicos

que hoje estão à procura de uma identidade desvinculada de suas raízes, tal como sucede com o pragmatismo jurídico.

***

O objetivo deste capítulo foi descrever, suscintamente, a história da evolução da teoria do direito e da filosofia assimilada ao movimento hoje conhecido como pragmatismo jurídico. Viu-se que suas muitas de suas ideias não são novas, configurando-se, assim, como um modo de se exercer a prática jurídica em permanente construção. Os termos que ora destacamos ao longo do texto serviram, daí, para pontuar as mudanças e premissas que resultaram no pragmatismo jurídico e apontar para um limite subjacente a muitas de suas principais tentativas de caracterização pelos autores que se enveredaram por seu caminho.

O pragmatismo clássico foi sintetizado enquanto postura filosófica prescritiva, que almeja, pelo uso dos métodos da ciência, encontrar soluções adequadas ao contexto em que o homem vive e às consequências (ou efeitos práticos) desejados para bem estar da sociedade e assim, construir o conhecimento por meio de nossas experiências. Assim, o realismo jurídico, ao reduzir o direito à decisão judicial, em tentativa de analogia com o papel da experiência pragmática, deixou à deriva o elemento que diferencia a própria ciência do direito das demais ciências: a regra jurídica. O neopragmatismo, a seu turno, ao assumir que a experiência se passa apenas no âmbito da linguagem, e que, portanto a verdade dela somente seria extraída pelo consenso, assumiu a afirmação moderna de que o conhecimento desta estaria "lá fora" do mundo e que, portanto, não deveríamos desperdiçar nossos esforços filosóficos para compreender o que é uma teoria da verdade, nos concentrando em questões práticas, tais como poder, conhecimento e sociedades em particular.

E o que dizer do pragmatismo jurídico? Esta vertente do pensamento jurídico somente poderia ser concebida tal qual um retalho de heranças do pragmatismo clássico, como o apreço pelas consequências e o uso de métodos das ciências, do realismo, a supervalorização da decisão judicial contextual e, mais especialmente, do papel do juiz e da necessidade de conhecê-lo além da toga. E também do neopragmatismo, com o abuso de jogos de linguagem e a aversão ao debate de temas fundacionais, como a verdade, a justiça, a igualdade em face da ausência de concordância teórica. A combinação desses

elementos parece, aqui, contraditória: há método, mas não há teoria; há fundamentos, mas estes não devem ser debatidos; há regras, mas o que vale é o caráter político do juiz; há meios, mas não fins identificáveis. Desafios não atendidos no passado ganham novas cores, renovando o interesse crítico do movimento.

A mistura desses elementos ecoará com maior força nos textos de Richard Posner, conhecido fundador do movimento conhecido como Análise Econômica do Direito e que se tornou o mais conhecido adepto do pragmatismo jurídico. Sua compreensão sobre o pragmatismo jurídico será objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 – O PRAGMATISMO JURÍDICO SOB O OLHAR DE RICHARD POSNER

> "*O núcleo do pragmatismo jurídico é a decisão pragmática, e o núcleo de decisão judicial pragmática é a promoção de maior conscientização judicial e a preocupação com as consequências, e, assim, uma disposição para estabelecer as bases de decisões políticas em fatos e consequências em vez de conceitualismos e generalidades*" (POSNER, 2004b, p. 150).

Richard Allen Posner (1939-) é um dos escritores mais prolíficos do direito norte-americano, tanto pela enorme quantidade de opiniões judiciais apresentadas como juiz do Sétimo Circuito da Corte de Apelações dos Estados Unidos quanto por seus livros e artigos. É professor da Universidade de Chicago, onde já lecionou sobre Direito Administrativo, Análise Econômica do Direito, Antitruste, História do Pensamento Jurídico, conflito de leis, setores regulados, Direito e Literatura, Processo Legislativo, Direito de Família, Direito Primitivo, Responsabilidade Civil, Processo Civil, Prova, Direito à Saúde e Economia, Direito e Ciência, e Filosofia do Direito.

Graduado em direito no início da década de 1960, Posner viveu um momento em que o consenso jurídico e político defendido pela visão moderna do direito não mais refletia o comportamento social, diante de conflitos como a Guerra do Vietnã (1959-1975), os escândalos políticos como o caso *Watergate*, os conflitos étnicos e as divisões econômicas. Não havia consenso ao qual o direito poderia apelar por que não havia mais consenso "lá fora". Havia uma crise de confiança que levantou questões metodológicas sobre as justificações normativas e conceituais do direito[61].

Nesse mesmo período, uma nova geração de acadêmicos ajudou a formar movimentos no pensamento jurídico, oferecendo novos discursos sobre o direito e o processo decisório. Dentre estes movimentos está a **Análise Econômica do Direito** (AED). Os adeptos da AED argumentavam que os juristas modernos internalizaram uma visão do direito enquanto disciplina autonôma, mas que esta ideia havia entrado em colapso. A desilusão do direito enquanto disciplina autônoma, já explorada pelo **realismo**

[61] Cf. Bertran (2008, pp. 23-24), Minda (1995a, p. 367).

jurídico, deu ensejo ao surgimento da AED, a qual afirmava que o comportamento do pensamento jurídico então vigente era ultrapassado e ignorava ideias de outras disciplinas, especialmente da economia.

Os adeptos da AED sustentavam que era incorreto dizer que os problemas jurídicos pudessem ser solucionados por um conjunto de premissas fixas ou um único método argumentativo, propondo, assim, uma maior **intedisciplinaridade** do direito. Focando nos mecanismos do mercado, a AED deu menos importância aos conceitos do direito enquanto estrutura normativa ou descritiva, voltando seu olhar para as consequências comportamentais dos diferentes sistemas de regras[62].

A proeminência de Posner no meio acadêmico se deve ao seu trabalho na primeira fase da AED, conhecida como **Escola de Chicago**, sendo consagrado como um de seus quatro fundadores[63], juntamente com Ronald H. Coase ("*The Problem of Social Cost"* – 1960/62), Henry Manne, Gary Becker e Guido Calabresi ("*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*" – 1961). De caráter conservador, esta Escola defendeu a limitação da intervenção do Estado à correção das falhas de mercado, o que apenas poderia ser feito por intermédio de um ordenamento jurídico **eficiente**[64].

Na obra "*Economic Analysis of Law*", lançada em 1973, Posner afirma ser o objetivo da AED a aplicação de teorias e métodos empíricos da economia às instituições centrais do sistema jurídico. Propôs que o direito em países de tradição anglo-saxônica deveria ser um veículo para promoção de eficiência, consagrada pela **maximização da riqueza**, como critério operacional de solução dos conflitos jurídicos, de origem microeconômica, cientificista e antidogmática.

Contudo, a partir de meados da década de 1980, as novas tendências acadêmicas como a AED consumiram e modificaram os modos estruturalistas e deterministas de conhecimento jurídico do início dos anos 1970. Na primeira geração da AED, a maximização de riqueza se tornou cada vez mais uma explicação fundacional e estruturalista do direito. Foi produzido, assim, um *formalismo interdisciplinar* que se mostrou contrário aos propósitos iniciais do movimento. Era preciso voltar a aprovar uma explicação antifundacionalista e mais cética em relação ao direito.

---

[62] Cf. Minda (1995b, p. 95).
[63] Cf. Mercuro; Medema (2006, p. 94).
[64] Cf. Macedo Júnior (2010, p. 07).

No início do movimento, a economia era utilizada de forma mais pragmática, servindo para comprovar a utilidade das regras, mas sem as pretensões de deduzir características do direito a partir da economia (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 10). Para Posner, o pragmatismo passa a representar a "melhor alternativa pós-moderna para lidar com a 'incredulidade' das pretensões científicas da primeira escola da Análise Econômica do Direito" (MINDA, 1995, p. 103). Dá-se, assim, a **virada pragmática** de Posner.

Não se trata, contudo, de uma simples "mudança" para o pragmatismo. Afinal, como vimos no capítulo anterior, o que hoje chamamos de pragmatismo é resultado de ideias do pragmatismo clássico que subsistiram com o tempo e de releituras fragmentárias pós-modernas, feitas no âmbito da filosofia em geral e da filosofia do direito, o que reforça, aqui, a importância da reconstrução histórica acima exposta.

Conquanto no objeto do presente estudo caiba tão somente uma apresentação da retomada do pragmatismo pela AED, é preciso deixar claro que a virada pragmática constitui uma das mais ambiciosas tentativas de adaptação-correção (e neste sentido também de preservação) do movimento no qual Posner se consagrou. A partir dela se buscará a reavaliação das pretensões de cientificidade e de objetividade que dominaram a primeira etapa do movimento da AED.

A virada pragmática de Posner está associada uma série de artigos, boa parte republicada na trilogia de obras *The Problems of Jurisprudence* (PJ, 1990), *Overcoming Law* (OL, 1995) e *The Problematics of Moral and Legal Theory* (PMT, 1998d), culminando em três importantes reflexões-síntese: *Frontiers of Legal Theory* (FLT, 2001), *Law, Pragmatism and Democracy*, (LPD, 2003a) e *How Judges Think* (HT, 2008), cujo conteúdo será apresentado ao longo do texto[65].

Como se verá, algumas concepções de Posner sofrerão alterações ao longo de sua obra, o que demonstra, ao mesmo tempo, o interesse do autor em se manter atualizado com o pensamento jusfilosófico que o circunda e a falta de rigor metodológico com que insere novos posicionamentos sobre um mesmo tema, como por exemplo, a importância da economia e do formalismo no processo decisório.

---

[65] Para efeitos desta pesquisa, utilizaremos as versões em português das seguintes obras: *The Problems of Jurisprudence*, traduzida para *Problemas de Filosofia do Direito* (2007) e *Overcoming Law*, traduzida recentemente como *Para Além do Direito* (2009). Para *The Problematics of Moral and Legal Theory*, utilizaremos tanto a versão em artigo, publicada em 1998, como a segunda edição em livro, publicada em 2002.

O objetivo do presente capítulo será apresentar como se construiu a visão de Richard Posner sobre o pragmatismo jurídico a partir da revisão dos pressupostos da AED, denominada aqui como virada pragmática. A partir da assunção do viés pragmático, veremos como Posner insere as ideias das escolas filosóficas e jurídicas pragmáticas enunciadas no capítulo anterior, em favor de uma concepção própria de pragmatismo, o **pragmatismo cotidiano**. Em seguida, analisaremos como Posner trabalha o pragmatismo jurídico a partir de um caso difícil como o polêmico *Roe v. Wade*. Tal apresentação de ideias será determinante para a análise das objeções de seu pragmatismo jurídico por Ronald Dworkin no terceiro capítulo desta dissertação.

2.1 O que levou Posner à guinada pragmática?

Na década de 1960, os adeptos da análise econômica do direito olharam em direção à ciência econômica, no intuito de buscar a autoridade e a autonomia perdidas no discurso jurídico. De todas as ciências sociais, a economia lhes parecia o candidato mais promissor para oferecer as respostas que as escolas do direito que antecederam este movimento não puderam proporcionar. Na explicação de Posner:

> "[...] a economia tem uma qualidade decididamente positiva, como o demonstra a predileção dos economistas por hipóteses 'como se': por exemplo, a hipótese de que a melhor explicação da responsabilidade civil do *common law* é aquela segundo a qual é 'como se' os juízes estivessem tentando maximizar a riqueza" (2007a, p. 488).

Em *Economic Analysis of Law*, lançada em 1973, Posner concebeu a AED como "a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-las em bases objetivas" (PJ, 2007b, p. 473) [66].

[66] Como resume Ryerson (2009): "Posner suggested that common law – the judge made body of decisions that governs tort, property and contract law – can be understood as a tool for promoting social wealth. A law that interferes with free bargaining will draw challenges in the courts, since it constrains people from buying and selling as they wish and thus from advancing their interests. On the other hand, a law that does not obstruct free bargaining will remain on the books, season and become precedent (…) When deciding truly novel cases, judges should not think of their task as preventing harm by honoring rights, but rather as distributing rights and harms in the same way that a free market would have done. (…) a judge ought to determine which part would have acquired the right to the property by bargaining for it in a perfectly free market. When judges distribute rights in the way that an ideal market would, they, like the market, are maximizing total social wealth". Cf. também Salama (2009).

A AED, em sua primeira fase conhecida como **Escola de Chicago**, propunha uma abordagem de certo modo **pragmática**, propondo uma lógica instrumental desenvolvida a partir da ciência econômica para resolver os problemas da filosofia do direito tradicional e, assim, compreender como os Tribunais funcionam e quais são os efeitos desse funcionamento sobre o comportamento individual dos cidadãos.

Ao mesmo tempo, mantinha uma fé **formalista** no sentido que seria possível deduzir as características básicas do direito a partir da teoria econômica. Nesse sentido, a AED pode-se definir como "aplicação da teoria econômica, especialmente da microeconomia e dos conceitos básicos de economia de bem-estar, para examinar a formação, estrutura, processo e impacto econômico no direito e nas instituições jurídicas" (MEDEMA; MERCURO, 2006, p. 01).

Há, porém, um verdadeiro paradoxo nesta dupla herança que pretenderia combinar o formalismo com o *progressivismo* antiformalista do realismo jurídico[67]. Esta característica é certamente relevante para compreender as ambiguidades e oscilações da AED.

A hostilidade contra os princípios tais como equidade e justiça, exibe outra característica forte do pragmatismo do movimento inicial da AED. É por isso que a primeira geração de escritores, fiel à lógica de neutralidade e objetividade que caracterizam a microeconomia em geral, se recusou a apresentar considerações normativas e ideológicas em suas investigações do processo legal de tomada de decisão.

Os primeiros escritos da AED limitavam-se à **análise descritiva do direito**. Havia interesse na forma do direito e como ele evoluía, e não como ele *deveria* ser. Segundo esta perspectiva, a ética jurídica era considerada como uma questão subjetiva, retórica e arbitrária e não havia espaço para isso na economia. A razão desta descrença é fundamentalmente **pragmática**: qualquer conceito que não possa ser quantificado, formalizado ou definido por meio da ciência econômica, tais como os princípios acima indicados, seria considerado suspeito e sem valor.

---

[67] Cf. Minda (1995b, p. 84). Embora o pragmatismo compartilhe com o realismo jurídico o antifundacionalismo, o pragmatismo difere do realismo, na afirmação de Posner porque lhe "faltam os compromissos políticos dos realistas" Posner tentará defender o pragmatismo como "uma tradição, uma atitude e perspectiva de um corpo de doutrina" é mais um estado de espírito do que uma filosofia substantiva. Posner insiste em que o pragmatismo "não tem valência política inerente" (LPD, 2003a, pp. 23 e 84).

Entretanto, as dificuldades para verificação empírica desta tese deslocaram a AED em direção a uma **teoria normativa**: se não é possível comprovar pela observação de que o direito anglo-saxão é eficiente, uma alternativa é afirmar que ele **deve ser eficiente**. A distinção entre o descrito e o normativo, entre explicar o mundo como ele é e tentar mudá-lo para torná-lo melhor, é fundamental para a compreensão da AED, segundo Posner (1979a, p. 285).

Posner diz que a AED possui três aspectos importantes: **i) heurístico**, pois visa mostrar unidades subjacentes nas doutrinas e instituições jurídicas; **ii) descritivo**, por procurar identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas, instituições e as causas econômicas das mudanças jurídicas; **iii) normativo**, ao aconselhar os juízes e outros responsáveis políticos sobre os métodos mais eficientes de conduta regular pelo direito (2004a, p. 04). Em síntese, sua abordagem permite que a economia seja vista como ferramenta para entender e reformar as práticas sociais e não apenas um sistema formal de complexidade matemática (2007a, p. XXI).

A **maximização da riqueza** torna-se, então, uma concepção substantiva positiva sobre o direito. Posner a explica da seguinte forma: o modelo de comportamento humano é o do "ator-racional", segundo o qual cada ator escolherá a ação que maximizará sua utilidade pessoal esperada, o que pode refletir uma preocupação com o bem estar de outros. O pressuposto básico da AED é o de que todas as pessoas são "maximizadoras" racionais de suas satisfações, monetárias ou não-monetárias[68], jurídicas ou não-jurídicas.

Disto foram derivados três grandes princípios: **i)** a relação inversa entre preço e demanda; **ii)** o custo de oportunidade, isto é, o que se perde ao empregar um recurso de forma a negar a sua utilização para outra pessoa e; **iii)** a tendência dos recursos girarem em torno do seu uso mais valioso no livre mercado[69]. Há **eficiência**, portanto, quando os recursos são dispostos sob o seu uso mais valioso. Este é o padrão normativo básico da análise econômica do direito.

Na esfera jurídica, a legislação, fruto da atividade dos legisladores, é resultado de uma negociação em torno de interesses a serem satisfeitos. Tal negociação não é plenamente desenvolvida, de modo que compete aos juízes interpretar as negociações incorporadas à legislação e solucionar os litígios delas decorrente de forma legítima.

[68] "The concept of man as a rational maximizer implies that people respond to incentives – that if a person's surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so" (POSNER, PJ, 2007b, p. 04).
[69] Cf. Minda (1995b, p. 89).

Compete, pois, ao direito, "promover e facilitar o advento dos mercados competitivos, bem como simular os resultados destes em situações nas quais os custos de transação mercadológica sejam proibitivos" (POSNER, OL, 2009, p. 426).

O papel do Estado, por meio do direito, é o de eliminar as externalidades, isto é, as consequências positivas e negativas decorrentes de comportamentos que não geram resultados eficientes por si próprios. A eficiência de mercado seria o padrão normativo de avaliação do direito e do processo decisório eficiente. Desse modo, juízes agiriam em torno da maximização da riqueza da sociedade, isto é, "[d]a soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, resultado do sopesamento dos preços ofertados [...] e dos preços solicitados" (POSNER, PJ, 2007b, p. 477).

A maximização de riqueza é distinta da concepção **utilitarista** de felicidade[70], não obstante Posner reconheça que ambas estão relacionadas: compartilham o valor moral das preferências e desejos individuais (POSNER, 1985, pp. 96-99) [71].

O sistema de maximização de riqueza consiste em que as instituições facilitem (ou proporcionem quando isto for inviável), as operações do mercado livre e, assim, maximizem o comportamento autônomo e em busca de utilidade. Por procurar pela utilidade no mercado, exige induzir os outros a entrar em transações que lhes sejam

[70] O **utilitarismo** trata do conjunto de teorias que postula que nada, entre os humanos, é mais desejado em si mesmo do que o próprio prazer. As construções teóricas utilitarista supõem que as pessoas tem como finalidade a obtenção de prazer e, consequentemente, a diminuição da dor. Não há hierarquia entre os prazeres, isto é, um prazer não é considerado como superior ou inferior a outro. Os atos dos indivíduos são adequados quando maximizam o prazer e minimizam a dor. No âmbito social, as regras de organização devem levar em conta a satisfação e a felicidade do maior número possível de pessoas. No direito, o utilitarismo nasceu com vínculos do pensamento liberal, como com Jeremy Bentham (1748-1832). Bentham o desenvolveu como uma filosofia moral, que sustentava que o acerto ou o erro de uma ação deveria ser julgado inteiramente em termos de suas consequências (os motivos da ação aqui, seriam irrelevantes), de modo que boas consequências traziam felicidade, enquanto más consequências, dor. Pretendia-se julgar, assim, toda a ação por sua utilidade, isto é, por sua capacidade de provocar consequências de determinado tipo, algo que não se fincava como ideia abstrata, mas que encontrava fundamentação na própria experiência humana. O cálculo das consequências se dava pelo seguinte princípio: "cada um deve ser contado como um, e ninguém como mais de um". John Stuart Mill (1806-1873), adotou um ponto de vista segundo o qual o exercício da atividade política não poderia ser restrito, já que se referia a proporcionar a felicidade ao maior número possível de cidadãos, razão pela qual foi incentivador do voto feminino. Nesse sentido, a liberdade era uma forma de expressão política e era nesta esfera onde a negociação dos diversos pontos de vista favoreciam a busca incessante por *verdades*, predestinadas à contínua satisfação das necessidades da humanidade (MAGEE, 1999, pp. 182-185).

[71] Já em após sua virada pragmática, Posner reconhece que, tendo em vista que a "utilidade", no sentido filosófico expresso na nota anterior é mais difícil de avaliar do que a riqueza (esta em termos técnicos econômicos e sistematizados), um sistema de maximização de riqueza pode parecer simples substituto do sistema utilitarista, mas vai além disso: é uma ética de produtividade e cooperação social, pois depende da oferta de bens que as pessoas valorizem, muito embora reconheça que externalidades do "mercado" (como a sorte e a piora de situação das pessoas) impeçam a verificação descritiva desta teoria, o que levou à sua revisão pela segunda geração da AED. Cf. Posner (PJ, 2007b, pp. 525-526).

vantajosas, e assim a riqueza seja transferida para aqueles que detem os meios de produção.

Da mesma forma, aqueles que não têm ativos produtivos não tem direito a nenhuma reivindicação ética sobre os bens dos outros (POSNER, 1980a, p. 497). Isso não é necessariamente um resultado que maximiza a utilidade, tal como no **utilitarismo**, que avalia uma ação exclusivamente em função de suas consequências. A maximização de riqueza é, ao revés, orientada à geração de consequências mais eficientes do ponto de vista econômico (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 02).

Esta visão da AED, portanto, apresenta um "**consequencialismo eficientista**". Em um sistema de maximização, os recursos são eficientemente alocados judicialmente quando não há realocação aparente para aumentar a riqueza da sociedade (POSNER, 1980b, p. 243). Sendo assim, os juízes devem estipular regras procedimentais para resolver litígios nos diversos campos do direito, com o máximo de eficiência, especialmente no que tange a segurança, a propriedade e as transações, o que levou Posner a constatar que "o direito anglo-saxão tende a tornar-se eficiente[72]" (POSNER, 1987b, p. 05; PJ, 2007b, pag. 484).

Além disso, a teoria econômica aplicada ao direito nesta primeira geração da AED enxerga o indivíduo como alguém que fundamenta suas decisões nos custos e benefícios vinculados a diversas possibilidades de ação (POSNER, 2009, p. 16). Essa **análise de custo e benefício** – método economicista de determinar que curso de ação tomar – é, para Posner, uma forma disciplinada de medir as consequências dos cursos alternativos e de escolher aquela que parece produzir maior excedente de boas consequências que possam ser redistribuídas (POSNER, 2008, p. 252).

A AED identifica as consequências das decisões judiciais por meio do cálculo de custo e benefício, mas deixa a cargo do juiz a tarefa de medir o peso que será dado a essas consequências. Isto porque o economista de fato não está envolvido na tarefa de dizer aos responsáveis políticos quanto peso atribuir a fatores econômicos (POSNER, 1979a, p. 287). Tal avaliação compete ao magistrado, e compreende essencialmente a atenção em relação a eventuais danos a serem causados pela insegurança jurídica provocada por uma mudança

[72] Como teoria de justiça, o eficienticismo de Posner (inspirado na acepção de eficiência de Kaldor-Hicks e da ideia de compensação *ex ante*) indica que "o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização da riqueza da sociedade", o que "permite uma reconciliação entre utilidade, liberdade e até mesmo igualdade, como princípios que tradicionalmente competem entre si" (SALAMA, 2009).

brusca de orientação jurisprudencial, isto é, a avaliação de custo e benefício de se seguir ou não os precedentes (POSNER, 2004b, p. 152).

No entanto, ao enfocar a dinâmica dos mecanismos mercadológicos aplicada a comportamentos não-mercadológicos (como a criminalidade e a sexualidade), a primeira geração da AED deu menor atenção à estrutura normativa do direito, em supervalorizando as consequências comportamentais dos diferentes sistemas de regras.

Deste modo, ao defender que o direito conduz o sistema econômico para mais perto da produção dos resultados do que uma concorrência efetiva, que opera no mercado livre e sem externalidades significativas, monopólios, ou problemas de informação (POSNER, 1979a, p. 288-289) a AED deixou de explicar como e por que isso deveria se dar de fato nos sistemas jurídicos.

Ronald Dworkin, um dos principais e mais influentes filósofos do direito norte-americano da atualidade, criticou a AED justamente por se fazer uma **teoria incompleta**: ao determinar a alocação de recursos no mercado, é preciso saber como se dá a atribuição de direitos a esses recursos, porque é a afirmação desses direitos que determinará a alocação dos recursos, e não o contrário. Porém, como a AED concentra-se apenas no fundamento da eficiência econômica e no valor da riqueza, ignora os direitos dos litigantes de verem seus direitos devidamente justificados e, assim, não consegue realizar a sua própria proposta de predizer a alocação de recursos[73].

A **eficiência**, no princípio, era mais vista como **um meio** a serviço do regime geral de maximização das oportunidades, servindo para que todos possam exercer a sua concepção do bem. E, uma vez que, como no pragmatismo, os meios investigativos se justificam se se provarem como melhor caminho prático para uma consequência desejada, o compromisso com a AED implicava não haver alternativa melhor à prática jurídica[74], que não a utilização dos métodos da economia.

Mas, o perigo disto é que o **direito** como um todo passa a ser visto **como meio** a serviço do objetivo último social, a eficiência. Progressivamente, a eficiência se tranforma em um valor supremo que deve ser defendido como um fim em si mesmo. A maximização da riqueza deixa de ser apenas instrumental e torna-se fundamental.

---

[73] Esta crítica é conhecida como primeiro debate entre Posner e Dworkin, a qual não será objeto de aprofundamento em razão dos limites do tema proposto na introdução do presente estudo. Cf. Dworkin (2005, pp. 351-434, caps. 12 e 13; 2007, pp. 151-158). Sobre o reconhecimento e contra-argumentação das críticas cf. Posner (1980b, pp. 243-252; 1985, pp. 85-105; 2007c, pp. 09-13).

[74] Cf. Rosenfeld (1996, p. 112).

Há, nesse sentido, um distanciamento do caráter pragmático com o qual a AED surgiu no meio acadêmico. A **maximização da riqueza** aparece como a **própria moral** do direito. Por tal razão, seus adeptos foram obrigados a explicar por que um critério extrajurídico poderia ser mais valioso do que os critérios propriamente derivados do direito.

Posner, por exemplo, sustentou que o **consenso garantiria a normatividade da maximização de riqueza**, precisamente porque juízes lidam com problemas jurídicos por meio de métodos em que as considerações redistributivas não são salientes. Isso significa que o consenso (ou *compensação ex ante*, em termos econômicos) poderia ser presumido, mas ao mesmo tempo quer dizer que os grupos politicamente influentes não poderiam fazer nada melhor do que se apoiar as políticas eficientes (1980a, p. 488).

No entanto, justificar isso definitivamente não foi uma tarefa fácil e as tentativas de impor um valor econômico sobre o direito permanecem exceções, especialmente quando se trata de reconhecer a eficiência como valor fundante para a teoria política e jurídica (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 08).

Como nota Posner, essa crítica se deve ao fato de que o objetivo da ciência, inclusive a ciência econômica, é explicar fenômenos aparentemente desconectados, por referência a um modelo teórico, e o poder de uma explicação científica pode ser expresso como a relação entre os diferentes fenômenos explicados com o número de hipóteses da **teoria**. Uma teoria simples tende a produzir as hipóteses de um problema complexo (uma teoria complexa é mais difícil de falsificar e, portanto, para confirmar) e, se essas hipóteses sobreviverem à sua confrontação com os dados empíricos, seu poder de organizar diversos fenômenos será confirmado. O consenso em torno da maximização de riqueza é, assim, uma hipótese a ser comprovada (POSNER, 1979a, p. 301).

O jurista, contudo, não é orientado no sentido de encontrar uma estrutura teórica simples, que econômica quer não, sob "um emaranhado complexo e desordenado das regras jurídicas". Ele pode observar e lamentar inconsistências lógicas dentro da confusão do direito, mas a ideia de que este poderia esconder em seu interior, **a lógica econômica de consenso ou compensação *ex ante* é aplicável apenas a contextos limitados**, de modo que tal ideia parece "pretensiosa e imodesta" (POSNER, 1979a, pp. 301-302; 1980b, p. 252).

Ademais, o desconhecimento por parte dos juízes dos fundamentos econômicos, a dificuldade de tradução do "bem estar econômico", do "homem enquanto maximizador

racional" como dogmas jurídicos e a influência do discurso neoliberal são apenas alguns exemplos dos problemas decorrentes da transposição das abstrações do cientificismo econômico para o direito[75].

A primeira geração da AED tomou a direção de uma modalidade de formalismo jurídico. Conforme admitido pelo próprio Posner (OL, 2009, p. 02), a AED acabou por substituir o **conceitualismo jurídico** (contra a qual inicialmente se revoltou) pelo **conceitualismo econômico**. Tornou-se uma abordagem afastada do mundo dos fatos, tanto quanto fez o formalismo jurídico no início do século XX.

Foi assim que, em meados dos anos 1980 surge a **Escola de New Haven**, ou Escola Reformista[76], segunda fase da AED. Durante esta fase, ocorre a flexibilização do modelo econômico da Escola de Chicago, adequando-o a parâmetros menos rígidos, porém mais úteis ao direito. Neste segundo período, a economia é utilizada de forma mais pragmática, servindo para comprovar a utilidade das regras, mas sem as pretensões de deduzir características do direito a partir da economia ou de que a verdade e o conhecimento pudessem ser explicados pela perspectiva objetiva econômica[77].

Há um retorno à tradição realista de Oliver Wendell Holmes, passando-se a admitir a **indeterminabilidade do direito**, de tal sorte que não se poderia pretender que fosse regrada pela análise da economia, determinada e científica. Sob tal perspectiva, a economia passa a ser útil para observações empíricas do **comportamento jurídico**, não tendo mais a pretensão de desenvolvimento de um critério impessoal e objetivo para a análise do direito[78].

Neste novo momento, a AED demonstra-se decididamente cética sobre o cientificismo e as pretensões formalistas da primeira geração, admitindo a convergência possível deste modelo de análise não apenas com os pressupostos do liberalismo conservador da primeira fase, mas também com a fundamentação da análise e da intervenção regulatória do Estado de Bem-Estar Social. A abordagem institucional e o

---

[75] Cf. Posner (HT, 2008, p. 237); Rosa (2009, p. 85).

[76] Formada por professores da Universidade de Yale, Os membros desta escola orientaram os seus estudos especialmente para o moderno estado regulatório constituído pelo *Welfare State*. A base de sua abordagem é formada pela combinação das tradições intelectuais como a "*social choice theory*" e análise de políticas publicas. Cf. Mercuro; Medema (2006, pp. 79-83).

[77] Cf. Macedo Júnior (2010, p. 10); Minda (1995b, p. 85-86).

[78] Hoje, a pretensão comportamental é a metodologia dominante para os adeptos da segunda geração. Tal pretensão ecoará nos estudos de Posner sobre o comportamento dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, como se nota em sua obra *How judges think* (2008, especialmente pp. 19-56).

estudo do comportamento das burocracias, dos contratos relacionais, assim como o papel da decisão judicial ganham maior espaço em relação ao formalismo do primeiro período. A qualidade da pesquisa econômica, desde logo, passa a ser avaliada em razão de sua capacidade de dar respostas práticas a problemas concretos (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 11).

A segunda geração da AED é mais modesta nas suas pretensões normativas. Simplesmente afirma que o direito pode ser compreendido como um sistema racional de comportamento, fundamentado em interesses econômicos. Ao rejeitar a ideia de eficiência como fundação do direito, seus adeptos abraçam uma **hipótese intuitiva**, de "senso comum", uma perspectiva instrumental, direcionada às necessidades humanas, que pretende apenas que a eficiência econômica seja a melhor abordagem do direito norte-americano (MINDA, 1995b, pp. 99-100).

A abordagem dominante da segunda geração da AED é **comportamental**, segundo a qual o cálculo individual e racional de custo e benefício é a melhor chave para compreender e avaliar a natureza das relações jurídicas. A ideologia do movimento é mais bem explicada em termos de uma visão de mundo particular, que assume que a racionalidade e os interesses individualistas dos sujeitos jurídicos são as melhores ferramentas para compreensão do direito e da decisão judicial (MINDA, 1995b, p. 100).

Embora nem sempre o comportamento das pessoas seja direcionado à eficiência, os adeptos da segunda geração da AED entendem que o comportamento das pessoas se dá sempre como produto de uma **razão pragmática**. A ideia de que o direito é pragmático caracteriza a visão desta segunda geração, a qual aceitou a possibilidade de desenvolver uma subjetividade pragmática para resolver os problemas difíceis do direito.

Sua abordagem pragmática e econômica afirma que a análise jurídica deve se dar na forma das ciências aplicadas, de tal sorte que o exame dos fenômenos deva ser explicado com base em testes de hipóteses. Esse **abrandamento da perspectiva científica** da primeira geração pressupõe que se descubra uma base estável para a justificação de resultados jurídicos pela universalização de proposições jurídicas, extraídas de exemplos hipotéticos estruturados por assunções comportamentais sobre motivações econômicas dos indivíduos[79].

Alguns adeptos contemporâneos da AED argumentam que a visão econômica deve ser complementada com ideias da psicologia e da sociologia, enquanto outros buscam

[79] Cf. Minda (1995b, pp. 100-101).

qualificar a análise econômica, destacando suas limitações, o que denota uma proposta mais **interdisciplinar** de análise do direito. Outras avaliações surgiram da explicação burocrática do comportamento pela teoria dos jogos, na tentativa de tornar a análise econômica mais realista quanto ao entendimento da relação entre substância e processo, rejeitando-se o formalismo economicista da primeira geração.

Foi assim que, na década de 1990, Richard Posner acetinou sua visão econômica do direito e do processo decisório, adotando uma **perspectiva mais pragmática**. Seus trabalhos mais recentes podem ser considerados como a manifestação mais representativa de uma atitude que consiste em se afastar das considerações normativas e ideológicas da Escola de Chicago em nome de um direcionamento maior à análise do mundo dos fatos.

Ao contrário da primeira geração da AED, preocupada com o fornecimento de provas das propriedades de eficiência inerentes ao direito anglo-saxão, Posner acusa agora o sistema jurídico de "olhar muito para trás" ao invés de avançar, insistindo em fundamentar questões como a certeza jurídica, a autoridade do direito, dando pouca atenção às consequências das decisões e às fontes extrajurídicas de conhecimento.

A partir desta **guinada pragmática**, Posner passa a defender uma **visão consequencialista** (*forward-looking*) e, num certo sentido, baseada no senso comum, mais do que numa **teoria** estrutural ou **fundacional**. O seu novo pragmatismo enfatiza a importância da linguagem e vê com desconfiança os ideais de cientificidade e objetividade. Insiste que o direito e a economia devam ser julgados por sua conformidade com as necessidades sociais ao invés de critérios objetivos e impessoais. Decisões judiciais devem visar o bem-estar público, sendo certo que a integridade doutrinária ou a elegância intelectual são desejáveis somente se elas contribuírem para o bem-estar.

A influência do neopragmatismo é sentida no pragmatismo de Posner. Como visto no primeiro capítulo, o neopragmatismo se preocupa com soluções práticas para os problemas, mas não com a descoberta do que tais "realmente são". Aplicado à AED, o neopragmatismo é menos preocupado em manter a objetividade e a consistência jurídicas do que com encontrar resultados "que funcionem". A atitude neopragmática aplicada ao direito também é cética com relação às pretensões da teoria econômica, ao mesmo tempo em que é mergulhado nos usos experimentais e preditivo da economia. Está interessado nos métodos empíricos e nas propriedades factuais dos fenômenos apenas na medida em que este conhecimento sirva instrumentalmente para resolver algum problema.

Se na obra *Economic Analysis of Law*, em 1973, Posner acreditava que os juízes pudessem discernir economicamente respostas corretas para os problemas jurídicos consultando conceitos de teoria econômica, com sua virada pragmática, marcada pela edição da obra *The Problems of Jurisprudence*, em 1990, Posner se torna mais **cético** sobre a possibilidade de haver **respostas corretas no direito**. Ele recorre à economia por razões "puramente instrumentais, práticas e não teóricas" (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. 17), tal como proposto no neopragmatismo.

Posner se move, portanto, **de uma lógica dos fins para uma lógica dos meios**. Ele passa então a admitir que a eficiência e a maximização da riqueza não podem ser fundamentos para seu pragmatismo jurídico, mas apenas instrumentos para avaliar a solidez das decisões jurídicas, regras e instituições. Desta sorte, o alcance da economia é limitado a ser apenas um método pragmatista, que funciona bem apenas quando há consenso moderado sobre as preferências e valores, isto é, quando a situação se adapta com maior facilidade ao modelo econômico proposto pela primeira geração da AED[80].

Basicamente, o que se extrai da virada pragmática da AED é que a eficiência é agora entendida num sentido muito mais amplo do que a maximização da riqueza. Ele será definida em termos de consequências jurídicas das decisões ou instituições produzidas no mundo dos fatos. O que interessará, então, *será descobrir quais decisões produzirão as melhores consequências.* Estes podem ser consequências de longo e curto prazo, eles podem ser sistêmicas ou individuais.

Como se verá a partir dos próximos itens, no pragmatismo jurídico esboçado por Posner, o que significa concretamente o "melhor" não parece ser mais a questão principal. Querer tornar o direito pragmático poderá, portanto, significar todo tipo de coisa, e **à eficiência poderá ser atribuído qualquer sentido**: o que importa é que o critério seja viável, seja a economia, a hermenêutica, a retórica, narrativa, filosofia ou literatura imaginativa; o seu conteúdo específico é irrelevante. O pragmatismo jurídico de Posner não adere a nenhuma escola filosófica ou teórica específica e critica os dogmáticos que o fazem (Luban, 1996a, p. 1005)

[80] Por exemplo, Posner acredita que há mais homogeneidade em setores como a lei antitruste, a regulamentação ambiental, na prova dos prejuízos comerciais, simplesmente por serem temas que abrangem um consenso sobre a ideia de mercado livre, amplamente difundida nos Estados Unidos – (1987, p. 03; HT, 2008, p. 237). Desta forma, a AED ainda explica bem doutrinas jurídicas numa variedade de campos como o direito comercial, responsabilidade civil, contratos, direito penal, propriedade intelectual, meio ambiente e direito do trabalho (POSNER, HT, 2008, p. 237).

Nesses termos, vale aqui a caracterização de Luban do pragmatismo jurídico como **ecletismo**[81], uma vez que ele pode ser atingido virtualmente por qualquer concepção ou abordagem. O pragmatista desconfia das pretensões teóricas totalizantes, ao mesmo tempo em que está disposto a dar a atenção a todas as teorias [desde que 'empíricas'], e se apropriar de ideias vindas de qualquer fonte, desde que lhe pareçam úteis (Luban, 1996b, p. 43). Ele apresenta tantas variáveis que nunca podemos realmente verificar simultaneamente, como o temperamento de cada juiz, psicologia, ideologia, política e outras preferências, experiência de vida, e predisposições, que se torna uma teoria que é impossível refutar (GERHARDT, 2009, p. 2194), e que comporão a sua concepção peculiar de pragmatismo jurídico.

2.2 O pragmatismo jurídico de Richard Posner

Pode-se dizer que o pragmatismo jurídico de Posner tem um caráter involuntariamente pós-moderno: seus artigos e livros de filosofia e teoria do direito são um **pastiche** dos grandes expoentes filosóficos citados na forma jurídica mais tradicional, combinado com uma nostalgia quase religiosa do raciocínio intuitivo e do senso comum, apresentado pela filosofia neopragmática esboçada no primeiro capítulo.

Em alguns aspectos, como veremos adiante, o trabalho pragmático de Posner continua a refletir uma atitude progressiva, em que a lógica da ação característica do primeiro movimento da AED ainda está presente. Para ele, não existe nada que se possa chamar de **raciocínio jurídico**, uma vez que juristas resolvem os problemas jurídicos mediante uso da lógica simples e de métodos de razão prática aos que todos recorrem no cotidiano (POSNER, PJ, 2007b, p. 613).

[81] Farber, defensor do pragmatismo, também acredita que esta concepção implica um certo grau de ecletismo, na medida em que não proporciona nenhuma razão para excluir a consideração da intenção original dos legisladores, o precedente, a filosofia, a ciência social ou qualquer coisa que possa ser considerada como "apropriada para auxiliar na solução de um caso difícil". E embora isso possa ser considerado muito amplo, para ele ainda é possível identificar no caso concreto a solução mais razoável, uma vez que os juízes tem experiência suficiente para encontrá-la. (1995, p. 169). Cf. também Arguelhes; Leal (2009, p. 181).

A compreensão do direito esboçada por Posner pretende anunciar a distante "**tradição holmesiana**[82]**"**, uma tradição que fez de Holmes o primeiro pensador pragmático jurídico nos Estados Unidos. Ele argumenta que Holmes estava no caminho certo quando propôs que "**o direito é a previsão daquilo que os juízes farão quando se virem diante de um caso específico**", ideia que ficou conhecida como teoria da atividade ou da previsão (PJ, 2007b, pp. 295-296).

Refinando tal postulado, Posner afirma que o direito não é algo que os juízes descobrem, mas o nome de sua própria atividade; "é o **conjunto de hipóteses** que advogados e juízes de tribunais inferiores propõem a propósito de regularidades no comportamento dos juízes dos tribunais superiores" (PJ, 2007b, p. 301). Para Posner, os juízes, ao decidirem seus casos, criam a teoria do direito, de modo que o direito é o que os juízes fazem e também a previsão do que os juízes farão.

O direito não consiste apenas em uma caixa aberta quando surge uma questão jurídica, na esperança de encontrar a resposta dentro dela. Saber se o direito consiste em um conjunto de regras, mas também em considerações morais e, especialmente, políticas, para as quais os juízes se voltam quando as regras se esgotam é, para Posner, uma "manobra no jogo político e ideológico" (PJ, 2007b, p. 302).

Diz isto porque o termo *não jurídico* é pejorativo, e os juízes querem ocultar o excesso de discricionariedade judicial, a fim de darem às suas decisões uma aura mais ***objetiva***, menos política, com mais autoridade. Na verdade, sugere Posner, isso não passa de uma luta contra moinhos de vento, pois o público pode até ser indiferente ao processo decisório, mas não ao resultado das decisões (PJ, 2007b, p. 302).

Dessa forma, em algum ponto argumentativo de um caso realmente difícil, o advogado não poderia dizer ao juiz que esgotou os argumentos jurídicos e que passaria a falar em considerações não jurídicas que influenciem a decisão ou que, na falta de lei que se aplique ao caso concreto todos devem abandonar o tribunal e ir para casa. Os juízes

---

[82] PJ, 2007b, pp.38, 225-227 e 321-327 (sobre a importância da concepção comportamental do direito sustentada por Holmes). Posner alega, entretanto, que o **pragmatismo jurídico se afasta do realismo jurídico**, na medida em que o primeiro não tem o mesmo impulso político que o segundo, sendo desvinculado de políticas públicas do Estado, tal como o realismo foi do *New Deal*. Cf. Posner (LPD, 2003a, p. 87). Este movimento, segundo Posner, feneceu por ter se excedido na concepção de abertura e **indeterminação do direito** e no voluntarismo dos juízes, quer na forma de políticas públicas, quer em seus preconceitos e teimosias (OL, 2009, p. 02; HT, 2008, p. 112). O pragmatismo, ao contrário, não tem valência política inerente. Fundamenta-se, segundo Posner, nos avanços em economia, teoria dos jogos, ciência política, e outras disciplinas científico-sociais, em vez de preferências e aversões políticas (POSNER, LPD, 2003a, p. 84).

devem decidir até mesmo os casos mais complicados, desde que pertençam à sua jurisdição. Isso implica que qualquer consideração, qualquer que seja a sua fonte, se do direito positivo ou do direito natural, será legítima para a criação do direito e a decisão do juiz (POSNER, PJ, 2007b, pp. 310-311).

Posner entende que a reflexão sobre o direito não deve se situar antes da solução das disputas jurídicas, uma vez que **não existe direito independentemente do processo** pelo qual os deveres e as sanções jurídicas são impostos às pessoas a ele sujeitas. A sequência reversa, para ele, é mais iluminadora. Isto porque, embora a atividade dos juízes seja resolver litígios e atender às necessidades sociais, nem sempre a melhor solução será a resolução da disputa. O melhor a fazer, diz Posner, é deixar o conflito se assentar por si próprio. Outras disputas, porém, requerem solução imediata, e então os juízes devem fazer o melhor que podem, usando quaisquer informações que lhe sejam passadas pelos advogados, sua própria memória, leitura e experiência. É a esse processo inarticulado e sem rigor que, para Posner, damos o nome de direito (PJ, 2007b, pp. 311-312).

Com isso, Posner justifica a **ênfase na decisão judicial**, bem como a exploração de argumentos não positivados pelo direito. Defende, assim, uma **teoria do direito mais flexível**, que se interesse por investigações empíricas e que, ao mesmo tempo, rejeita a busca por unidade, ordem e por um método integrador[83].

Em sua obra *The Problems of Jurisprudence*, Posner renuncia em parte ao formalismo econômico da AED em favor de uma **alternativa pragmática**, a melhor saída para lidar com a incredulidade das pretensões científicas da primeira geração da AED.

Ele oferece a seus leitores um **Manifesto Pragmático**, que propõe "um meio termo entre o formalismo e o realismo na filosofia do direito norte-americano" (MINDA, 1995a, p. 374), que reúne tanto concepções clássicas como neopragmáticas. Como ele mesmo sugere, emprega o termo "pragmático" para se referir às teorias dos filósofos pragmatistas norte-americanos, em especial Peirce, James, Dewey, Mead Kuhn e Rorty (POSNER, PJ, 2007b, p. 39), embora seja difícil dizer que, de fato, haja uma "tradição pragmática" (POSNER, PJ, 2007b, p. 618).

Posner diz adotar a vertente pragmática que enfatiza as **virtudes científicas**. Em sua visão, o mérito da análise jurídica deve ser testado sobre "o que funciona"**,** maximizando os objetivos e aspirações humanas. O direito precisa de um **espírito mais**

[83] Cf. Macedo Júnior (2010, p. 16); Minda (1995b, p. 102).

científico do que tem – o espírito da investigação, desafio, falibilidade, flexibilidade, respeito aos fatos e aceitação das mudanças (POSNER, PJ, 2007b, p. 622).

Mas isso não quer dizer ciência enquanto dogma ou teoria, mas enquanto pesquisa feita com imparcialidade, que coloca o processo de investigação acima dos próprios resultados, **rejeitando, assim, conceitualismos metafísicos e dogmáticos**. Assim, conceitos como intenção e livre-arbítrio às vezes, mais atrapalham do que auxiliam na tomada de uma decisão judicial. São os chamados "**balões metafísicos**", os quais os neopragmatistas, como Rorty, já pretenderam furar[84].

Reconhece que o progresso não nasce da acumulação paciente de conhecimentos dentro de um quadro de referência, mas também da alteração deste quadro (OL, 2009, p. 07). Assim, Posner duvida da possibilidade de descoberta de "**verdades finais**", qualquer que seja o campo da pesquisa científica, muito embora reconheça que seu papel seja limitado pelas tradições jurídicas e, em particular, pelo valor atribuído à estabilidade, certeza e previsibilidade das obrigações jurídicas (PJ, 2007b, p. 608).

Contra o conceitualismo metafísico, Posner adota o pragmatismo como teoria (**ou antiteoria**) que derruba qualquer pretensão de construção de um caminho em direção à verdade. Sua rejeição é tão veemente a conceitualizações metafísicas que em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, chega a afirmar que "os juízes do sistema norte-americano, são **antiteóricos** simplesmente por causa da tradição casuística anglo-americana de decisão judicial" (POSNER, PMT, 1998, p. 1646).

O pragmatismo de Posner defende "o **primado das consequências**"; para ele, os pragmáticos estão "interessados no que funciona e no que é útil" e não no que "realmente é" (OL, 2009, p. 07). Ele não se interessa pela criação de uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, apreciando a **experimentação**.

Como explicou na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, experimentação significa um processo essencialmente de **tentativa e erro**, um esforço para descobrir maneiras de melhor prever e controlar o nosso ambiente, tanto físico como social. Como implica a desejabilidade de uma diversidade de dúvidas, o **modelo do experimentalismo é a seleção natural**. Essa seleção natural não é teleológica, e também não é predestinada a descobrir a verdade (POSNER, LPD, 2003a, p. 09).

---

[84] Por exemplo, atos fundados no livre-arbítrio existem, mas não se segue daí que o livre-arbítrio seja um atributo da ação humana. Cf. Posner (OL, 2009, pp. 420-422).

O **experimentalismo** nos convoca a fazer uma pergunta, sempre que surgir alguma discordância: "que diferença prática, concreta e observável isto faz para nós?" Posner refere-se, aqui, a uma atitude pragmática, cujo denominador comum é o "instrumentalismo que, voltado para o futuro, tenta mobilizar o pensamento como uma arma capaz de deflagrar as ações mais eficazes" (PJ, 2007b, p. 40).

De acordo com Posner, o **raciocínio sobre as questões jurídicas** deve ser prático e instrumental, e não formalista ou político-partidário. Isto se deve particularmente à sua **visão comportamental sobre o direito.** O direito deve ser descrito não um conceito ou grupo de conceitos, mas como **atividade dos juízes**, circunscrita somente pelos difusos limites externos do decoro profissional e do consenso moral (PJ, 2007b, p. 610). A natureza da atividade judicial é compreendida examinando-se como o direito funciona **no contexto**. E, para tanto, os juízes devem desenvolver um conhecimento sobre a subjetividade no processo decisório.

Posner concebe as **regras jurídicas em termos instrumentais**, o que possibilita a sua contestação, revisão e mudança constantes. Acredita que não há mais normas sólidas e que não possam um dia ser exortadas a justificar sua existência enquanto **meios adaptados a um fim**. Tais normas devem ser **essencialmente voltadas para o futuro, isto é, para as necessidades humanas** (POSNER, PJ, 2007b, p. 41).

Em *Overcoming Law*, Posner reconhece não ter apresentado **nenhum conceito canônico de pragmatismo jurídico** até então (OL, 2009, p. 04), até porque é da essência do pragmatismo rejeitar conceitos dogmáticos. Qualifica-o, todavia, como **abordagem prática, instrumental, voltada para frente, ativista, empírica, cética, antidogmática e experimental** (OL, 2009, p. 11). Desta sorte, tudo que uma teoria pragmática conota (e já conotava em 1897 com o pragmatismo clássico ou em 1921 com o realismo jurídico, tanto quanto hoje) é a rejeição da ideia de que o direito é algo fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas desses princípios, bem como uma determinação de usar o direito como instrumento para fins sociais (POSNER, OL, 2009, p. 428).

Já em *Law, Pragmatism and Democracy*, de 2003, Posner considera o seu pragmatismo como uma **disposição para a ação, baseada em fatos e consequências** em vez de conceitualismos, generalidades, devoções e *slogans*. Entre as devoções rejeitadas está a ideia de perfeição humana; a concepção pragmatista da natureza humana não tem ilusões. Entre os conceitualismos rejeitados estão teorias morais, jurídicas e políticas,

quando estas se oferecem para guiar a tomada de decisões jurídicas e outras formas de decisão (LPD, 2003a, p. 03).

Em suma, Posner identifica três características principais em seu pragmatismo jurídico: **i)** a **desconfiança de respostas corretas e entidades metafísicas** ou abstratas ("verdade", "natureza", "realidade" etc.), como garantia de certeza epistemológica, ética ou política; **ii)** a insistência de que as **proposições sejam testadas por suas consequências**, pela diferença prática que elas fazem em nossas vidas, e; **iii)** a insistência em **julgar os nossos projetos**, de caráter científico, ético, político ou jurídico, **de acordo com as necessidades humanas** e sociais ao invés de critérios objetivos e impessoais (OL, 2009, p. 417). Vejamos, pois, como Posner lida com tais pretensões pragmáticas para, em seguida, verificarmos como isso se reflete no tratamento do centro de seu pragmatismo jurídico, a decisão judicial.

2.2.1 Objetividade e autonomia do direito

A pós-Modernidade desafia os juristas a reconsiderarem sua crença na autonomia e na objetividade do direito. Autores pós-modernos como Richard Rorty argumentam que decidir de acordo com o direito existente não é possível, porque as regras jurídicas dependem da linguagem, e esta é social e culturalmente construída e, portanto, incapaz de direcionar os julgadores a fazer escolhas consistentes e objetivas. Objetividade é possível apenas se o consenso sobre as diferentes práticas interpretativas for alcançado. O consenso sobre significados das palavras é possível somente se os intérpretes concordarem sobre o método correto para a interpretação jurídica. Entretanto, a proliferação de diferentes métodos interpretativos no direito significa que o **consenso não é mais possível**[85].

Para os pós-modernos, **"verdade" e "conhecimento**" **não podem ser empiricamente** verificados pela adequação linguística de argumentos a evidências. Desse modo, **não há como haver um real interesse na verdade**. Eles alegam que há apenas evidências de verdades e que estas são construções sociais contingentes, o que os permite rejeitar a crença nas metanarrativas na filosofia do direito, favorecendo uma compreensão

[85] Cf. Minda (1995b, p. 245).

do direito e da decisão judicial em termos de "discursos locais" de diferentes perspectivas culturais e teóricas. Dessa sorte, o **direito não pode ser autônomo**, uma vez que **não há fundações** nas quais se possam alicerçar a justificação jurídica de uma vez por todas.

São duas as preocupações pós-modernas[86] se expressa em *The Problems of Jurisprudence* e que conduzirão a concepção de Posner sobre o direito: **i) a autonomia do raciocínio jurídico** como metodologia de tomada de decisões; **ii)** a **objetividade como finalidade** do empreendimento jurídico, isto é, até que ponto o direito é fonte de respostas determinadas, em vez de questões polêmicas e litigiosas (POSNER, PJ, 2007b, p. 607).

A partir da obra *The Problems of Jurisprudence*, Posner radicaliza a sua proposição de que o **direito não é uma disciplina autônoma**. Num famoso ensaio de 1987, "*The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*"[87], Posner sustentava que o direito era reconhecido como instrumento deliberativo, de modo que se deve conhecer algo sobre a sociedade a que serve para saber criticá-lo e, ao mesmo tempo, melhorá-lo.

Posner reconhece que não há mais consenso político criado nas décadas de 1950 e 1960 entre membros da esquerda e da direita, existindo muitas subvertentes políticas e ideológicas, cada qual nos fornecendo uma resposta diferente sobre muitos problemas jurídicos surgidos com o aumento significativo da litigância. A dogmática tradicional já não seria capaz de solucionar as especificidades das questões, muitas vezes envolvendo informações de caráter científico e tecnológico. Coincidentemente a esse declínio de consenso, na década de 1960 desenvolveram-se disciplinas complementares ao estudo da sociedade, como a economia.

Com o "envelhecimento" das leis e normas Constitucionais, o ensino jurídico tradicional, com ênfase na análise dos precedentes e do texto jurídico, já não é suficiente para a solução de litígios. Seu papel crescente na compreensão da sociedade vem a diminuir a fé no direito enquanto disciplina autônoma. Como afirmou, "quanto mais tímida for a defesa da objetividade das interpretações das leis e da Constituição, menor a confiança na utilização dessa forma tradicional de conhecimento jurídico" (POSNER, 1987a, p. 777).

---

[86] Muito embora em *Overcoming Law*, Posner tenha pretendido se desvincular do pós-modernismo, dizendo que o pragmatismo não precisa se identificar com o pós-modernismo, embora reconheça "afinidades" (OL, 2009, p. 10)

[87] Posner (1987a, pp. 761-780). É apresentado como capítulo 14 (Neotradicionalismo) de *The Problems of Jurisprudence* (Cf. Posner, PJ, 2007b, pp. 565-606)

Posner advoga em favor da ideia de que o direito não constitui uma área autônoma do saber, carecendo-lhe um objeto especifico, assim como um método próprio. O sistema jurídico visto por Posner é fruto de diferentes empreendimentos humanos. Como afirmou na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, o pragmático, ao ser indiferente à manutenção da autonomia do direito, é mais aberto a "invasões" de outras áreas do conhecimento (POSNER, LPD, 2003a, p. 77). Desde logo, o verdadeiro teste para a análise jurídica é a verificação para saber se "**funciona**" para maximizar objetivos e aspirações humanas.

Vimos no item anterior que, no entendimento de Posner, os juízes procuram atribuir às suas decisões uma aura mais objetiva, menos política, com mais autoridade. Posner questiona, então, onde os juízes poderiam buscar orientação para suas decisões e, ao mesmo tempo, manter a independência judicial, isto é, se haveria critérios ou métodos analíticos que possam tornar as decisões, objetivas, impessoais e precisas (PJ, 2007b, pp. 11 e 37). Afinal, como as decisões podem ser justas para os litigantes, se não há direito até que um Tribunal anuncie sua decisão?

Temos que ter em mente, aqui, que Posner postulou, em seu Manifesto Pragmático, a exploração de um **espírito mais científico** do empreendimento jurídico. A autoridade Científica, diz Posner, em que não cientistas confiam para formar suas convicções sobre assuntos científicos, é derivada do poder real e do merecido prestígio da metodologia científica. A ciência *funciona* (POSNER, 1988b, p. 842).

Por tal motivo, sua concepção de objetividade terá como ponto de referência as ciências exatas, especialmente as ciências econômicas, no sentido de realidade passível de ser conhecida e transformada imparcialmente pelo sujeito. Todavia, Posner se mostra contrário à ideia de que o direito seja sempre "fortemente objetivo", ou de que pertença à "**realidade objetiva**". Nestes termos, distingue três sentidos para a palavra objetividade, como segue.

Para Posner, trataremos de uma **objetividade ontológica** se insistirmos que a decisão judicial corresponde a algo do mundo exterior (o "**lá fora**") isto é, corresponde ou ao direito natural ou ao ponto de vista niilista do direito, segundo o qual o direito nada mais é que a vontade dos juízes (PJ, 2007b, p 11).

A **objetividade científica** ou replicável é aquela de acordo com a qual uma decisão será objetiva se diferentes investigadores que não compartilham dos mesmos preconceitos ideológicos se sentirem obrigados a concordar com tal decisão, o que permite

que Posner associe objetividade com impessoalidade e determinação. Sua aplicação não se limita à ciência, pois há proposições não científicas com relação às quais pessoas de diferentes matizes ideológicos podem estar de acordo. A ciência, no entanto, apresenta diversos problemas para o direito.

Há uma **pequena tendência a convergência** para uma resposta consensual a **questões jurídicas difíceis**, embora, por certo, haja questões jurídicas fáceis às quais pode ser atribuída essa concepção de objetividade (POSNER, PJ, 2007b, p. 12). Além disso, a objetividade científica, nem sempre nos coloca em correspondência com o que está "**lá fora**". A diversidade da ciência torna impossível perscrutar a totalidade do campo, e mais ainda reduzi-lo a uma única metodologia ou conjunto de metodologias. Outra dificuldade é que não se sabe ao certo como uma teoria científica pode vir a ser convalidada (POSNER, PJ, 2007b, p. 87).

Posner entende que podemos pensar para o direito numa terceira concepção de objetividade, a **conversacional**, no sentido de "meramente razoável", ou seja, não premeditado, não pessoal, não estritamente político, não ostensivamente indefinido, ainda que não definido no sentido ontológico ou científico, mas disposto a uma explicação persuasiva, ainda que não necessariamente convincente, mas **capaz de gerar consenso**. Para ele, somente por meio dessa concepção, teremos condições de demarcar, naquilo que diz respeito a questões jurídicas difíceis, uma zona intermediária entre os extremos jusnaturalista e niilista do direito (POSNER, PJ, 2007b, p. 12).

Ele argumenta que o primeiro sentido (o ontológico) está fora de questão na maioria das ações jurídicas; o segundo (o científico) nem sempre é alcançado, dada a natureza dos problemas jurídicos. Posner crê na chamada objetividade científica como mais frágil que objetividade ontológica, e que a ausência da primeira implica a ausência da segunda.

As objetividades ontológica e científica são mais fortes que a objetividade conversacional, de acordo com Posner (PJ, 2007b, p. 160). As duas primeiras estão relacionadas pelo fato de que, na hipótese de cientistas de diversas formações concordarem entre si, isto sugere que há algo "*lá fora*" que os esteja compelindo a concordar. Essa vinculação é importante, porque leva à inquietação sobre as decisões dos casos difíceis, e principalmente à preocupação de que nenhuma resposta objetiva no sentido ontológico objetiva exista para Posner. O que é mais preocupante não é que o direito seja, por vezes, pouco claro ou que os juízes errem, mas apenas que pode não haver nenhuma resposta

correta para determinados casos. A decisão final, portanto, dependerá de preferências morais ou políticas dos juízes, e não de uma autoridade independente.

Já o terceiro sentido **(o conversacional) é "alcançável",** mas isso também não resolve o problema da **indeterminabilidade** da resposta anteriormente ofertada, posto que tal forma de **objetividade seja inconclusiva em sociedades** cultural, social e politicamente **heterogêneas** (POSNER, PJ, 2007b, pp. 44-45).

Isto apenas vem a reforçar que o objetivo de sua obra é contrastar o direito desfavoravelmente com a ciência, reivindicando que a **indeterminação** é endêmica no direito norte-americano[88], haja vista que o direito não escrito é intrinsecamente vago e incerto.

Como veremos ao longo deste trabalho, dois motivos conspiram para esta conclusão de Posner. A **primeira** é que os modos comuns de análise jurídica, como a lógica dedutiva e um conjunto de técnicas jurídicas (especialmente o raciocínio por analogia) que Posner chama de "razão prática" não são poderosos quando vistos como ferramentas para a construção jurídica. Os métodos convencionais de raciocínio jurídico não garantem resultados objetivos, pois uma série de argumentos a favor de conclusões divergentes satisfaz os seus requisitos formais. A **segunda** é que, se os juízes dividissem um conjunto único de valores e preconceitos, a falta de métodos padronizados de análise jurídica para obter uma resposta a um caso jurídico difícil não seria **indeterminada**: os valores compartilhados dos juízes encontrariam respostas mais objetivas.

A objetividade conversacional surge, portanto, em momentos temporários de persuasão bem-sucedida. Isso não quer dizer muito porque sua obtenção não é gerada por um processo mecânico como a objetividade científica sendo de certa forma, fortuita[89]. O único modo de tornar o direito mais objetivo seria tornar as Cortes e o Legislativo **mais homogêneos**, a depender dos recursos disponíveis para os defensores argumentativos, das pressões para a geração de uma conclusão em uma direção ou outra, das rotas pelas quais essa decisão será alcançada, e de inúmeras outras contingências que podem ou não podem reunir-se em uma conjugação feliz (FISH, 1991, p. 48), sob o preço de tornar a questão do direito inútil (POSNER, PJ, 2007b, p. 45).

---

[88] Cf. também Rakowski (1991, p. 1683).
[89] Fish (1991, p. 48)

Stanley Fish, ao discorrer sobre esta abordagem de Posner, sugere que a **objetividade conversacional** é, na verdade, uma conquista **política**, social e linguisticamente construída e, portanto, diferente de um estado de certeza que atenda à identificação de fatos ou princípios permanentes. Para quem a objetividade só pode ser alcançada dessa forma, os resultados transitórios conversacionais dificilmente cumpririam o teste de objetividade científica (FISH, 1991, pp. 48-49).

Diferentemente da autoridade dos postulados científicos, a autoridade judiciária é essencialmente política: decisões tem autoridade porque emanam de uma fonte autorizada politicamente e não porque as pessoas estão de acordo com sua correção. A conotação política da palavra "autoridade" evoca, para Posner, poder e submissão, não verdade e ou convicção (POSNER, 1988b, p. 843).

De fato, pode-se observar, pela explicação dada por Posner, que a diferença entre objetividade científica e conversacional existe porque que os cientistas tem procedimentos que lhes permitem responder às perguntas com um alto grau de confiança e depois passar para outras questões mais difíceis, motivo pelo qual, embora a comunidade científica esteja repleta de controvérsias, o conhecimento científico vai crescendo continuamente. Esse sentido, diz Posner, está em falta no direito. Nós não pensamos, por exemplo, que, embora a questão de saber se e em que medida a Constituição deve ser interpretada de proteger a liberdade sexual é, sem dúvida, uma tarefa difícil, a comunidade jurídica ainda responderá ao problema e será capaz de passar para outras questões. A questão pode, eventualmente, deixar de problemas irresolutos, mas não porque terão sido respondidos a contento de todas as pessoas. Podemos enfrentar esses problemas, mas não resolvê-los. Esta falta de encerramento, da convergência, da progressividade – a infinitude absoluta do debate jurídico – torna o problema da indeterminação jurídica diferente, em princípio, do problema da indeterminação científica ou matemática (POSNER, 1988b, p. 843).

O pensamento jurídico não pode ser objetivo, para Posner ao ser colocado em correspondência com o mundo "real". Ele deve a objetividade à uniformidade cultural e não à realidade metafísica ou ao rigor metodológico. É apenas uma questão do grau de homogeneidade alcançado pela sociedade, isto é, de uniformidade cultural e consenso sobre fundações morais e políticas da comunidade (POSNER, PJ, 2007b, p. 43).

2.2.1.1 A possibilidade de objetividade por meio do consenso

Se o único sentido de objetividade que pode ser atribuído ao direito é o conversacional, então se pode dizer que, para Posner, o **consenso** é o único **conceito operacional de verdade e conhecimento** de que dispomos e, consequentemente, de objetividade. Isso não quer dizer que quando chegamos ao consenso alcançaremos a Verdade, no sentido metafísico. A verdade, para Posner, é transitória e falível. Verdade é a propriedade de um ideal transcendental de qualquer ponto de vista e que, inevitavelmente, acabaria por surgir a partir de inquérito não falsificado. Decorre desta concepção, no entanto, que nunca podemos ter certeza de que estamos na posse da verdade.

Assim como os **pragmatistas clássicos**, Posner adota uma **postura cética** quanto à possibilidade de construção do conhecimento verdadeiro que não seja pela investigação prática e pela rejeição de elementos metafísicos e abstratos. Esta ciente de que "o fundamento básico do pragmatismo de Peirce é a ideia que as pessoas odeiam estar em estado de dúvida e farão o que for necessário **para passar de dúvida para a crença**" (POSNER, 1988b, p. 873).

Em *Overcoming Law*, Posner diz que a maioria de nossas certezas são apenas crenças vigentes na comunidade à qual pertencemos, e que podem ser resultado de nossa criação ou treinamento profissional, bem como do meio social em que vivemos. As "**verdades**" que defendemos **não podem ser provadas**, sondadas, testadas. Porém, são tão essenciais ao nosso quadro de referências que o questionamento delas nos atiraria em um estado de desorientação (OL, 2009, p. 05). A este quadro de referências temos a crença de que existe um mundo independentemente de nós, e que algumas proposições são mais válidas que outras. Posner considera que, ainda que não possamos duvidar dessas crenças no sentido de uma disposição para agir com base nessa dúvida, podemos **aceitar** a ideia de que, em algum dia, tais crenças serão substituídas por outras igualmente fundamentais e transitórias.

O teste pragmático de Posner para a **verdade** é o **teste do tempo**. Segundo tal teste, as crenças verdadeiras são aquelas que sobrevivem por mais tempo e que, por tal motivo, comandam **nosso consenso mais forte**[90].

[90] Cf. Posner (PJ, 2007b, p. 153).

Posner, assim, reitera o pensamento de Dewey em *Overcoming Law*, ao dizer que o interesse do pragmatista não é na verdade em si mesma, mas a *razão social* da crença (a assertividade garantida). Segundo a teoria pragmática, a coisa que melhor as teorias científicas são melhores é a adequação às razões das crenças sociais ao invés de corresponder com os fatos (POSNER, OL, 2009, p. 393).

Entretanto, Posner reconhece que isto não significa dizer que chegamos a um ponto final sobre o que seja a verdade. Como o processo de investigação nunca chega a um fim, isso implica dizer que a verdade está sempre além do horizonte: ela está ali, mas nós não (PJ, 2007b, p. 153). Tal como sugeriu Rorty, Posner entende que há outras questões com as quais o sistema jurídico norte americano se preocupa, como a economia, a preservação de certas confianças, o estímulo a certas atividades, a proteção das normas constitucionais, entre outros (PJ, 2007b, p. 275).

Por isso, Posner entende que o **melhor que a fazer seria esquecer "a verdade",** reconhecendo que não há outro modo para, na prática, distinguir entre verdade e aquilo que não conseguimos deixar de acreditar. E precisamente porque o consenso é um critério provisório, incerto e mutável, quanto mais amplo consenso sobre uma questão particular, maior a sua confiabilidade. O significado do tempo é que ele permite que o consenso seja alargado, embora seja altamente falível (POSNER, 1988b, p. 855).

Posner diz que tal postura adotada em relação ao tema da objetividade e da verdade não atende a um ceticismo radical, mas a um **ceticismo moderado**. Não é o tipo de ceticismo que duvida da existência de um mundo externo e da sensação humana de sua existência verdadeira. Posner exemplifica a questão, dizendo que, há 2.500 anos atrás, havia um consenso de que a Terra era plana, e não redonda. O consenso dos dias de hoje é fortemente apoiado em provas das quais temos bons motivos para considerar persuasivas de que a Terra seja redonda. Porém, mais próximos da "verdade" não poderemos chegar. Há pessoas que acreditam em milagres e astrologia e outras pessoas não encontram nisso força persuasiva suficiente para acreditar nisso. Isto é uma prova da fragilidade do teste do tempo, embora isso não queira dizer que ele seja desprezível (POSNER, 1988b, p. 855).

Ora, como dissemos no início deste capítulo, Posner vive uma época em que o consenso político e moral são fragmentários. Por que razão, então, fundaria sua concepção de objetividade jurídica em uma ideia que ele mesmo reconhece como tão frouxo?

A explicação disso está na sua busca por um espírito jurídico de caráter mais científico. Assim sendo, quanto maior for o consenso, mais fácil para os juízes corrigirem as premissas de suas decisões para, daí, transformarem o processo de raciocínio jurídico em algo aproximado da dedução lógica, típica das ciências exatas. Como o raciocínio jurídico é mais poderoso em um ambiente de consenso, as regras de conflito de interesse seriam menos necessárias no cenário acima delineado, evitando o surgimento de vieses políticos e pessoais dos juízes[91]. Em outra oportunidade, Posner disse que a quebra do consenso político não importaria se o direito norte-americano se limitasse a questões apolíticas. Mas, longe disso, muitos campos do direito hoje estão profundamente envolvidos com questões políticas. Em parte, esse entrelaçamento é devido, segundo Posner, à agressividade com que a Suprema Corte tem criado direitos constitucionais em áreas politicamente controversas, como o aborto (e outras questões que envolvem o sexo), apadrinhamento político, e as condições das escolas e prisões (1987, p. 767).

Posner aponta que as causas imediatas do declínio do consenso são, em primeiro lugar, o crescimento do direito escrito constitucional no direito anglo-saxão, que tem uma estrutura mais lógica do que leis ou a Constituição e, por outro, o aumento do contencioso, que tem multiplicado os juízes e os precedentes e, em particular, aumentando a indeterminação da adjudicação da Suprema Corte; por isso mais de seus casos se enquadram na área aberta do direito. Além disso, com o declínio da autoridade das opiniões, a comunidade se torna moralmente heterogênea, até o ponto em que as pessoas habitem universos morais incomensuráveis, dentro da mesma comunidade política (POSNER, PJ, 2007b, p. 173).

Esta é a situação dos militantes pró-aborto e antiaborto nos Estados Unidos da América e é a razão da polêmica do aborto não admitir nenhuma resolução racionalmente demonstrável. Assim, quando o juiz chega a um impasse epistemológico como este e as bases de decisão em algum princípio ético ou político, a opinião pública, ou algo parecido, é provável que ele, segundo Posner, esteja que ele diante de uma área de indeterminação do direito (1988b, p. 861).

2.2.1.2 Consenso e o problema da resposta correta

[91] Cf. Posner (1988b, p. 860).

Vimos que, para Posner, o **consenso é a condição necessária** para a objetividade jurídica conversacional (POSNER, PJ, 2007b, p. 168). Ele entende que o modo pelo qual os juízes alcançam crenças verdadeiras ou a objetividade sobre questões jurídicas pode se dividir em dois métodos: a **investigação exata e a razão prática**.

Posner diz, porém, que tais métodos sequer poderiam ser chamados de **raciocínio jurídico**, posto que pertencentes a uma forma mais ampla que é simplesmente o raciocínio, não sendo especiais ou relativos apenas ao direito (1988b, p. 834).

Dentre os métodos da **investigação exata** utilizados pelo direito, o **silogismo** ganha destaque. Segundo o silogismo, a validade do argumento dependerá da verdade de suas premissas. Posner compreende o raciocínio silogístico como um raciocínio conveniente, de modo que sua aplicação ao direito faz da atividade jurídica o mais objetiva possível. Seu uso excessivo corresponderá ao **formalismo jurídico**, referido aqui como crença exagerada na linguagem da lei e na possibilidade de oferecer respostas corretas a todas as questões jurídicas (PJ, 2007b, p. 52).

Essa opção formalista se esgota no tratamento de casos de rotina, em que se descobrem problemas já cognitivamente assimilados pelo sistema jurídico. São questões que, de acordo com Posner, são respondidas mediante aplicação de regras claras e pacíficas a fatos concretos ou admitidos por hipótese (PJ, 2007b, p. 57)[92]. Posner concede, assim, que a maior parte das questões decididas judicialmente é resolvida por meio de raciocínio silogístico (POSNER, HT, 2008, p. 46) e, portanto, estes **tem uma resposta correta**, no sentido de objetividade científica.

Diz-se esgotamento porque, nem sempre as regras são claramente determinadas. Os padrões jurídicos, que determinam a investigação para fixação das premissas raciocínio, as regras ultrapassadas pelo tempo ou mesmo a falta delas nos indicam que há muitas questões jurídicas que não podem ser respondidas a partir da utilização de métodos tradicionais do direito, haja vista serem insuficientemente incisivos para permitir uma avaliação da "correção" das decisões seja determinada *a priori* (POSNER, 1988b, p. 873).

Os casos para os quais o raciocínio lógico não é suficientemente incisivo para permitir decisões objetivas são denominados casos difíceis. Eles exigem um equilíbrio entre dois interesses, de valor moral e político, como as liberdades civis e a segurança

[92] Cf. também Aroso Linhares (2009, p. 242-243).

nacional, a propriedade intelectual e o acesso a obras intelectuais, o bem-estar da mulher e da sobrevivência do feto, um julgamento justo e um julgamento público, privacidade e informação (POSNER, 2000, p. 1019), **dependendo, assim, de interpretação**.

Tais casos apresentam, em síntese: **i)** problemas de *relevância*, quando nos deparamos com dúvidas acerca de qual norma aplicar ao caso; **ii)** problemas de *interpretação*, quando surgem dúvidas sobre como entender uma norma ou normas aplicáveis ao caso; **iii)** problema de *prova*, quando há questionamento sobre a ocorrência ou não de determinado fato; **iv)** problemas de *qualificação*, quando um dado fato não discutido ingressa no espectro de aplicação de um conceito contido na hipótese de incidência ou consequência da norma[93].

Posner entende que a interpretação jurídica nem sempre é um processo lógico, mas sim inarticulado (PJ, 2007b, p. 136). Isto reforça a ideia do **caráter de indeterminação parcial do direito**: determinado quando uma regra clara lhe dá tratamento; indeterminado porque o juiz nem sempre está munido dessas regras claras, e porque a regra não nos diz quando segui-la (POSNER, PJ, 2007b, p. 63). A **indeterminação** do direito se manifestará nos esforços feitos para controlá-lo, expressas pela interferência política ou da opinião pública no processo decisório (POSNER, PJ, 2007b, p. 169).

Posner afirma que os casos difíceis são aqueles que estão, portanto, na área aberta ou indeterminada do direito, em que não há clareza sobre qual método ou análise disponível se deve seguir, isto é, não há consenso. Para ele, ou há um forte consenso político ou ético e que penetra e formas de doutrina jurídica, ou não há – e um discurso político fragmentado e ético não vai produzir resultados mais determinantes do que o raciocínio jurídico (1988b, p. 859).

Sendo assim, é possível, para Posner, afirmar que **há respostas corretas para os casos difíceis**?

Esta pergunta é representativa da "agenda metodológica da teoria do direito". Conforme explica Macedo Júnior, "passa a ser fundamental a resposta [... a]o argumento teórico sobre a 'inevitável' **indeterminação** do sentido das proposições jurídicas e das decisões judiciais, bem como os remédios possíveis diante dela" (2010, p. 21).

Ele responde essa questão a partir de sua concepção sobre **interpretação jurídica**. Para ele, a diversidade da cultura jurídica e a existência de controvérsias ainda

[93] Cf. Diniz; Maia (*in* BARRETO [coord.], 2006, p. 652).

não resolvidas pelos juristas torna inevitável a existência de uma vasta área de indeterminabilidade na interpretação. Esta é, portanto, um conceito flexível, que pode significar decodificação de comunicações, compreensão, tradução, extensão, completude, transformação e até mesmo inversão (POSNER, PJ, 2007b, p. 401). É um **processo de projeção de consequências de interpretações alternativas**, de sorte que aquela que tiver as melhores consequências será considerada "correta" (POSNER, PJ, 2007b, p. 141).

Posner considera que o problema da interpretação não está em que as pessoas não saibam como *ler* atentamente os textos jurídicos, mas que os métodos de interpretação tradicionais (especialmente a **autoridade** dos precedentes e o **raciocínio analógico**[94]) não fornecem as condições necessárias para produzir interpretações objetivas de **casos difíceis**.

A interpretação coloca o problema jurídico, mas **não lhe oferece solução**, uma vez que não diz se se deve interpretar os textos jurídicos no sentido amplo ou se deve se limitar ao significado de superfície[95], isto é, não existe um consenso sobre qual o objetivo da interpretação jurídica (Posner, PJ, 2007b, p. 401). Todavia, os canais de comunicação interpretativos estão obstruídos por muitos dispositivos legais, o que torna a **tarefa interpretativa vaga e imprecisa**.

Além disso, pessoas com formação educacional, política e religiosa semelhante, tenderão a interpretar um mesmo texto jurídico ou um caso fático de modo convergente, enquanto pessoas com formação diferente tenderão a interpretá-la de modo divergente. As diferenças de temperamento entre os juízes, diz Posner, são responsáveis por grande parte da diferença sobre interpretar as regras de maneira mais flexível, reconhecer exceções, transformar regras e precedentes. Há juízes mais sensíveis às particularidades de cada caso, outros que preferem pensar apenas que estão cumprindo ordens emanadas dos constituintes originários[96].

E, considerando que o processo interpretativo e que os juízes tem pouco em comum com os constituintes, para Posner **não existe uma resposta consensual** sobre qual o objetivo da interpretação jurídica, o que o leva a concluir que "**tudo depende da teoria política do intérprete**[97]". A interpretação é, quando muito, um lembrete de que há um **contexto** em jogo, o qual merece respeito por aqueles que dele participam.

---

[94] Cf. Posner (PJ, 2007b, pp. 105-132)
[95] Posner (PJ, 2007b, p. 399).
[96] Cf. Posner (PJ, 2007b, p. 65).
[97] Posner (PJ, 2007b, p. 611).

À falta de elementos para verificação da correção das interpretações jurídicas pelos métodos da investigação exata, **não há como comprovar que uma resposta seja correta ou errada**.

Em suma, Posner acredita que seu próprio credo jurídico pode ajudar a orientar o tipo e o **grau de ceticismo** que defende sobre o tema da resposta correta. Muitas questões jurídicas não são apenas difíceis, mas impossíveis de serem respondidas pelos métodos de raciocínio jurídico, dependendo de julgamentos políticos, de preferências políticas, e dos valores éticos dos juízes, ou da opinião pública dominante, agindo por intermédio dos juízes, em vez de um raciocínio jurídico considerado como algo diferente de política, ou de valores políticos, ou da opinião pública (POSNER, 1988b, p. 828).

Ele tem consciência de que é exatamente para resolver as disputas difíceis que temos os juízes. Porém, muitos fingem que o que fazem é "somar dois mais dois e obter quatro, de modo que todo aquele que discordar de sua decisão é louco, ou que o que fizeram foi escolher o Certo em detrimento do Errrado", quando, na verdade, o que fazem é se engajar num raciocínio prático e inarticulado, fortemente influenciado por suas experiências profissionais e pessoais e pelo temperamento que jurados, políticos e funcionários públicos usam para emitir seus juízos (POSNER, PJ, 2007b, p. 313).

Às vezes, essas influências permitirão a um juiz chegar a um resultado demonstravelmente correto, mas muitas vezes não, e, quando não, a decisão do juiz será indeterminada, no sentido de que uma decisão de outra maneira teria a mesma probabilidade de ser pronunciada correta por um observador imparcial.

Ele está ciente os juízes não podem se esquivar de decidir, dizendo que "não vou decidir o seu caso porque não tenho informações suficientes para descobrir qual é a resposta certa". Isso seria o mesmo que colocar o ônus da persuasão em um dos atores do processo (considerando-se que a persuasão, tanto quanto a prova, podem estabelecer a verdade), o que simplesmente faz o debate retroceder à dúvida sobre a quem caberia o ônus de provar o seu interesse (POSNER, PJ, 2007b, 270).

É certo também que a existência de controvérsia ou dissenso interpretativo não é uma prova de *per se* da indeterminação do direito, mas este ponto não é importante, uma vez que Posner distingue entre determinação em princípio e determinação na prática. Há um sentido em que deve haver uma resposta correta às questões difíceis, mas se a resposta é inacessível pela interpretação jurídica, é como se não houvesse respostas corretas. O

pragmatista diria, portanto, que não há resposta correta *em princípio*, mas mesmo essa resposta não faz sentido para Posner (1988b, p. 877).

Se não há que se falar em respostas corretas ou erradas, qual a utilidade do processo de decisão judicial? Posner nos diz que a única pretensão que um juiz pode ter é de proferir uma decisão **razoável**. Se considerar que apenas um dos resultados possíveis seja razoável, poderá considerá-lo como a resposta correta para aquele caso. Porém, se dois ou mais resultados lhe parecerem razoáveis, então estará diante da área aberta[98] do direito, de modo que necessitará de um método para a escolha, isto é, **o método da adjudicação pragmática**, que será desenvolvido mais a frente.

Desta forma, quanto mais consenso houver sobre as premissas, mais o raciocínio jurídico poderá seguir o modelo silogístico, e, assim mais se aproximará o direito da objetividade e impessoalidade esperadas da ciência (POSNER, PJ, 2007b, p. 160).

Assim, para Posner, quanto **mais homogênea** a comunidade interpretativa do direito e, portanto, o mais amplo o consenso determinada solução a ser defendida, maior a orientação normativa que o pragmatismo irá proporcionar à interpretação jurídica e, por via reflexa, à decisão judicial (POSNER, HT, 2008, p. 241) e, por consequência, maior objetividade no sentido científico/ontológico terá o direito.

Tais condições, entretanto, não se apresentam na comunidade jurídica atual, política e culturalmente dividida, de modo que sua **heterogeneidade** dá aos **juízes grande poder discricionário**. Criou-se, como se conforma Posner, uma "esfera legal em que o consenso que poderia estabelecer as premissas para a decisão, permitindo que o direito trilhasse caminhos lógicos, tornou-se inalcançável" (PJ, 2007b, p. 271). Logo, **não há resposta correta para as questões jurídicas**.

De qualquer modo, como a condição necessária da objetividade jurídica – um consenso sobre a adequação das decisões judiciais – muitas vezes não consegue obter, pode-se concluir que, para o pragmatismo jurídico de Posner, **o direito não é, pelo menos em parte significativa, objetivo**.

2.2.2 A moralidade e a objetividade na moral

[98] Cf. também Aroso Linhares (2009, p. 243).

Posner define a "**moralidade**" como o conjunto de deveres de uns para com os outros, são projetados para verificar nossas reações, emocionais ou sentimentais sobre questões sérias da conduta humana. Trata sobre o que devemos, mais do que sobre aquilo que nos é devido, da realização da felicidade, de ter uma vida interessante, de ter oportunidade para exercer nossos talentos de compreender a nós mesmos, isto é, aquilo que possa gerar um dever dos outros de nos ajudar a conseguir o que temos direito (POSNER, PMT, 1998, 1639).

Uma vez que a **epistemologia** (aquilo que podemos saber) e a **ontologia** (aquilo que há para saber) estão intrinsecamente ligadas, para Posner, quanto menos há para saber, mais difícil se torna saber muito. Mas ele acredita que, ainda assim, seja possível acreditar que existem "reais" morais, tais como as formas platônicas, mas que não temos como descobri-las, e, inversamente, que não existem "reais" morais, mas que o **conhecimento objetivo dos deveres morais só é possível por meio do consenso ou da convenção**. (POSNER, PJ, 2007b, pp. 42-43).

O ceticismo que dá origem a essa conclusão, diz Posner, é um **ceticismo epistemológico**, porém, muitas vezes, deve ser conjugado com um ceticismo sobre a existência de entidades invisíveis, tais como "justiça" e "intenção legislativa", à qual por vezes se apela para obter respostas a questões jurídicas. (Estas formas de ceticismo são distintas: pode-se acreditar que há entidades morais como a justiça, mas que elas são desconhecidas). O **ceticismo ontológico** tem significado para o "descobridor de fatos jurídicos", bem como para o raciocínio jurídico. As dúvidas sobre a existência dessas "misteriosas" entidades mentais como justiça e intenção legislativa podem incitar também dúvidas sobre a existência da própria mente e, então tornar problemática a prova de um elemento mental em matéria penal, responsabilidade civil, discriminação e outros casos (POSNER, 1988b, p. 828).

Posner afirma que a heterogeneidade jurídica dos Estados Unidos é o reflexo de sua heterogeneidade moral. Ele acredita que o problema subjacente à objetividade moral é o de que não há nem fatos aos quais os princípios morais correspondam (**tais quais os fatos brutos observados pela ciência**), nem tampouco há forte tendência à convergência sobre os princípios morais (PJ, 2007b, p. 316).

Assim, **na medida em que as pessoas discordam**, devemos **rejeitar a visão realista moral** de que os enunciados morais e prescrições pretendam descrever ou pressupor descrições das propriedades morais que afirmam existir independentemente de nossas crenças sobre o que é certo ou errado, pois ainda que alcançássemos a verdade absoluta e objetiva sobre uma proposição moral, jamais saberíamos dizer se a alcançamos ou não[99]. Eles procuram identificar um fenômeno que existe independentemente da teoria: o "direito moral" ou a "faculdade moral" que está "lá fora".

Realistas morais estão interessados em verdades morais descobertas por um processo de raciocínio quando há desacordo sobre o que eles são. Assim, por exemplo, se questiona se matar um ser humano é imoral se esta criatura é um feto, ao mesmo tempo em que se questiona se o feto é um ser humano, que é uma questão sobre a qual não há consenso, mas eterno **dissenso** (POSNER, PMT, 2002, p. 114).

Para ele, as afirmações morais apenas exibem ou sustentam as emoções divergentes das pessoas, suas vontades ou intenções, constituindo uma prova sólida de que as afirmações morais não são objetivas. Não quiz dizer, porém, que as crenças morais sejam apenas opinião pessoal, uma vez que muitas de nossas crenças estão tão firmemente enraizadas quanto às certezas epistêmicas ou científicas (POSNER, PJ, 2007b, p. 318).

Quando há uma **concordância generalizada** sobre o caráter bom ou mal de determinado ato ou fato, Posner diz que podemos sim ter um conhecimento moral (PJ, 2007b, p. 316), o que não quer dizer que isso seja suficiente para prescrever qualquer coisa que se assemelhe a um sistema abrangente de direitos e deveres jurídicos.

Posner sintetizou em sua obra *The Problematics of Moral and Legal Theory* que o **consenso**, quando tratamos de questões morais, é a única base sobre a qual as proposições de verdade/objetividade podem ou devem ser aceitas, posto que ele seja quem leva à verdade, e não a verdade que o força (PMT, 1998, p. 1657). Logo, na falta de consenso e de convicções éticas culturalmente homogêneas, fatos morais são fantasmas conjurados pela retórica de finalidades.

Posner diz não ser um cético moral, isto é, aquele que acredita que a verdade moral é incognoscível. É um fato moral da sociedade norte-americana e de sociedades como esta, que o infanticídio é imoral a não ser que a criança é acéfala ou profundamente defeituosa. Quem pratica o infanticídio (definido) na nossa sociedade seria confiantemente

[99] Cf. também Rakowski (1991, pp. 1685-1686).

julgado imoral por quase todos, e se se alegar que o infanticídio foi permitido pela moralidade privada, a ênfase do debate deveria recair sobre a palavra "privada" (Posner, PMT, 1998d, p. 1643).

O debate moral se dá, assim, numa esfera de ignorância, e porque as pessoas carecem de conhecimento objetivamente reproduzível. Posner diz-se não totalmente cético a ponto de negar que **um "dever" jamais derive de uma proposição do tipo "ser"**. O problema, no discurso moral é que o **"ser"** costuma ser extremamente contestável, especialmente quando coevolve problemas jurídicos. Assim, ocorre, por exemplo, para saber se **se deve** proibir o aborto ou se se exige que os circunstantes auxiliem pessoas em perigo (POSNER, PJ, 2007b, pp. 471-472).

Em *The Problems of Jurisprudence* e, com mais ênfase, em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Posner se caracteriza como um **relativista moral**[100] (PJ, 2007b, p. 318; PMT, 2002, p. IX). Para ele, a validade de uma **concepção moral é local**, ou seja, é relativa ao código moral da cultura particular em que a pretensão é apresentada, e não referente a uma fonte transcultural de valores, de modo que não podemos chamar outra cultura "imoral" a menos que adicionemos à nossa afirmação a expressão "na nossa visão" (POSNER, PMT, 1998d, p. 1642).

Este relativismo sugere uma **concepção adaptacionista da moralidade**, em que a moral é julgada não-moralmente, da mesma forma que o martelo pode ser considerado bem ou mal adaptado à sua função de "martelar pregos", por sua contribuição para a sobrevivência, ou a outros objetivos de uma sociedade.

Todavia, ao dizer que não há respostas convincentes às perguntas morais, Posner reconhece que isto o marca como um **cético moral**, no sentido amplo de quem duvida da possibilidade de fazer julgamentos objetivos sobre as afirmações morais que os teóricos morais querem fazer (PMT, 1998d, p. 1644).

Posner não questiona a existência genuína da moralidade, não argumenta que seja uma "capa cínica" usada para operar interesses próprios, embora cause menos efeitos no comportamento do que muitos moralistas acreditam. Nem rejeita a moralidade como objeto de investigação, ou questão de previsibilidade e de importância para o raciocínio

[100] Posner esclarece que, no entanto, embora se considere um relativista moral, rejeita o relativismo enquanto dogma ou postura filosófica. (OL, 2009, p. 06).

normativo. Se o uso de moral como sinônimo de político, sua crítica se refere a denominar argumentos políticos como argumentos morais (PMT, 1998d, p. 1639).

Assim, embora pareça, segundo Posner, inescapável a preocupação dos juristas com as **teorias morais**, haja vista a sobreposição entre algumas obrigações morais e jurídicas, tais como na responsabilidade civil e no direito penal. Ao lidarem com a responsabilidade por atos causadores de danos e também com a falta de responsabilidade pela falha ou falta de prevenção de eventos danosos, em que a culpabilidade deve ser imputada a alguém que, por exemplo, deveria ter resgatado alguém sem causar perigo a si mesmo. O direito penal fundamenta a responsabilidade em "estado de culpabilidade". O direito contratual trata sobre o papel das promessas. O direito das sucessões confronta-se com questões sobre se uma pessoa deve ou não herdar por ter assassinado o autor da herança. O direito de evicção de alguém é uma questão de definição de propriedade, etc. (POSNER, PMT, 2002, p. 108).

Pode ser tentador dizer que o direito garante a moralidade, adicionando sanções temporárias a sanções de consciência, embora seletivamente, considerando os seus custos e benefícios. Daí, diz Posner, pode parecer que os juízes, num sistema como o norte-americano, em que ele tem muito poder para dar forma ao direito, de tempos em tempos poderiam decidir questões contestáveis de moralidade a fim de determinar qual sistema de moralidade o direito deveria seguir, mas não é isso que acontece. **O direito, diz Posner, é distinto da moral**. O direito não garante a moralidade e mesmo que assim fosse, não se seguiria que quando os princípios morais importantes são contestados os juízes deveriam escolher entre eles (POSNER, PMT, 2002, p. 108).

Muitos princípios morais, diz Posner, não tem suporte no direito. Mentir não é um crime ou mesmo um dever jurídico, a não ser sob juramento. O direito é, na maioria das vezes, indiferente à quebra de promessas e acordos. Muitas condutas administrativas são colocadas fora do alcance das sanções jurídicas em razão das imunidades. De outro lado, o direito não reforça a moralidade, ao mesmo tempo em que muitas condutas a que o direito atribui sanção é moralmente indiferente, como a fixação de preços, sigilo de informação, conduzir veículo sem cinto de segurança, romper um contrato involuntariamente. Há razões pelas quais o direito pune tais atos, mas essas razões não se referem ou se referem muito pouco a intuição moral (POSNER, PMT, 2002, pp. 108-109).

De outro lado, criminalizar um serviço tende a imoralizá-lo, não porque a maioria das pessoas infere suas ações morais do direito penal, mas é porque a criminalização tem

um “efeito seletivo” entre as pessoas que a seguem e as pessoas que não a seguem e que, daí, serão um dia punidas (POSNER, PMT, 2002, p. 109).

O direito usa terminologia moral, com palavras como “justo” e “injusto” “consciente” e “inconsciente” em parte por conta de suas origens, em parte para causar admiração, em parte para falar uma linguagem que o leigo, para quem o comando jurídico é direcionado, possa melhor compreender, e, em parte porque realmente há, segundo Posner, **uma considerável sobreposição entre direito e moralidade** (PMT, 2002, p. 110).

Assim, diz Posner, não é um escândalo quando o direito falha em sancionar uma conduta imoral ou quando sanciona uma conduta que não é imoral. Quando as pessoas criticam isso, o que querem dizer é que o direito não é sustentado totalmente pela opinião pública nem serve a uma finalidade efêmera, ainda que seja a estabilidade, que é simbólica (POSNER, PMT, 2002, p. 110).

Para Posner, uma vez que concebemos que a moral é contingente a circunstâncias locais, percebemos que os únicos candidatos plausíveis a princípios universais morais são por demais abstratos para garantir qualquer direção na resolução de uma questão moral real (PMT, 1998d, p. 1651).

No âmbito do pragmatismo jurídico, portanto, **os princípios morais funcionam apenas como argumentos**, e não como critérios para a decisão judicial. E, na medida em que reconhece que decisões judiciais controvertidas dependem de proposições morais, necessariamente, faltar-lhes-á objetividade moral também. Juízes, por exemplo, não precisam tomar partido em questões morais, de modo que considerações extraídas de teorias morais são apenas um “subconjunto de considerações normativas que são potencialmente importantes para a decisão judicial” (POSNER, PMT, 2002, p. 113), mas não são as considerações mais importantes.

Não obstante, Posner está ciente de que, ao critica dos esforços dos moralistas acadêmicos de extrair direitos de princípios morais, em uma sociedade tão heterogênea quanto a norte-americana pode parecer com que ele esteja exagerando na **diferença entre fatos e valores**. Ele tenta resolver a impressão, afirmando que, se tivessemos conhecimento suficiente, muitos de nossos dilemas morais teriam desaparecido, e todo esse questionamento seria inútil.

2.2.2.1 Posner contra o moralismo acadêmico

Posner diz que sua única preocupação não é com a moralidade em si, mas com o tipo de teoria moral que ele veio a denominar "**moralismo acadêmico**" (PMT, 1998d, p. 1639). Ele admira muito o tipo de filosofia moral que se encontra, por exemplo, em Nietzsche e, entre os contemporâneos, de Bernard Williams, no sentido de que a filosofia moral, que consiste de filosofar *sobre a* moralidade, distinta defendendo uma ou outra posição *de* moralidade. São os esforços dos filósofos ou de professores de direito para discutir os prós e contras de uma questão moral ou jurídica com os métodos da filosofia, tais como o aborto, a igualdade, a eutanásia, os direitos dos homossexuais, ou a pena capital, que parece, para Posner, "que não levam a nada" (2000, p. 1018).

De acordo com Posner, os acadêmicos estão isolados do mundo "real" e tornam-se facilmente encantados com abstrações que considera "vazias", como a "justiça", "equidade" e "igualdade". Teóricos morais (ou **moralistas acadêmicos**), como Elizabeth Anderson, Sissela Bok, Ronald Dworkin, David Gauthier, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, Martha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz, e Judith Jarvis Thomson são exemplos de autores contrários ao fato de que **não existe consenso sobre qualquer princípio moral** do qual se extraiam as respostas para as questões morais controvertidas (PMT, 1998d, pp. 1639 e 1657).

A contrariedade à teoria moral já era expressa em *The Problems of Jurisprudence* (POSNER, PJ, 2007b, p. 467), onde apontou duas razões para o fracasso da aplicação da moral no direito: **i)** a primeira, de que **o conhecimento é testado**, em última análise, por **nossas intuições**, e intuições morais são igualmente refratárias a mudanças e mais divergentes do que as intuições do mundo físico. Deste modo, cada teórico argumentará de acordo com suas próprias intuições, seus próprios "absolutos", cada um terá sua própria maneira de ver as questões; **ii)** a segunda, de que **a solução dos dilemas morais requer a imersão nos aspectos particulares de cada dilema**, e os filósofos não costumam se especializar em temas como escravidão, genocídio, aborto, ou outras questões morais que bateram as portas do Judiciário.

Em *The Problematics of Moral and Legal Theory,* Posner aprofunda seu posicionamento contrário aos moralistas acadêmicos, apresentando os seguintes motivos: **i)** os **critérios para dizer se uma pretensão moral é verdadeira são dados pela cultura**

local, relativos ao código moral da cultura particular em que a pretensão é apresentada, e não por outras fontes universais ou metafísicas, o que denota o caráter **contextualista** da vertente pragmática que ora adota; há normas tautológicas como "assassinar é errado", em que "assassinar" significa "matar erroneamente" ou princípios de cooperação social como "não minta *todo* o tempo", mas isso não significa muito; **ii)**, muitos dos chamados "fenômenos morais" podem ser explicados **sem referência a categorias morais universais**, o que mostra que a maioria dos princípios morais que reivindicam universalidade é mais bem compreendida como normais do trato social meramente cotidianas e fantasiadas; **iii)** o moralismo acadêmico **não tem capacidade de "melhorar" o comportamento humano**, embora seja essa sua pretensão; não tem os recursos retóricos, nem o conhecimento detalhado da realidade social que possa habilitá-lo a persuadir a determinada ação sem bons métodos de investigação e análise; há tanta **discordância** entre os moralistas acadêmicos que se pode facilmente encontrar uma racionalização persuasiva para qualquer forma de conduta, seja ela qual for[101]. Na verdade, diz Posner, o caráter de uma carreira acadêmica na filosofia moderna não é propício à inovação moral; a exposição a filosofia moral pode, ao revés, levar as pessoas a se comportarem menos moralmente, tornando-as mais aptas à racionalização e; **iv)** por fim, para ele, **seria um desastre se os moralistas acadêmicos atingissem seu objetivo** implícito de impor uma moralidade uniforme e absoluta sobre a sociedade (PMT, 1998, pp. 1640-1642).

Posner não duvida de que tais teóricos discordem sobre qual moralidade deve carregar o título de *a verdadeira*, embora toda teoria moral tenha uma moralidade uniforme e desejável para seu propósito (PMT, 1998, p. 1642). Dado o pluralismo moral, as mudanças morais e as convicções morais, podemos esperar, segundo Posner, que a discussão moral gerará pretensões morais em competição, independentemente de racionalizações sobre tais pretensões ou da participação de filósofos nestes debates (PMT, 2002, p. 85).

Porém, isso não parece uma boa ideia, dada a variedade de papéis necessários que a sociedade precisa, com interesses e necessidades diferentes, de modo que uma moral uniforme não seria uma boa ideia, o que eliminaria papéis sociais assumidos por interesses

[101] Assim, diz que "[…] if some moral principle that you read about in a book and that may have appealed to your cognitive faculty collides with your preferred, your self-advantaging, way of life, you have only to adopt an alternative morality, or, if you're bold enough, an antimorality like that of Nietzsche (who famously attributed the morality of "good" people to their will to power), that does not contain that principle. Then you will be free from any burden of guilt (POSNER, PMT, 1998d, p. 1685).

diversos e minaria o próprio empreendimento da educação moral, que se tornaria desnecessário[102].

Além disso, pessoas de diferentes formações, experiências, aptidões e temperamento estarão em sintonia com o meio ambiente e terão ideias diferentes sobre a melhor forma de prosseguir na tentativa de prevê-lo e controlá-lo. É apenas tentando coisas diferentes, não apenas teorias diferentes, mas diferentes formas de vida que, comparando as consequências, nós aprenderemos qual abordagem será a melhor para alcançar nossos objetivos, sejam eles quais forem (**e não cabe ao pragmatismo dizer**). Este é o método pelo qual os princípios morais melhoram em relação aos nossos objetivos específicos (POSNER, LPD, 2003a, p. 09).

Posner entende que, saber se as crenças morais movem as pessoas à ação, não é uma questão teoria moral, mas uma questão factual, e as evidências sugerem isso. Ele pede para que consideremos o papel de racionalização, permitindo-nos fazer com uma boa consciência, o que queremos fazer por razões que não tem nada a ver com a moralidade. A oportunidade para racionalizar o nosso caminho em qualquer direção para promover um interesse, sem levar em conta a moralidade, é maximizada em uma sociedade pluralista como a norte-americana, e o leque de posturas morais para escolher é grande o bastante para permitir cada um de nós escolha o código moral que se alinhe melhor com nossa estrutura de preferências (POSNER, 2000b, pp. 1019-1020).

Em outras palavras, a sociedade norte-americana é dotada de tal heterogeneidade moral que o faz concluir que a comunidade não adotará um conjunto de dogmas morais e políticos que faça sua tomada de decisão mais determinada ou objetiva (POSNER, LPD, 2003a, p. 94).

Posner exemplifica a questão da seguinte forma: podemos decidir tratar os criminosos com dignidade não porque compramos a ideia kantiana de que as pessoas devem ser tratadas como fins, mas porque pensamos, talvez sem conhecer nada a respeito de Kant, que cultivar uma mentalidade de "igualdade", "inimigo interior", "médica" ou "terapêutica", da punição criminal pode levar a consequências políticas inconvenientes e mesmo prejudicar a discussão e a prevenção do comportamento delituoso. Não é preciso

[102] Como disse mais adiante: "Moral philosophers pick from an *a la carte* menu the moral principles that coincide with the preferences of their social set, and they have both the intellectual agility to weave an inconsistent heap of policies into a superficially coherent unity and the psychological agility to honor their chosen principles only to the extent compatible with their personal happiness and professional advancement" (POSNER, PMT, 1998d, p. 1684).

ser um utilitarista para apresentar esse tipo de julgamento. O ponto não seria de que a abordagem do "inimigo interior" reduziria a felicidade da sociedade, mas que colide com objetivos criminológicos e políticos específicos da comunidade (POSNER, PMT, 2002, p. 112).

Mas um vocabulário moral poderia ser adotado para fins pragmáticos, o que não quer dizer sinônimo de moral ou utilitarista, na opinião de Posner. Esses objetivos sociais pragmáticos como redução da criminalidade nada tem a ver com teoria moral. Nem poderia, pois se a pessoa não concordar com esse objetivo, também porque pensa ser presumido postular fins para uma sociedade inteira e porque pensa que eles podem ser atingidos apenas pela subordinação das pessoas que se valoriza, a teoria moral não a convenceria de qualquer maneira (POSNER, PMT, 2002, p. 112).

Para Posner, **decidir é uma atividade normativa por si só**. Porém, todas as vezes que um juiz faz mais do que simplesmente aplicar o direito positivo (decidir um caso sobre o aborto, por exemplo), e que é muitas vezes o problema de ter de derivar um **"ser" para "dever",** pode parecer que está mergulhado no domínio da teoria moral, e que **concluirá** sobre questões morais.

Isso não acontece, segundo Posner (PMT, 2002, p. 112). Afinal, se nenhuma questão moral pode ser julgada verdadeira ou falsa em termos objetivos, os juízes não se sentem confortáveis para decidir questões jurídicas como questões sobre a moralidade do direito (PMT, 2002, p. 114). Para ele, **"decidir" e "concluir"** são formas diversas de solução para uma questão, de modo que seria estranho dizer que os juízes tenham o "dever de concluir", quando, na verdade, tem o "dever de decidir". Decidir é uma ação; concluir, uma ruminação sobre os fatos. E isso diferencia os juízes (pragmáticos) dos críticos acadêmicos (POSNER, HT, 2008, p. 80).

Não poderíamos confundir, portanto, a moral com a normatividade das teorias morais, como resultado do fato de que os juízes decidem qual das partes "deveria" vencer, como se os juízes estivessem necessariamente engajados em um "**raciocínio moral**" (POSNER, PMT, 2002, p. 113). Mais especificamente, "os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para as decisões judiciais" (POSNER, PJ, 2007b, pp. 387 e 472).

Posner diz, todavia, ser possível traçar uma relação entre direito e moral mais clara ao se descrever a distinção entre as formas pelas quais uma questão moral pode aparecer em um caso jurídico. Em **primeiro** lugar, a questão jurídica pode ter significância moral a alguém da comunidade (por exemplo, a questão do aborto tem significância moral para os defensores dos movimentos pró-vida e pró-aborto)[103]. Em **segundo** lugar, juízes podem decidir questões em bases morais. E, por fim, podem decidir alguns casos usando métodos argumentativos do moralismo acadêmico. Neste último caso, Posner considera que, aplicar um princípio moral a uma questão jurídica não é o mesmo que tomar partido em questões morais controvertidas e usar a filosofia moral normativa para resolver a contenda, ou seja, não é preciso invocar uma teoria sobre a qual não há consenso para decidir uma questão que envolva problemas morais.

Logo, se costurarmos as razões que um juiz dá em uma série de casos, se ele for consistente, ele poderia ser chamado a defender uma "teoria", mas isso não significa que ele teria sido ajudado pela leitura ou o pensamento sobre uma única teoria moral (POSNER, PMT, 1998d, p. 1697). Por exemplo, não há uma única teoria moral evidente em apelações sobre crimes de estupro ou homicídio, embora sua criminalização esteja fundamentada em princípios morais (POSNER, PMT, 2002, p. 115)**.**

Juízes diariamente se confrontam com questões que não podem ser resolvidas pelos métodos jurídicos tradicionais, o que não significa que estejam sempre diante de dilemas morais e tem que aplicar algo chamado "raciocínio moral" para se desvencilharem dessa problemática. Eles apenas entram em dilemas morais quando o direito aponta para um resultado que viola profundamente suas crenças morais, isto é, quando considerarem a **teoria moral como um método objetivo para resolver conflitos** (POSNER, PMT, 2002, pp. 113-114). Assim, quando os juízes decidem que processo é devido a um cidadão, ou o que a igualdade exige, ou quando a punição é cruel, é que eles podem julgar o fato moral capaz de ser verdadeiro ou falso. Fora disso, **a ausência de teoria moral não é sentida**. Vejamos, a seguir, em que medida essa liberdade teórica pode ser considerada, em sentido mais amplo, como característica do pragmatismo jurídico de Posner.

---

[103] Em outra oportunidade, Posner afirmou que um juiz precisa de uma "*inclinação*", mais do que uma crença moral, para decidir em favor de uma parte e não da outra, da mesma forma que um legislador deve ter uma "inclinação" para votar em favor de uma lei ou outra. O argumento moral deve engatilhar uma inclinação. Todos nós temos inclinações sobre questões morais, assevera Posner, mas como o discurso moral é indeterminado, ele não afetará nossas visões. Se eu estou inclinado a condenar o aborto, não terei dificuldades em encontrar um filósofo que dê uma aura de respeitabilidade filosófica para minha inclinação, caso seja uma das poucas pessoas interessadas no que os filósofos dizem sobre uma questão de política pública ou de moralidade privada (2000b, p. 1021).

2.2.3 O papel da teoria no pragmatismo jurídico de Posner

Na década de 1980, em seu citado artigo "*The decline of law as an autonomous discipline*", Posner postulou que a **teoria jurídica** fosse tratada como o estudo do direito a partir de um **viés interdisciplinar**. Não mais apenas como um meio de aquisição de competências profissionais convencionais, mas também de disciplinas externas, usando os métodos de investigação científica e humanística para ampliar o nosso conhecimento do sistema jurídico (1987a, p. 779).

Isto em certa medida aproxima Posner da "**liberdade de culpa teórica**" defendida por Thomas Grey (item 1.2.1), que coloca os pragmatistas em uma posição teórica que é crítica da teoria jurídica moderna, que possibilita que os críticos evitem os paradoxos lógicos colocados por visões contraditórias, tais como a "perspectiva de auto-referência" (de que não há verdades universais) e a "perspectiva dogmática" (minha verdade é a verdade *real*).

A interdisciplinaridade proposta por Posner e que é enfatizada a partir de *The Problems of Jurisprudence*, tenta mostrar como a história do pensamento jurídico moderno tem sofrido desde o seu início com dilemas e paradoxos. O livro acaba por ser uma tentativa de mostrar todas as teorias que tem tradicionalmente ocupado a mente dos filósofos do direito norte-americano e demonstrar que o problema em cada uma dessas teorias é que há alguma coisa faltando, isto é, que cada teoria tem seu "calcanhar de aquiles". Na opinião de Posner, o pensamento jurídico moderno apresenta uma série de lacunas que nunca foram completamente explicadas, nem resolvidas, tais o próprio problema de manter a crença no direito autônomo, de defender um conceito de direito sem ideologias, do conhecimento sem verdade, etc[104].

Segundo Minda (1995a, p. 375), Posner, ao invés de tentar oferecer uma **nova abordagem teórica** para resolver o quebra-cabeça do pensamento jurídico moderno, adotou a estratégia de se **recusar** a participar de mais "**conversas teóricas**", argumentando que os teóricos jurídicos devem se afastar da meta de aperfeiçoar a teoria jurídica e dirigir

[104] Cf. Minda (1995a, p. 375).

sua atenção para a prática empírica e a experimentação. Posner coloca seus esforços para superar os problemas da filosofia e passar para aquilo que "*realmente interessa*", advogando uma alternativa tipicamente neopragmática.

Contudo, Posner diz **não estar globalmente contra a *toda a* teoria**. Afinal, Posner concorda com os pioneiros do pragmatismo clássico no sentido de que o raciocínio teórico é contínuo ao raciocínio prático, e não uma faculdade humana segregada; entretanto, é hostil a todos os empreendimentos teóricos que não possam guiar à investigação que se dê por meio da **experiência**[105].

Ele entende que a teoria econômica, e as ciências naturais como a biologia evolutiva, são mais úteis, uma vez que dotadas de espírito empírico, não se podendo dizer o mesmo da teoria moral, como pudemos observar no item anterior (POSNER, PMT, 1998d, p. 1645).

Posner entende que há alguns exemplos de teorias bem-sucedidas. Ele não acha que as teorias científicas possam encarnar "verdades definitivas" sobre a estrutura do universo, embora não duvide da utilidade de tais teorias (LPD, 2003a, p. 77). Entende, assim, que os mais bem sucedidos exemplos teóricos são encontrados em áreas da **ciência** natural, que são as entidades de estudo observável ou **empírico**; tais teorias podem ser refutadas por meio da comparação das previsões geradas pela teoria com os **resultados experimentais**.

Como observou em *Overcoming Law*, para o pragmatismo jurídico, **a ciência** deve ser vista **como um conjunto de métodos comprovados** de ampliação de conhecimento útil para os seres humanos, não como fonte de "verdades definitivas" (POSNER, OL, 2009, p. 417). Deste modo, se o pragmatismo jurídico busca um direito mais empírico, não deve rejeitar toda a teoria que se une à ciência, uma vez que esta se torna inútil sem um aparato teórico (POSNER, OL, 2009, p. 20).

Para Posner, portanto, descrever ou teorizar sobre o direito deve se dar dentro de uma estrutura prática e experimental. Isto também se aplica à decisão judicial, precisamente por que não há fórmula *a priori* que diga como os juízes devem decidir. Nesse passo, a ciência deve ser empregada não para descobrir a natureza do direito pela simples observação, mas pela construção de teorias sobre sua natureza e que são motivadas pelo desejo do homem de controlar o meio ambiente.

---

[105] LPD, 2009, p. 04.

Em termos de filosofia da ciência, Posner se considera um **falsificacionista**, que acredita que testamos teorias empiricamente não para confirmar quais sejam "verdadeiras", mas para expor aquelas que são "falsas", isto é, incapazes de serem utilizadas como instrumentos para estudar o comportamento social (PJ, 2007b, p. 488, n. 08).

Diz concordar com a teoria de Karl Popper (1902-1994), "para quem a marca de uma teoria científica é o fato de ser refutável, porém não confirmável", de modo que chegaremos à conclusão de que "toda teoria científica é conjectural e nenhuma indução é confiável[106]". **Teorias científicas são uma função das necessidades** e dos desejos humanos e não da forma como as coisas são na natureza (POSNER, OL, 2009, pp. 412-413).

Portanto, para Posner, o que se deve rejeitar são as teorias e investigações científicas de "má qualidade". Para tanto, é preciso a verificação de dois fatores: **i)** que a teoria apresente proposições refutáveis e que; **ii)** os dados para refutá-las podem ser observados no mundo real. Teorias das ciências naturais tendem a satisfazer o primeiro requisito, mas às vezes tropeçam no segundo. A teoria da evolução de Darwin, por exemplo, não pode ser observada, porque a maioria dos fatos ocorreu antes que houvesse observadores que deixassem seus registros. Assim, a teoria da evolução não pode ser falsificada, comparando suas previsões com o que "realmente" aconteceu, e o que não pode ser empiricamente falsificado não pode ser confirmado empiricamente.

Posner alerta, entretanto, que não que dizer que essas teorias sejam bem sucedidas porque são verdadeiras, ou mesmo que elas sejam verdadeiras. Eles são bem sucedidas apenas por nos ajudarem a controlar o nosso ambiente físico e social. E, uma vez que a moralidade é uma característica do ambiente social, é apenas contra aquela teoria moral que pretende mudar o comportamento do homem, e não apenas identificar como nos comportamos[107].

Pode-se afirmar, portanto, que o caráter antiteórico do pragmatismo de Posner é mitigado. Isto porque Posner rejeita as teorias enquanto fundamentos da ação, mas aprecia a utilização de métodos teóricos, especialmente os científicos para controle do ambiente em que vivemos. Além da economia, cujo caráter empírico é adaptável ao empreendimento jurídico, e à qual Posner concede um papel diverso do que tinha na AED, de acordo com

[106] De acordo com a concepção de Popper, explicada por Posner, "os cientistas experimentam uma teoria após a outra, confrontam cada uma dessas teorias com os dados, descartam aquelas que os dados refutam e, assim, por meio desse processo, continuamente ampliam o conhecimento científico". Tal explicação é condizente com o método experimental de tentativa e erro explicitado por Posner nos itens anteriores (Cf. PJ, 2007b, pp. 88-89).
[107] Posner (PMT, 1998, p. 1648).

sua perspectiva, outra disciplina que vem sendo aplicada ao direito é a **filosofia política e moral**, sobretudo quando definida de modo abrangente, para incluir a hermenêutica (entendida como interpretação como modo de conhecimento) e a teoria política (OL, 2009, p. 90). Vejamos qual o tratamento dispensado por Posner a cada um desses posicionamentos teóricos.

2.2.3.1 O novo lugar da teoria econômica no pragmatismo jurídico de Posner

Posner sustenta que a relação entre pragmatismo jurídico e concepção instrumental do direito mais desenvolvida é a ecônomica (OL, 2009, p. 426). A eficiência econômica, antes defendida na AED como fundamento do direito, serve agora apenas como fundamento para avaliar a solidez das decisões jurídicas, regras e instituições.

Para ele, a economia é um corpo teórico intimamente relacionado com a teoria da evolução, haja vista que conceitos como a maximização de riqueza, a concorrência, a racionalidade inconsciente, os custos de investimento, a sobrevivência, e as funções de equilíbrio encontram paralelos em ambas as teorias. Mas, ao contrário da teoria da evolução, a teoria econômica lida com comportamentos sociais observáveis, tais como os movimentos de preço, tamanho da empresa, os custos de entrada e saída, faltas, os salários, os métodos de compensação de funcionários e outros agentes, os investimentos de capital, crescimento populacional e da produção industrial.

Como visto anteriormente, a "posição original" da AED foi usada pela primeira vez pelos economistas visando estabelecer as bases consensuais da maximização da riqueza (POSNER, 1980a, pp. 497-498). Contudo, as experiências empíricas sobre o efeito de uma determinada variável econômica sobre o comportamento observável são difíceis de construir, criticado na AED (POSNER, PMT, 1998, p. 1647).

Todavia, ele diz que há ainda um número razoável de experiências empíricas em economia, tais como a adoção e o abandono dos controles de preços em diferentes lugares e em diferentes momentos, a desregulamentação do transporte e até mesmo a queda do comunismo, que comprovam as previsões da economia. Por exemplo, que o controle de preços causa filas nos mercados, que a produção sob concorrência é maior do que a

produção em regime de monopólio, que a discriminação de preços leva à arbitragem, e que os aumentos das taxas dos impostos especiais de consumo levam a preços mais elevados e menor produção (POSNER, PMT, 1998, p. 1647). São consequências econômicas centrais para a análise jurídica pragmática (POSNER, LPD, 2003a, p. 78).

Em *How Judges Think*, Posner diz que, dado o caráter científico da análise econômica, ela poderá garantir uma boa abordagem jurídica, especialmente nas áreas em que **há consenso**, ainda que os juízes não se dêem conta de que o que estão fazendo seja economia. Para ele, a escolha dos juízes de decidirem com base na economia em áreas mais sensíveis do direito, onde faltam os materiais jurídicos ortodoxos (regras e precedentes) é ideológica, exceto quando há grande consenso de que a economia possa guiar a decisão; **o consenso reprime o conflito ideológico** (POSNER, HT, 2008, p. 237).

Por exemplo, a **análise de custo e benefício**[108] pode ser considerada uma forma disciplinada para medir as consequências dos cursos alternativos das decisões e, assim, escolher a que parece produzir o maior excedente das consequências boas sobre as más (POSNER, HT, 2008, pp. 245-246). Tal afirmação indica que, embora se reconheça uma "virada pragmática" nos trabalhos de Posner, sua veia econômica ainda é latente e vai além da análise de custo e benefício como método pragmatista[109].

Na versão pragmática, a análise econômica identifica as consequências das decisões jurídicas, mas deixa ao juiz a decisão sobre como sopesar essas consequências no processo decisório (POSNER, 2004b, p. 152)[110]. O argumento mais forte a favor da maximização da riqueza passa a ser, portanto, pragmático; é mais instrumental do que fundacional, quando não "constitui objeção ao seu uso como guia do direito e de políticas públicas" (POSNER, PJ, 2007b, p. 520).

---

[108] Em um texto antecedente à sua virada pragmática, Posner já afirmava a manutenção do método de análise de custo e benefício, justificando-o da seguinte forma: "Given the close relationship between means-ends rationality and cost-benefit analysis, and recalling the close relationship suggested earlier between logical reasoning and economic models […], one can begin to understand why economics has made such inroads into law in recent years: **The implicit structure of much legal reasoning is economic**. But **law is not merely a translation of or approximation to economic analysis**; in particular, authority and interpretation are not – not yet, anyway – forms of reasoning that can be fruitfully modeled in economic terms (1988b, p. 853).

[109] Nas palavras de Tamanaha, "it is not clear that this represents a change of position or merely a more explicit articulation. Regardless of this more explicit skepticism, however, there is no indication that Posner's substantive political position has changed, and he continues to urges efficiency standard for judicial decisions" (1996, p. 337).

[110] Em outra passagem, Posner afirma que "The economist, like the pragmatist, is interested in ferreting out practical consequences rather than engaging in a logical or semantic analysis of legal doctrines" (HT, 2008, p. 238).

Em outras palavras, em sua avaliação pragmática, a **maximização de riqueza** deixa de ser o critério último para a valoração das consequências desejadas pelo julgador, passando a ser **um método útil apenas circunstancialmente**, o que se ajusta a um conceito intuitivo e flexível do direito proposto por Posner.

Ademais, como o próprio Posner concede, a maximização de riqueza "é uma ética de produtividade e cooperação mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade" (PJ, 2007b, p. 526), o que indica que a sua teoria da AED enquanto método de decisão judicial pragmática pode apenas levar à conservação do *status quo*[111].

Posner acredita que essa discussão a respeito do papel da teoria deve ajudar a refinar o sentido de que **o pragmatismo é suspeito de abstrações**. É certo que toda a ciência depende de abstração. Mesmo as teorias científicas (dentre elas a economia), como visto acima, são abstratas. Contudo, ele afirma que **a abstração enquanto instrumento da ciência empírica**, isto é, enquanto ponto de partida da investigação pragmática é muito diferente de abstração como um ponto final da investigação, que é o tipo de abstração se encontra na teoria moral e filosófica.

Posner exemplifica esta assertiva da seguinte forma: o economista que usa um modelo estilizado, descritivamente irrealista de "*homem racional*" para prever a resposta sobre a demanda por cigarros relativa a um aumento do imposto sobre o cigarro está empregando abstração para orientar a pesquisa empírica.

Seria, daí, anti-pragmático, se ficasse indiferente ao resultado da investigação, ignorando sua refutação da teoria pelos dados, ou se tentasse deduzir do utilitarismo, do tomismo ou da filosofia política de Locke ou Kant um dever dos juízes e legisladores de

---

[111] Pensando-se pragmaticamente, em um mundo no qual a maximização da riqueza é percebida normativamente como uma condição prévia para a realização da pluralidade de fins existentes na sociedade, há um sério perigo de que a atenção aos meios de maximização de riqueza ofusque a persecução de outros fins. Assim, embora em teoria de maximização de riqueza, servisse apenas como meio, na prática, obriga todos os outros fins a ser continuamente adiados ou relegados a um plano menor. Deste modo, ao se pressupor que os grupos de interesse mais poderosos estejam em melhor posição para influenciar os legisladores, a combinação da distribuição da riqueza pelo Legislativo e maximização da riqueza pelo Judiciário parece inevitavelmente caminhar cada vez mais para aumentar as disparidades de alocação de recursos. Cf. Rosenfeld (1996, pp. 116 e 122). No mesmo sentido, vale a preocupação de Fish sobre o pragmatismo declarado de Posner e a sua identificação prévia como membro da AED. Para ele, se Posner mantiver a aplicação de conceitos econnômicos, **não terá escapado da semântica** (entidades meramente verbais) **e da metafísica** (declarações baseadas na fé do que *é*), mas simplesmente estará nos anexando a novas versões dos mesmos critérios da primeira geração da AED. A transformação de sua concepção da AED, como Posner parece desejar, não levaria a métodos "suscetíveis de avaliação objetiva" (POSNER, PJ, 2007b, p. 164), mas a métodos não mais firmemente fundamentados do que as premissas totalmente contestáveis que "autorizar" a sua aplicação. Além disso, o resultado não seria um direito mais enraizado empiricamente, mas nenhum direito (FISH, 1991, p. 60).

criar o direito em conformidade com os ensinamentos da economia ou alguma outra ciência social (POSNER, LPD, 2003a, pp. 77-78).

O questionamento, diz Posner, deve ser sobre se a análise econômica pode ser *a* melhor abordagem ao sistema jurídico. Não precisamos pensar a economia com um compromisso com doutrinas éticas abrangentes como as acima citadas, mas que adeptos de diferentes doutrinas possam concordar (**ou consentir**) com ela, quer sejam eles igualitaristas, liberais, economistas libertários ou entusiastas da justiça corretiva (OL, 2009, p. 427).

2.2.3.2 Antifundacionalismo e teorias filosóficas

No primeiro capítulo do presente estudo, vimos que os escritores pós-modernos tem uma profunda desconfiança do sentido das metanarrativas modernas e de qualquer fundamentação metafísica do direito, como "justiça", "igualdade", "direito natural". Tais conceitos são considerados contingentes e relativos, de sorte que qualquer teoria que extraia deles sua legitimidade será rejeitada.

Vimos também anteriormente que o pragmatismo jurídico posneriano é **antimetafísico e antidogmático**, no sentido de que olha para as **teorias científicas como ferramentas** que nos ajudam a explicar e a prever o mundo (OL, 2009, p. 07). Partindo do argumento de que o direito é uma atividade, e não um grupo de conceitos, falar em filosofia para Posner só é valido se se referir a uma prática, voltada para o seu sentido útil, expresso no uso dos métodos analíticos para derrubada de entidades metafísicas, tais como o livre-arbítrio. Tais métodos se tornam inúteis, para Posner, se utilizados para construir teorias projetadas para orientar a ação. Além disso, Posner acredita que, como há muitas teorias com essa pretensão e que elas costumam **divergir** entre si e não podem fornecer bases sólidas para as decisões judiciais.

Posner rejeita, pois, teorias que tenham pretensões fundacionais, isto é, a ideia de encontrar em alguma teoria abrangente as respostas às questões sobre a realidade e a conduta pessoal. Isto o levou a concluir que o "**pragmatismo é a filosofia de viver sem fundamentos**" (OL, 2009, p. 30).

Posner concede a seu pragmatismo um **caráter antifundacional**, não apenas no sentido de que nossas decisões devem ser fundadas em alguma relação de justificação e verdade, mas também no sentido de que não pode haver uma concepção epistemológica como uma teoria *a priori*, cuja missão seja fornecer uma **base universal**, de todas as reivindicações legítimas do conhecimento, no sentido de descobrir um princípio **unificado** que serviria de base para as decisões judiciais[112].

Dada essa negação de fundamentos absolutos, Posner está empenhado em afirmar que nenhuma pretensão pode justamente apresentar-se como assente em tais fundamentos (ou consenso), porque eles são intangíveis[113]. Para ele, a **objeção ao fundacionalismo** se dá simplesmente porque, a partir dele, não há ponto de parada natural, mas um processo de regressão infinita (POSNER, 2004c, p. 664).

Nesse sentido, como exposto no item 2.2.2, Posner vê com desconfiança a possibilidade de que a filosofia moral possa oferecer algo ao direito, especialmente quando se trata de respostas a questões jurídicas específicas, que tragam **desacordos** morais. Tal se dá em razão da **filosofia moral** ser, em grande parte, um **metadiscurso**, que diz respeito menos à apresentação de uma resposta à pergunta sobre como vamos viver bem do que à possibilidade (ou impossibilidade) de que haja resposta para tais perguntas.

E, uma vez que os metadiscursos e metanarrativas estão em crise, era de se esperar que Posner, porquanto influenciado pelo momento histórico em que vive, rejeitasse também teorias que se pretendessem fundacionais e universalizantes. Sendo assim, dado o seu caráter fundacional, Posner conclui que a **filosofia moral não tem as chaves para a solução das questões jurídicas**, sendo, no fundo, reflexo dos dilemas morais que justamente tornam as questões difíceis[114].

Posner exemplifica o seu argumento, alegando que a influente teoria política de Locke pode ser separada da sua fundamentação metafísica na teologia cristã e suas fundações morais na ideia de que "o trabalho produtivo cria direitos". Conceitos políticos como o republicanismo, a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos e secularização da política podem também ser destacados de sua égide filosófica e avaliados sem levar em conta os princípios filosóficos. Então, Locke poderia ser discutido tanto por

[112] Cf. no mesmo sentido Farber (1988, p. 1334).
[113] Cf. Kramer (1996, p. 472).
[114] Cf. Posner (PJ, 2007b, pp. 466-467). Emblemática, nesse sentido, a comparação de Farber sobre o tema, ao afirmar que, se os juízes precisassem de fundamentos teóricos para decidir o caso *Marbury vs. Madison*, este caso ainda estaria na Suprema Corte, aguardando o início de cada ano judiciário para ser decidido (1988, p. 1332).

cientistas políticos como por filósofos morais, mas as discussões dos cientistas políticos tendem a serem mais proveitosas (POSNER, 1998b, p. 1810).

Em sentido mais abrangente, contudo, Posner **não rejeita o papel importante da filosofia no direito**, desde que esta funcione como **método investigativo, mas não como método para fixar as fundações inabaláveis para o conhecimento**. Como afirmou certa vez, a tendência da maioria das especulações filosóficas é, ao contrário, sacudir as concepções de uma pessoa, de modo que, se for um juiz, é possível que, a partir da leitura filosófica, sinta os pressupostos que definem a sua cultura profissional "tremerem". A filosofia, **especialmente a filosofia pragmática**, incita a dúvida, e o questionamento incita novas dúvidas, fazendo com que o juiz seja menos dogmático, e mais um adjudicador pragmático.

Ao mesmo tempo, Posner não está comprometido com o argumento de que nenhuma pretensão ou argumento seja melhor do que qualquer outro, pois isso só pode ser observado na conversação, isto é, empiricamente. Deste modo, a filosofia, kantiana, liberal, benthaminiana, qualquer fundamento que ela tenha, pode auxiliar no esclarecimento de certas questões jurídicas, como causalidade, intenção e responsabilidade. Mas a filosofia em si não nos diz sobre como refletir moralmente sobre a justiça de se impor culpa sem prova do nexo de causalidade (POSNER, PMT, 2002, p. 120). Afinal, devemos aceitar a pluralidade irredutível de objetivos e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea (POSNER, LPD, 2003a, p. 56). Ao mesmo tempo, reconhece que a filosofia, a teologia e o direito tem estruturas conceituais paralelas. O **pragmatismo filosófico encoraja uma visão cética** sobre as fundações do direito tradicional com paralelo com a filosofia tradicional (POSNER, 1996, p. 20).

Com isto, Posner quer dizer que não está em busca da defesa do pragmatismo filosófico. Para ele, o pragmatismo filosófico contribui "***carpindo o terreno e deixa que outros plantem a floresta***", não oferece exatamente um quadro de apoio à prática jurídica (POSNER, 1991, p. 44).

Rorty explica essa metáfora de Posner, afirmando que o que há de ser capinado é, especificamente, o **terreno filosófico**. O neopragmatismo e assim o pragmatismo jurídico, devem ser vistos como um esforço de limpeza das ervas daninhas que surgiram no período de eclipse do pragmatismo clássico, em que a filosofia analítica e o positivismo lógico reinaram, restaurando a aparência do terreno em que Dewey apresentou suas ideias (RORTY, 1991, p. 92).

Nas palavras de Posner, a importância da filosofia pragmática está em desmascarar e desafiar os vestígios tradicionalistas e teleológicos do pensamento Iluminista. Seu valor está em munir as pessoas com argumentos filosóficos e prevenir o encerramento prematuro dos debates jurídicos, não propriamente em resolvê-los (2009, pp. 417 e 419).

Contudo, Posner, assim como os demais adeptos do pragmatismo jurídico, que procuram defendê-lo em seus próprios termos, entende que o **pragmatismo filosófico não determina o pragmatismo jurídico** ou qualquer outra atitude de filosofia do direito, como se fosse seu corolário.

Seria um erro, por exemplo, imaginar que exista uma "doutrina" pragmatista da liberdade de expressão, isto é, que seja possível usar o pragmatismo para dizer a um juiz como decidir um determinado caso que envolva a liberdade de expressão (POSNER, OL, 2009, p. 417). Mas o pragmatismo filosófico pode desempenhar um papel paternal, criando as condições necessárias à existência das teorias pragmáticas jurídicas, incluindo a teoria da adjudicação pragmática (POSNER, 1996, p. 20).

Embora Posner tenha adotado, até o presente momento, posturas típicas do pragmatismo filosófico (clássico ou neopragmático), ao mesmo tempo nega suas implicações lógicas inconvenientes, isto é, as críticas que foram sugeridas para o pragmatismo e expressas no primeiro capítulo deste estudo, em busca de uma defesa própria de seu posicionamento "pragmático".

É na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, de 2003, que Posner procura desfazer a relação de prioridade entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico[115]. **O seu argumento, portanto, é de que o direito não precisa de fundações metafísicas**. Para ele, as **posições filosóficas são como dogmas**, e argumenta que "**o filósofo pragmatista desvaloriza sua própria atividade, o filosofar**, pois não se sente confortável quando lhe dizem que o valor da filosofia é inversamente proporcional ao da sua utilidade".

Posner duvida, assim, da capacidade da filosofia na determinação de deveres e direitos (LPD, 2003a, pp. 08-09), muito embora se utilize de argumentos filosóficos para

[115] Embora essa busca por desvincular o pragmatismo filosófico do pragmatismo jurídico tenha se evidenciado nesta obra, tal pensamento já se apresentava em *The Problems of Jurisprudence*, quando Posner, ao discutir as ideia de Holmes, sugeriu em sua conclusão sobre a avaliação do pensamento do jurista que "o compromisso com o pragmatismo não exige, nem mesmo permite, a aceitação indiscriminada de suas concepções jusfilosóficas" (PJ, 2007b, p. 327). Cf. também Posner (2004b, p. 149).

demonstrar que as conclusões filosóficas são não-pragmáticas e, portanto, dogmas insustentáveis[116].

Posner rejeita a agenda da filosofia iniciada por Platão, cuja tarefa era de "descobrir por meio do raciocínio especulativo as verdades que garantiriam fundamentos seguros para o conhecimento científico e para as crenças morais, políticas e estéticas" (LPD, 2003a, pp. 29-30). Alega que, na verdade, as características apontadas como presentes no pragmatismo filosófico e no pragmatismo jurídico (antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo) são apenas "um núcleo mínimo de convergência de qualquer posição 'pragmática' sem sentido amplo"[117].

Acredita que a razão para a desconexão entre pragmatismo filosófico e a prática jurídica esteja no fato de que proposições que definem o pragmatismo jurídico também serem proposições da filosofia acadêmica, daquele tipo que impõe um princípio unificado para guiar a ação humana, e que pretende normatizar o direito. Este tipo de filosofia tende a ser contemplativo e não orientado para a ação, não tem público entre juízes e advogados, muito menos entre os políticos, mesmo quando a filosofia é apresentada por professores de direito[118] (POSNER, LPD, 2003a, p. 11).

Quanto às críticas ao **pragmatismo filosófico**, aponta Posner, o problema está no indevido tratamento **teórico fundacional** que lhe é dado. Afinal, a filosofia pragmática, sendo crítica quanto às teorias mais do que práticas, tem pouco a dizer sobre práticas específicas (POSNER, LPD, 2003a, p. 11).

Para o ele, portanto, o pragmatismo deve ser encarado mais como uma tradição, uma atitude, uma perspectiva, e não um corpo doutrinário, que tem afinidades em vez de uma extensão teórica. Há, para Posner um **modo pragmático**, que se ramificou em um pragmatismo filosófico e em uma prática cotidiana do pragmatismo (POSNER, LPD, 2003a, p. 26), de modo que a *perspectiva pragmática* precede o conhecimento do pragmatismo filosófico, e não é moldado por ela (POSNER, LPD, 2003a, p.47). Vejamos, pois, em que termos Posner trata sobre esse modo pragmático e quais serão suas implicações para seu conceito mais abrangente de pragmatismo jurídico.

---

[116] No mesmo sentido Luban (1996a, p. 1018).

[117] Cf., no mesmo sentido, Arguelhes; Leal (2009, pp. 179-180, n. 30).

[118] Posner não está sozinho nesta afirmação. Cita, por exemplo, Grey, que diz que o pragmatismo jurídico é mais bem visto como autônomo, em relação a seu antepassado filosófico, posto que a teoria jurídica é em prática, de um modo que a filosofia não é. Rorty também concorda, afirmando que os juízes provavelmente não irão achar filósofos pragmatistas úteis. Cf. Posner (1991, p. 35).

2.3 O pragmatismo cotidiano de Posner

Na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, Posner conceitua o pragmatismo cotidiano como uma mentalidade denotada pelo **uso popular[119] do termo "pragmático"**, significando prático e negocial, 'não absurdo', desdenhoso de teorias ou princípios éticos abstratos e de pretensão intelectual, desprezando os "moralizadores e sonhadores utópicos". É a atitude que predisporá a julgarmos as proposições pelo critério "do que funciona" e com fundamento nas consequências concretas para nossa felicidade e prosperidade (POSNER, LPD, 2003a, p. 50).

Diferencia-se o pragmatismo cotidiano do pragmatismo filosófico, fundamentalmente, por aquele ser uma **concepção antiteórica**, destituída de qualificação filosófica fundacional.

Posner considera, ainda, que as diferenças são essencialmente de natureza institucional. O discurso filosófico do pragmatismo é acadêmico, sutil, complexo e realizado em vocabulário técnico. Ele também **tende a ser contemplativo e não orientado para a ação cotidiana.** O pragmático utiliza o **senso comum** para resolver problemas; O filósofo pragmatista explica porque este é um procedimento sensível[120].

Consiste, o pragmatismo do dia-a-dia, "na projeção da idiossincrasia média norte-americana, assumindo caráter de concepção contextual autocompreendida como não teorizada". É a atitude que **predispõe os americanos a julgar propostas pelo critério "do que funciona", de suas consequências concretas pela felicidade e prosperidade das pessoas** (POSNER, LPD, 2003a, p. 50).

Três são as premissas pragmáticas cotidianas: **i) princípios éticos** pragmáticos são **contingentes**, refletindo as circunstâncias da cultura, localidade, e da história; **ii)** os **pragmatistas conduzem suas investigações éticas empiricamente** sobre as

[119] Ou na crítica de Luban, "um pragmatismo primitivo". De acordo com Luban "primitive pragmatists are anti-philosophical, not for theoretical reasons, but simply because they have a tin ear for philosophy. The philosopher's most basic impulse – to seize every opportunity for reflection and to push reflection as far as it can go in an effort to find coherent sets of principles to organize experience-seems to the primitive pragmatist to be little more than a children's game. (1996a, pp. 1007-1008).

[120] Posner (LPD, 2003a, p. 52).

características específicas das instituições, práticas e dificuldades das quais os agentes reais participam, constróem e enfrentam; **iii)** os pragmatistas justificam suas recomendações **contextualmente**.

De acordo com esta descrição, redigida em **linguagem ordinária**, sem referência a conceitos técnicos ou filosóficos, Posner acredita que podemos reconhecer o **método** de pesquisa usado pelas pessoas comuns, e se nós apenas substituirmos o termo "**ético**" para "**jurídico**" na descrição acima, seremos capazes de reconhecer o método de adjudicação utilizado pelos juízes (POSNER, LPD, 2003a, pp. 52-53).

Esse modo pragmático é, para Posner, ativista, no sentido de que "**crê no progresso sem se fingir capaz de defini-lo** e acredita na possibilidade de alcançá-lo através da ação humana calculada" (OL, 2009, p. 05).

Desta forma, Posner sustenta que o valor do pragmatismo cotidiano para o conhecimento dos significados das coisas está não na definição acurada, mas em nos levar a considerar o que muda em nossa vida ao acreditar que uma coisa seja ou não verdadeira.

À semelhança das metateorias, embora sem assumir pretensão de se tornar teórico em razão da crise das metanarrativas, o pragmatismo cotidiano pergunta o **porquê nós deveríamos nos perguntar se algo tem ou não função**. A justificação de uma solução adotada se dá pela demonstração da superioridade prática dessa solução proposta perante alternativas concretas apresentadas no mundo real.

Posner está ciente de que a ênfase no pragmatismo cotidiano traz à tona, porém, a crítica mais comum ao pragmatismo como um guia de comportamento: a falta de uma direção moral. Mas, mesmo pragmatismo filosófico, como sustentou, não tem qualquer valência política e, portanto, é igualmente compatível com quaisquer visões sociais, reacionária e revolucionária. O pragmatismo parece pedir "*apenas os fatos, madame*", trazendo-nos até o limite da distinção fato-valor (POSNER, LPD, 2003a, p. 55).

Contudo, Posner não responde a esta questão, o que demonstra o seu desdém por questões morais, as quais levam apenas ao dissenso, e não ao **consenso** do qual depende o ideal de **objetividade** científica que venera. Apenas sugere que "o sonho de usar a teoria para guiar e constranger políticos, incluindo decisões judiciais, é apenas isso: um sonho" e que, portanto, "devemos **aceitar a pluralidade irredutível** dos objetivos e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea como norte-americana, e prosseguir de

lá" (POSNER, LPD, 2003a, p. 56). E a forma de prosseguir está na razão prática, como se verá a seguir.

2.3.1 O pragmatismo cotidiano e o uso da razão prática

Diante de sua definição pessoal de pragmatismo, Posner passa a defender a ideia de que, assim como as demais pessoas, os juízes adquirem conhecimento a partir da reflexão e da experiência, valendo-se de uma multiplicidade de fontes jurídicas e não-jurídicas, objetivas e subjetivas, formais e intuitivas, conscientes e tácitas. É certo, porém, que os juízes não são capazes de fundamentar suas decisões exclusivamente na ciência e na lógica, ficando a questão de como então, poderiam desenvolver o raciocínio prático e adequado às necessidades sociais.

Em um contexto de ignorância e incerteza como este, o pragmatismo cotidiano de Posner poderia, assim, permitir com que fatores como a racionalidade limitada do homem e a sua falibilidade sejam consideradas no processo decisório. Porquanto rejeite a ideia de uma fundação teórica do direito, Posner argumenta, então, que **a razão prática** pode situar o pragmático e capacitá-lo para desenvolver uma forma instrumental de saber jurídico.

A razão prática é uma forma de conhecimento que existe e pode ser invocada em juízo. Não se trata de um raciocínio jurídico no sentido distintivo do termo (POSNER, 1988b, p. 841), até porque **não há qualquer método distintivo de raciocínio jurídico** (POSNER, 1988b, p. 859). Sustenta Posner que o conhecimento jurídico pode ser obtido através das **consequências** advindas do **processo experimental de tentativa e erro**, do qual faz parte a razão prática.

Embora lhe falte um significado padrão[121], o termo **razão prática** é caracterizado por Posner para **designar os métodos** "que as pessoas que incrédulas (mas que tem mentes curiosas) utilizam para formar opinião sobre assuntos que não podem ser verificados pela lógica ou pela observação exata" (POSNER, 1988b, p. 838).

Em *The Problems of Jurisprudence* Posner utiliza o termo para designar os método**s** que as pessoas usam para fazer uma opção prática ou ética, sendo movida por

[121] Cf. Posner (1988b, p. 837).

preocupações relativas à ação, sem buscar determinar se uma proposição é verdadeira ou falsa, tal como pretendem os métodos da "razão pura" (e aqui Posner se refere indiretamente às teorias morais, acima repelidas); é uma caixa de surpresas, que inclui relatos de fatos isolados, introspecção, imaginação, senso comum, empatia, atribuição de motivos, moral, autoridade do locutor, metáfora, analogia, precedente, costume, memória, experiência, indução e intuição (PJ, 2007, pp. 97-98). A razão prática serve, pois, para resolver as questões que a lógica não é capaz de resolver (POSNER, 1988b, p. 840).

A **intuição** é um dos elementos da razão prática que aproxima Posner do pensamento neopragmático. Multiforme e sem rigor, a intuição lhe é concebida por ele como faculdade de indução, conhecimento tácito e *corpus* de nossas crenças mais fundamentais, algo que "não podemos deixar de acreditar". É nosso conhecimento mais seguro, segundo Posner, pois as intuições "se encontram na base de todas as nossas provas e de todo o nosso raciocínio" (PJ, 2007b, p. 103).

Por mais diverso e não-rigoroso que seja o seu conteúdo, a razão prática é, para Posner, o nosso principal conjunto de ferramentas para responder às questões grandes e pequenas do cotidiano. **Embora a razão prática seja inarticulada**, posto que gerada de preconceitos que não podem ser empiricamente estabelecidos, ela gera um grau de certeza tão alto quanto as manifestações lógicas.

É certo que a razão prática parece servir apenas para resolver questões que nos parecem óbvias, tais como a de que ninguém comeu um elefante em uma "dentada" (POSNER, 1988b, p. 839). Mas Posner entende que a **finalidade da razão prática não é nos fornecer certezas**, até porque nem a "razão pura" é capaz de garantir certeza e objetividade. Na realidade, para Posner, a vantagem da razão prática sobre a razão pura é que a primeira muitas vezes pode gerar um grau razoável de confiança, que é posteriormente justificado quando métodos exatos de investigação são experimentados.

Em se tratando de direito, Posner diz não acreditar que, pelo simples fato de que os métodos da investigação exata raramente sejam utilizáveis pelos juízes para decidir, a maioria das decisões judiciais possa ser considerada discricionária ou política. Já a **razão prática pode responder a maioria das questões jurídicas que a lógica não pode responder**.

O argumento de Posner é o seguinte: se fizermos uma amostragem de casos aguardando julgamento, observaremos que uma determinada quantidade de casos litigiosos

vão a julgamento especialmente **em razão da indeterminação**, pois, se o resultado dessas demandas fosse claro, as partes normalmente resolveriam o caso antes do julgamento, ou mesmo antes de ajuizar uma ação. E, mesmo dentro desta amostra de casos, nem todos eles são de fato indeterminados. Muitos casos ficam pendentes de julgamento até a fase recursal, não porque o caso seja *realmente* difícil, mas porque os advogados (por vezes os seus clientes e, às vezes, infelizmente, os juízes, na opinião de Posner) são obtusos ou teimosos, ou porque os advogados querem deixar o caso sem solução, ou por causa da aspereza decorrentes do litígio subjacente ou o processo em si[122].

Em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Posner deixa claro que a sua concepção de **razão prática não é intercambiável com a teoria da moral**, a menos que o termo "razão prática" seja utilizado para designar todo raciocínio normativo sobre questões sociais, esforço este, que, como visto em sua discussão sobre o caráter fundacional da filosofia moral, seria inútil. Para ele, os juízes devem fundamentar aquilo que fazem, e os motivos nem sempre poderão ser encontrados nas fontes de autoridade do direito.

É, certo, concorda Posner, que as razões dadas por um juiz em uma série de casos podem ser costuradas, se o juiz é consistente, em uma "teoria", da qual ele poderia ser chamado a defender. Mas, entende Posner, isso não quer dizer que o juiz tenha chegado a essa teoria com ajuda de leitura ou o pensamento sobre as "teorias da moral" (PMT, 1998, p.1697).

2.3.2 O direito como questão de fato – empirismo de Posner

Uma explicação empirista do direito está ligada à concepção do direito enquanto evento do mundo exterior, diz Michelon Júnior (2004, p. 56). Nesses termos, para garantirmos a veracidade dos enunciados jurídicos, devemos interpretá-los em termos de algumas características primárias (como "extensão" e "massa") e comprovar os eventos enunciados por meio de um método experimental. Para tanto, o teórico do direito tem duas opções: **i)** ou considerar que a maneira pela qual tradicionalmente damos conta dos

[122] Cf. Posner (1988b, 840).

fenômenos jurídicos é repleta de equívocos e que deve ser abandonada; **ii)** ou oferecer uma interpretação dos termos e enunciados jurídicos cuja referência são **fatos brutos**.

Como vimos nos itens anteriores, Posner buscou sustentar duas afirmações: **i)** a de que o direito não é uma disciplina autônoma, derivando, daí, a necessidade de intervenção de outras áreas do saber, especialmente da economia, por sua capacidade empírica e experimental e **ii)** a de que o direito não é plenamente objetivo, no sentido de que, fora do consenso estabelecido em torno das normas jurídicas, impera o dissenso jurídico e moral, de tal sorte que se faz inútil o uso de teorias e da filosofia moral no direito que tenham pretensões universalizantes e fundacionais.

De outro lado, defendeu que cada pessoa tem o seu **código moral**. Para cada argumento de um lado da questão moral há outro argumento igualmente bom do outro lado. Mesmo que não seja "realmente" bom, a falta de consenso significa que a medida de argumentos morais criará um par de argumentos opostos, mas iguais o suficiente para criar um impasse. Eles são, portanto, incomensuráveis, porque lhes falta uma métrica comum de comparação. Eles podem ser racionalmente comparados, no sentido de que podem ser debatidos, mas o bate-e-rebate interminável que provocam não levam à vitória de um lado ou de outro (POSNER, PMT, 2002, p. 41).

Logo, se códigos morais existentes em teorias acadêmicas não podem ser entendidos como tentativa de refletir ou trazer algum fato específico sobre as pessoas[123], não haverá respostas convincentes para questões morais polêmicas a não ser que elas sejam reduzidas de alguma forma a **questões de fato**. Contudo, alerta Posner, não é o objetivo do pragmatismo para assumir o lugar da filosofia moral e resolver os problemas que a filosofia moral não pode resolver.

A esperança pragmática é, assim, que "**abstendo-se de disputa moral e concentrar-se sobre os fatos**" (POSNER, 2000b, p. 1019). Em um nível mais profundo, Posner defende, em *How Judges Think*, que os juízes vão além do argumento em direção aos dados: estatísticos, medidas precisas, fotografias, diagramas, fontes não-jurídicas. Não se trata simplesmente de escolher entre argumentos verbais em competição, mas procurar por uma resolução sensível sobre os interesses concretos em pauta (POSNER, HT, 2008, p. 248).

---

[123] "The moral codes of academic philosophers tend in fact to be at once nonstandard and hackneyed, predictable, and seemingly unexamined" (POSNER, PMT, 2002, p. 75).

Ao concentrar sua atenção nos **fatos e suas consequências** Posner anuncia seu pragmatismo jurídico como **empirista**, no sentido de ser avesso ao uso de teorias morais e políticas abstratas que não possam guiar à investigação que se dê por meio da **experiência**. Há, aqui, um afastamento do ideal do pragmatismo clássico, em que a dimensão teórica era uma das faces do empreendimento investigativo, não limitado aos fatos brutos.

Vimos no item 1.1.1 que a explicação empirista do direito está ligada a uma **definição fisicalista do direito, típica da Modernidade**, como um evento do mundo exterior. A missão do jurista empirista é, pois, conciliar a exigência de descrever o empreendimento jurídico em termos de fatos brutos com a interpretação dos termos e enunciados jurídicos e, no caso de Posner, até mesmo da moral[124]. Para ele, nós inevitavelmente vemos o mundo (os fatos) de dentro de uma perspectiva situada e tradicional (carregada de valor), construída por nosso temperamento e experiência pessoais[125]e, portanto, para alcançarmos padrões de objetividade jurídica por ele desejados, precisamos nos distanciar um pouco mais do empreendimento jurídico.

Como tais definições em termos de fatos brutos podem deixar sem explicação algum uso que fazemos dos termos e enunciados jurídicos[126], o empirismo pode se aliar ao ceticismo, no sentido que os enunciados jurídicos sejam representações das aparências¸ de maneira a fazer com que a investigação sobre o verdadeiro estado das coisas persista[127]. E, como visto anteriormente, o ceticismo de Posner é moderado, isto é, refere-se apenas à possibilidade de objetividade (e por via de consequência, de respostas corretas) na área aberta do direito.

Para que surjam boas decisões pragmáticas, diz Posner, os juízes devem compreender as dimensões empíricas dos litígios (1999, p. 119). Para ele, nada é mais antipragmático do que uma Corte invalidar um programa do Estado como inconstitucional ou ilegal antes que esse programa tivesse tido chance de mostrar efeitos e provar seu valor

---

[124] Tal asserção é representativa na seguinte passagem de Posner: "[...] Cases in the Anglo-American system of adjudication arise out of concrete disputes, and there is no rule against bringing to bear on those disputes a wide range of empirical data drawn from historical, psychological, sociological, and economic research. Often when this is done the moral issue disappears, as happened with the two euthanasia cases decided by the Supreme Court at the end of its last Term. This is a reason to regard moral theory as useless for law, even if it has some socially valuable uses in its own domain" (PMT, 1998, p. 1700)

[125] Cf. Tamanaha (1996, p. 346)

[126] Tamanaha acredita ser um equívoco a subsunção dos valores aos fatos. A distinção entre eles é, na verdade, uma ferramenta para que busquemos nossos projetos (1996, p. 347).

[127] Essa relação entre empirismo e ceticismo é considerada uma virtude do pragmatismo: chamar atenção para o perigo de encerramento prematuro dos debates em torno das questões jurídicas, sem necessariamente se preocupar em resolvê-las (POSNER, 1988b, p. 865).

empiricamente, em termos de **evidências factuais** e não de simples especulação (POSNER, HT, 2008, p. 246).

A exaltação de Posner dos fatos sobre os valores sociais é interessante e contraintuitiva. Posner acredita que, se os juízes decidirem com base nos valores morais, imporão valores controvertidos sobre o povo. Todavia, se eles julgarem com base em fatos, como pretende Posner, eles continuarão a impor valores às pessoas, só que de uma forma menos preocupante, **menos contestável**.

Essa **ameaça de circularidade** do argumento de Posner explica porque as Cortes devem olhar, segundo Posner, para além do perímetro de suas próprias decisões para desenvolver o direito[128]. Esta é a justificação consequencialista de Posner de julgamento **baseado em fatos** nos casos difíceis[129].

Até o momento, Posner buscou identificar a problemática da objetividade jurídica e da indeterminabilidade da resposta correta, excluir as teorias de caráter não empírico, afastar a utilidade da filosofia moral para o empreendimento jurídico e manter a análise de custo e benefício empregada pela AED, apagar a linha divisória entre o raciocínio jurídico e aquilo que convencionou denominar raciocínio prático.

Viu-se, ainda, que Posner sustentou, que, conquanto o direito tenha vocabulário especializado, preocupações e tradições especiais, não há procedimento analítico que distinga o raciocínio jurídico de outras formas de raciocínio. Daí Posner desenhou a figura do pragmatismo cotidiano, desvinculado de suas pretensões filosóficas e sustentado pelos métodos inarticulados da razão prática.

Posner proporá, então, a **desmistificação da decisão judicial**, a partir da avaliação pragmática das consequências sistêmicas e individuais do caso concreto, onde a sugestão da razoabilidade aparece como solução dos casos difíceis, temas estes que serão abordados nos próximos itens.

2.4 A decisão judicial (ou adjudicação) pragmática

[128] Cf. Luban (1996b, p. 69).
[129] Cf. Rosen (1995, pp. 589-590).

A atividade judicial, segundo Posner, pode ter vários objetivos (certeza, estabilidade jurídica, ativismo), dos quais os vários intérpretes atribuirão diferentes pesos. Todavia, **como não há consenso** a respeito desses objetivos, Posner acredita que é melhor deixarmos de falar em interpretação e traduzir as questões jurídicas em **consequências** de abordagens antagônicas[130].

Como diz em seu *Manifesto Pragmático*, as consequências do direito sçao o que há de menos conhecido sobre o direito, e a indiferença da profissão em face dos estudos que questionam a confiança do advogado nas consequências expressivas, simbólicas e normatizadoras é, para ele, espantosa (POSNER, PJ, 2007b, p.625).

No entanto, o melhor a fazer quando se invoca uma lei é, portanto, para Posner, "examinar as consequências de dar a quem a invoca aquilo que se deseja, então avaliar se tais consequências serão boas em termos gerais" (PJ, 2007b, p. 402). O exame do impacto das proposições jurídicas é que lhe dará crédito e solidez, de modo que a questão do direito será, então, descobrir quais regras e decisões jurídicas **produzem as melhores consequências**.

Cabe ao juiz pragmático sempre tentar fazer o melhor que pode pelo presente e pelo passado de sua comunidade, desvinculado de qualquer sentimento de dever de assegurar consistência, em princípio, com o que outros juízes que o antecederam fizeram no passado (1996, p. 04). É a ele que, portanto, caberá o exame das consequências desejadas e colocadas diante dele no processo judicial. Deste modo, **o núcleo do pragmatismo jurídico** se torna, para Posner, **a adjudicação pragmática**.

Na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, Posner **definiu a decisão judicial pragmática** como "a decisão mais razoável, considerando todas as coisas, onde 'tudo' inclui as consequências de cada caso específico e as sistêmicas, em seu sentido mais amplo" (LPD, 2003a, p. 13). É a decisão judicial uma disposição **prescritiva e normativa para embasar julgamentos de políticas públicas em fatos e consequências ao invés de conceitualismos e generalidades** (POSNER, 2004b, p. 150).

Diferencia-se o juiz **pragmático** do **positivista jurídico**. Embora ambos compartilhem da desconfiança em relação a proposições que não possam ser testadas pela observação (POSNER, OL, 2009, p. 09), o positivista acredita que o significado do direito

[130] Cf. Posner (PJ, 2007b, pp. 365 e 611).

está contido no direito positivado, de forma que nenhum direito será reconhecido e nenhuma obrigação imposta que não encontrem previsão no direito legislado. Está preocupado em assegurar a consistência do sistema jurídico. Já o juiz pragmático está preocupado em assegurar a consistência com o passado apenas na medida em isto conduza aos melhores resultados para o futuro[131].

A **consistência com o passado** não é um fim em si mesmo para o juiz pragmático, mas um **meio** para obter os melhores resultados para o caso presente. Para ele, **precedentes e regras jurídicas não contém todo o significado do direito**. São apenas **fontes de conhecimento**, de modo que Posner está consciente de que uma decisão que rompa abruptamente com os precedentes podem gerar maus resultados, estes concebidos como prejuízos à certeza e à estabilidade jurídica (POSNER, 1996, pp. 04-06). Em síntese, o positivista, para Posner, está preocupado com a autoridade do direito, enquanto que o pragmatista está **preocupado com os fatos** que cercam o caso concreto.

Em *How Judges Think*, Posner afirma a superioridade do juiz pragmatista, dizendo que "a palavra que melhor descreve o juiz americano médio em todos os níveis e hierarquias judiciais e produz o maior *insight* sobre o comportamento dele é **pragmático**" (HT, 2008, p. 230).

Não se trata, todavia, de afirmar que os juízes pragmáticos profiram decisões ***ad hoc***, isto é, que eles sempre decidem da forma que tenha as melhores consequências imediatas, sem levar em conta as possíveis consequências futuras (POSNER, LPD, 2003a, p. 60).

O pragmatismo jurídico demanda que os juízes considerem tanto as consequências de curto como as de longo prazo; as **consequências sistêmicas**, e não apenas aquelas **consequências específicas** do caso concreto (POSNER, 2004b, p. 150), de modo não a extinguir, mas a circunscrever a discricionariedade judicial (POSNER, LPD, 2003a, p. 61).

As **consequências sistêmicas** de uma decisão *ad hoc* estão contidas na ideia de "Estado de Direito". Para o pragmatista, consequências sistêmicas são algo muito maior. Tratam "[d]a consideração devida pelos valores sociais e políticos da comunidade, coerência, generalidade, imparcialidade[132] e previsibilidade na definição e administração

[131] Sobre a relação entre positivismo jurídico e pragmatismo, cf. Dimoulis (2006, pp. 157-165).

[132] A imparcialidade, para Posner, diz respeito também à separação do Judiciário das funções do Legislativo e do Executivo. Para ele, o princípio da separação de poderes tem um duplo aspecto. O primeiro, institucional, é representado pela expressão "Judiciário independente", segundo a qual os juízes devem decidir sem

de direitos e deveres" (POSNER, LPD, 2003a, p. 61), bem como "[d]a estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça às partes individuais; da importância tanto de preservar a linguagem como um método confiável de comunicação quanto de interpretar as leis e as cláusulas constitucionais com flexibilidade para fazer com que respondam às circunstâncias não vislumbradas pelo constituinte originário" (POSNER, OL, 2009, p. 423)[133].

Já as **consequências específicas** são aquelas que se restringem às pretensões das partes de um **caso concreto** e que fazem com que se decida em favor de um ou outro lado do litígio (POSNER, 2004b, p. 150). A ênfase em tais consequências, sustenta Posner, amarra o pragmatismo ao conservadorismo associado ao neopragmatismo, como vimos ao final da apresentação do item 1.1.3 deste trabalho.

Tais consequências específicas se apresentam quando a norma jurídica aplicada pelo juiz deve formar um "**equilíbrio**", como nos casos de negligência e a maioria dos outros casos de responsabilidade civil e, até mesmo nos casos constitucionais (POSNER, LPD, 2003a, p. 63). Assim, em um exemplo de teste de equilíbrio, o peso das consequências de cada caso específico será dado por meio da **análise de custo e benefício**, pesando-se os custos dos acidentes com os custos de prevenção de acidentes no caso de negligência típica.

Deste modo, assim como no **neopragmatismo**, quando nos confrontamos com um fato novo que desafia nossas crenças, tendemos a responder-lhe ajustando nossas crenças na menor proporção consistente com a assimilação **do novo fato**: uma nova ideia tenderá a ser assimilada pela estrutura jurídica existente de forma a produzir a **menor perturbação possível**.

Ao contrário do que se pode imaginar do pragmatismo, um juiz, ao confrontar uma nova pretensão sobre a qual não há consenso, perguntará a si mesmo (mais inconsciente do que conscientemente, segundo Posner) como poderá acomodá-lo com o

---

interferência de outros órgãos do governo, especialmente do Legislativo. O segundo indica que os juízes dividem o "poder de legislar" com o Legislativo, uma vez que o direito constitucional é, em larga medida, produto da interpretação elástica do texto constitucional pelos juízes da Suprema Corte (POSNER, LPD, 2003a, p. 61).

[133] O trecho acima citado é o único em toda a obra de Posner em que ele se detém na explicação de quais as consequências devem ser perseguidas pelo juiz pragmático. A falta de resposta, especialmente quando há noções em competição a respeito dos fins sociais que desejamos alcançar, decorrente do tipo de antiteoria e antifundacionalismo adotados por Posner serão determinantes para as críticas lançadas por Dworkin.

mínimo de perturbação aos conceitos aceitos do direito, refletidos nas regras e nos precedentes (2004b, pp. 150; 154-155).

Note-se que o pragmatismo jurídico, portanto, **não propõe rupturas a partir de decisões *ad hoc*** com o sistema jurídico existente, objetivando manter o respeito aos elementos do Estado de Direito.

A **tensão entre tais consequências** (sistêmicas e específicas), segundo Posner, promove a previsibilidade e neutralidade[134] do direito e facilita o monitoramento público do comportamento judicial, considerando que uma **regra**, precisamente porque não abstrai todos, mas apenas um ou alguns dos fatos, **é incompatível com os fatos de um caso real**, no sentido de que a aplicação da regra como está escrita produziria uma decisão contrária à política que anima a própria regra (POSNER, 2004b, p. 150).

Essa prescrição de Posner se relaciona com o **problema da imparcialidade** dos juízes. De acordo com essa análise consequencialista, os juízes poderiam agir como se fossem **legisladores intersticiais**, toda vez que tivessem de decidir algum caso que não fosse ditado por regras sobre as quais há consenso, de sorte que os juízes deixariam de ser neutros para se tornarem político-partidários (POSNER, 1988b, p. 862; 1996, p. 08; PJ, 2007b, p. 175).

Porém, Posner ressalva que juízes imparciais somente serão previsíveis "se seu poder for limitado, quer por regras claras e precisas estabelecidas por um legislador ou por um compromisso de se decidir em conformidade com os precedentes, "de modo a estabilizar o direito" (POSNER, LPD, 2003a, p. 62).

Um **valor sistêmico** que requer especial atenção, na visão de Posner, é a **preservação da linguagem** como um meio eficaz de comunicação. Se os juízes não interpretarem contratos e regras em conformidade com o **sentido comum** dos termos que aparecem nos textos, a certeza da obrigação jurídica será seriamente prejudicada. Os juízes que estiverem diante de um caso contratual em mãos subordinar esta avaliação apenas uma ponderação das consequências específicas serão, portanto, não-pragmático, embora seja igualmente não-pragmática a recusa a se considerar as consequências de cada caso

[134] Importante anotar a medida da neutralidade de Posner, na seguinte passagem: "Law is shot through with political values, which when endorsed by the public at large provide a neutral background of assumptions and presuppositions rather than being a cockpit of contention. He points out that "that which is unchallenged seems natural rather than political. Today, "this is the situation in large stretches of the common law. [...] Contract law, for example, is shot through with the values of capitalism, a political theory and practice" (POSNER, HT, 2008, p. 235).

específico completamente só porque a língua do contrato ou estatuto em questão pareciam suficientemente claros (POSNER, LPD, 2003a, p. 62). Assim, diz Posner, mesmo que falte a informação que precisamos para avaliar a eficiência relativa das regras e padrões jurídicos, em geral, há áreas específicas em que a melhor escolha é clara (HJ, 2008, p. 241), como é o caso do direito dos contratos, direito antitruste, regulação econômica (LPD, 2003a, p. 58).

Apenas em **circunstâncias excepcionais**, entretanto, o juiz pragmático dará "peso de controle" às consequências sistêmicas, tal qual o formalismo jurídico o faz. Isto quer dizer que apenas raramente o **formalismo jurídico será uma estratégia pragmática** (POSNER, 2004b, p. 151). Desenvolveremos este ponto do formalismo jurídico mais adiante.

Poder-se-ia pensar, por exemplo, na consideração da "justiça", da "igualdade" e da "liberdade" em uma decisão pragmática? Posner responde que o problema com termos como esses é que eles **não têm nenhum significado consensual**, pertencendo ao âmbito da metafísica e objeto do moralismo acadêmico contra o qual vem resistindo. São palavras e expressões abstratas evocadas nas decisões, mas que não facilitam ou determinam a análise ou o processo decisório, tais como "ninguém está acima da lei" (LPD, 2003a, pp. 66-67).

Posner argumenta que, quando estas palavras são analisadas com cuidado, elas se dissolvem na consideração das consequências da decisão. **Falar de justiça** na esfera judicial é essencialmente **falar em retórica**, geralmente **disfarçando decisões pragmáticas**. Onde poderosas intuições morais ou a opinião pública esmagadora aparecem, critica Posner, as seguem as noções de justiça, igualdade, liberdade, justiça, e assim por diante, sendo infinitamente maleáveis, e não conclusivas. **Os juízes não são a vanguarda moral**, e as palavras que usam tendem a ser as etiquetas para as condenações com **base na intuição e emoção,** isto é, na razão prática (POSNER, LPD, 2003a, p. 67).

Deste modo, dizer que um procedimento é "justo" significa o mesmo que apontar que há um equilíbrio razoável entre o risco do erro e o seu custo. Dizer que o tratamento dado a alguém é "desigual" expressa que as consequências globais desse tratamento são ruins e assim por diante (POSNER, LPD, 2003a, p. 67).

Posner concede que **o pragmatismo jurídico** possa parecer, conforme essa descrição, uma **abordagem vazia**, porque **i)** não pesa as consequências de uma decisão ou;

ii) mesmo especifica quais consequências devem ser consideradas. Isto porque, se o conhecimento pragmático é local e perspectivo, a investigação em busca de uma decisão não pode simplesmente começar de forma acrítica com os "fatos". Devemos ser críticos sobre como avaliar os fatos de um caso concreto. Fatos não são auto-suficientes e completos em si mesmos, isto é, não tem caráter normativo independente de nossa perspectiva. Eles são selecionados e descritos para um propósito. Os fatos serão selecionados com base em nossos interesses e, em resposta a problemas específicos na experiência. O que percebemos como um "fato" está sempre relacionado com a nossos propósitos[135].

Por tal razão, Posner sustenta que as **consequências são fatos que não tem significância normativa intrínseca**. Afinal, como vimos anteriormente, Posner entende que não se pode derivar um **"dever" de um "ser"**. Porém, em que pese o privilégio dos fatos brutos na abordagem pragmática, Posner está ciente de que, sendo o processo decisório também um processo interpretativo (ainda que não haja consenso sobre o que seja o objetivo da interpretação), **um valor deve ser considerado em cada consequência**.

Há situações, entretanto, em que os **valores são óbvios** como, por exemplo, no genocídio. E não seria preciso um aparato conceitual para justificar a crença de que as consequências do genocídio sejam ruins, sendo suficientes **os valores** morais básicos **compartilhados pela sociedade** (POSNER, HT, 2008, pp. 240-241). Uma decisão pragmática aceitável nesses termos de **valoração se relaciona às normas vigentes de cada sociedade**, correspondendo às suas necessidades.

Mas Posner, **em momento algum diz como o juiz deve decidir entre quais as consequências boas e ruins, e muito menos qual o peso a colocar em cada consequência, sistêmica ou específica**.

Não há nada no pragmatismo ou no consequencialismo que ajude a determinar as consequências, como reconhece Posner. Ele apenas não duvida de que "bondade e maldade" sejam determinadas por referência a interesses e necessidades humanas, mas está certo de que não cabe ao pragmatismo determiná-lo (POSNER, LPD, 2003a, p. 71).

Isso não quer dizer que os magistrados devam considerar as consequências vazias. Significa apenas que "juízes diferentes, cada um com sua própria ideia das necessidades da comunidade e interesses, vão pesar as consequências de forma diferente. Este é um

[135] Cf. a propósito Sullivan e Solove (2003, p. 721).

argumento para um sistema judiciário diverso" (POSNER, LPD, 2003a, p. 71), o que acrescenta mais um argumento em desfavor da correção ou incorreção das decisões judiciais na hipótese de dissenso.

Na verdade, alega Posner, o pragmatismo fornece uma **orientação normativa local** à ação do juiz, mas não universal. Sua utilidade local depende do grau em que a sociedade é normativamente homogênea, isto é, onde há **maior consenso**. Quanto mais homogênea a sociedade, melhor será aplicado o pragmatismo, muito embora mesmo numa sociedade heterogênea como a norte-americana, haja convergência em muitas das crenças que estão por trás dos princípios jurídicos (HT, 2008, p. 241), mas não em todas (1998b, p. 1803). No entanto, garantido que há algum grau mínimo de consenso entre os juízes, como Posner acredita que há, **o pragmatismo poderá ajudá-los a procurar pelos melhores resultados desimpedidos de dúvidas filosóficas** (PMT, 2002, p. 262).

O pragmatismo jurídico de Posner é compatível com diversas preferências morais e políticas, de modo que "existem múltiplos critérios para se identificar qual o melhor estado de coisas que podem ser gerados por certas decisões, como a fornecer um critério com base no qual seja possível ordenar as decisões possíveis e escolher a melhor"[136].

Posner defende, daí, que não há algoritmo para encontrar o justo equilíbrio entre o Estado de Direito e as consequências específicas de cada caso, a continuidade e a criatividade, padrões e normas. Na verdade, se conforma Posner, não há muito mais a dizer para o candidato a juiz pragmático do que **tomar a decisão mais <u>razoável</u> possível, considerando <u>todas as coisas</u>**.

Estas "**todas as coisas**" incluem, de acordo com Posner, **não só consequências concretas da decisão**, mas também os materiais jurídicos existentes e a necessidade de preservar os valores do Estado de Direito. Incluem ainda, considerações psicológicas e prudenciais tão variadas que **uma enumeração exaustiva é impossível**. Para Posner, isso torna difícil melhorar a descrição de Holmes sobre o que impulsiona a decisão do juiz que coloca a "experiência" acima da "lógica": "as necessidades sentidas do tempo, as teorias prevalecentes morais e políticas, as intuições da política pública, declaradas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que dividem juízes com seus companheiros" (POSNER, LPD, 2003a, p. 64).

[136] Cf. Arguelhes; Leal (2009, p. 192).

Muito embora tenha se esforçado na definição de "todas as coisas", Posner **não menospreza o perigo da abordagem pragmática**[137]. As pessoas tem convicção sobre um assunto e estarem completamente erradas. **Certeza não é o teste de segurança**. Uma pessoa sensata percebe que mesmo as suas convicções inabaláveis podem estar erradas. Em uma sociedade pluralista, no entanto, as convicções inabaláveis dos juízes não podem ser compartilhadas por outras pessoas o suficiente para que eles possam fundamentar uma decisão sobre essas convicções e estarem razoavelmente confiantes de que elas serão aceitas (1996, p. 13).

Posner também reconhece em *How Judges Think* que a decisão pragmática raramente gera informação suficiente para capacitar uma decisão que produza um "ótimo social". Ele mostra que não podemos supervalorizar o pragmatismo, pelas seguintes razões: **i)** ele não é uma máquina de respostas corretas para as questões jurídicas; **ii)** não dissolve julgamentos políticos em ciência política; **iii)** não transforma juízes em expertos e administradores e do direito e da análise de custo e benefício; **iv)** reconhece a inevitabilidade de que certos casos não sejam tratados de forma consistente, já que juízes diferentes pesarão as consequências de forma diferente, a depender de seu passado, experiência profissional, temperamento, ideologia e preconceitos (HT, 2008, p. 249).

Contudo, a decisão pragmática, em que pesem tais advertências do próprio Posner, **produz uma aproximação do que é razoável ou bom suficiente** para as intenções do direito (POSNER, HT, 2008, p. 241). Isso é especialmente verdadeiro, diz Posner, quando um caso individual tem consequências momentâneas, ou quando gira sobre a resolução de uma questão jurídica verdadeiramente nova de forma que qualquer que seja a decisão, ela não perturbará as expectativas resolvidas sobre o que é o direito (2004b. p. 151).

---

[137] Posner poderia se perguntar se o juiz seria capaz de pesar *todas* as consequências em relação a diferentes decisões possíveis. Não nos referimos ao intelecto ou à capacidade dos juízes, mas reconhecemos a limitação inevitável da sua formação e a perspectiva empírica limitada que eles têm no mundo real, especialmente das informações que lhes são disponibilizadas (EDWARDS, 2002, p. 324; ROSEN, 1995, p. 596). Será raro que qualquer juiz tenha o alcance notável de aprendizagem e brilhantismo do próprio Posner e "está longe de ser evidente que mesmo um Posner pode lidar com os desafios que o pragmatismo lhe colocaria" (WHELAN, 2008). Ademais, como o próprio Posner reconhece, por questões práticas e jurisdicionais, os juízes não tem necessidade ou mesmo autorização para considerar *todas as consequências* de suas decisões (2004b, p. 151). De outro lado, juízes diferentes tem grandes poderes de assimilação de dados que lhes são apresentados (POSNER, 2002, p.255), e "sopesarão as consequências de forma diferente dependendo da formação, temperamento, formação, experiência e *ideologia*"- e, naturalmente, o intelecto".

2.4.1 Razoabilidade e a decisão pragmática nos casos difíceis

Diante de tantas possibilidades decisórias diferentes e informações a serem consideradas no sopesamento das consequências específicas e sistêmicas, subsiste a necessidade de "algum parâmetro mais confiável para que o julgador 'navegue' entre a liberdade que o pragmatismo lhe confere e a responsabilidade que surge quando se liberta dos 'mitos' do formalismo".

Haverá, dessa sorte, uma **zona de razoabilidade**, em que a decisão poderá ser defendida de forma convincente, ou pelo menos plausível, utilizando os recursos ortodoxos da retórica judicial. À semelhança do "salto no escuro" de Rorty, Posner pensa que as incertezas atingem seu apogeu nos pontos de inflexão do direito, em que os juízes enfrentam o "**desconhecido**" como se quisessem cruzar um abismo em que faltam materiais para construir a ponte (LPD, 2003a, p. 83).

Embora Posner tenha se estendido mais sobre a adjudicação pragmática em *Law, Pragmatism and Democracy*, foi em *The Problems of Jurisprudence* que Posner deu maior atenção ao tema da razoabilidade. De acordo com ele, diante de situações de indeterminabilidade jurídica, os juízes devem "se empenhar para chegar ao resultado mais razoável nas circunstâncias – que incluem, embora não estejam a eles limitados, os fatos do caso, as doutrinas jurídicas, os precedentes e as virtudes do Estado, como o *stare decisis*" (POSNER, PJ, 2007b, p. 174). Ou seja, devem estar interessados em usar o texto jurídico constitucional como um recurso na elaboração de um resultado pragmático atraente (POSNER, 1991, p. 39).

O juiz de um **caso difícil**, isto é, um caso que esteja no âmbito da indeterminação do direito, é mais um **formulador de políticas públicas** do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é o legislador, em que pese as suas restrições institucionais (POSNER, PJ, 2007b, p. 175), as quais serão desenvolvidas mais adiante.

São, pois, circunstâncias que **determinam a razoabilidade** das decisões judiciais: "os termos da lei, os precedentes e todos os materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes prudenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e a conveniência da estabilidade no direito" (POSNER, PJ, 2007b, p. 175).

Há casos, contudo, em que tais circunstâncias apenas limitarão o alcance da decisão permissível, deixando uma **área aberta** na qual o juiz, nas palavras de Posner, "deve tentar decidir o caso em conformidade com uma diretriz política bem fundamentada [...], ao mesmo tempo em que se mantém atento à imprudência de tentar impingir uma concepção de políticas públicas ou uma concepção social idiossincrática a um conjunto de cidadãos" (POSNER, PJ, 2007b, p. 176).

Isso não quer dizer, assevera Posner, que o juiz seja um árbitro que ignora o direito, pois está limitado pelos **constrangimentos externos e internos** à sua profissão. São mecanismos não para fechar a área aberta, mas para ajudar-nos a aprender a conviver com ela. São eles que conferem uma pseudo-objetividade ao direito (POSNER, PJ, 2007b, p. 180).

Em suma, como sugeriu em *How Judges Think*, julgar é estar consciente de liberdade e constrangimentos: liberdade, por que fazer um julgamento é fazer uma escolha; constrangimento, porque o julgamento é uma questão de deliberação de alternativas a serem sopesadas (POSNER, HT, 2008, p. 85)

Assim sendo, ao argumentar em favor da razoabilidade como critério de orientação da decisão judicial, Posner pretende estreitar a lacuna entre o fundo e o topo do processo decisório: o fundo, onde os juízes e jurados envolvem-se num raciocínio prático sobre questões de fato e de gestão de processos, e o topo, o empíreo suposto raciocínio jurídico, onde as questões puramente de direito são resolvidas (LPD, 2003a, p. 75).

2.4.1.1 A razoabilidade em quatro passos

O juiz pragmático, segundo Posner, deverá empregar, antes mesmo de buscar a solução do caso complexo, a sua capacidade de lógica e crítica de maneira firme; deve ter em mente, ao mesmo tempo, que deverá sempre declarar os reais fundamentos de sua decisão. Essa ideia de pragmatismo constrito é, para Posner, uma **teoria política**, não resultante do raciocínio jurídico em si, já que não pode ser deduzida a partir dos materiais jurídicos existentes (1988b, p. 863).

Posner ilustra como um juiz decide pragmaticamente partindo de uma abordagem em **quatro passos**, quais sejam: **i) extrair da história e dos textos legislativos importantes**, das características institucionais dos tribunais e do poder legislativo e, na falta de uma diretriz definitiva procedente dessas fontes, também de uma concepção social, um conceito geral do direito envolvido (concorrencial, liberdade de expressão, etc.) que sirva de guia para a decisão; **ii) examinar os precedentes** mais significantes e outras **fontes de informação** que possam ajudar a decidir o caso em tela; **iii)** realizar um **juízo sobre políticas públicas** que decidam o caso e acordo com o conceito geral identificado no primeiro passo; **iv)** retornar aos **precedentes**, **estes agora vistos como autoridades**, e não como simples dados a serem considerados; aqui, o juiz vai se certificar se o juízo sobre políticas públicas feito no primeiro passo é passível de anulação por algum precedente vinculante e verificada a inexistência de precedente, o caso estará na área aberta do direito, no âmbito da indeterminabilidade jurídicas (POSNER, PJ, 2007, pp. 176-178).

Vale à pena, aqui, reproduzir a reconstrução em duas etapas da decisão pragmática formulada por Arguelhes e Leal (2009, p. 190), no mesmo sentido:

> "**i)** ***individualização*** de pares de decisões possíveis e os estados de coisas associados a cada uma delas (ou seja, determinar quais serão as consequências esperadas com a tomada de cada uma das decisões entre as quais o juiz pode optar); **ii)** ***ordenação*** desses pares com base em algum critério pelo qual se estabeleçam relações de preferência entre os estados de coisas possíveis [...] A primeira dimensão é eminentemente *descritiva*, na medida em que se volta apenas à identificação das consequências atreladas a cada alternativa de decisão [...] em outro plano, coloca-se a questão relativa à valoração, ordenação dentro de certa escala de preferências. Nesta dimensão *normativa,* cabe ao tomador de decisão, com base em algum critério, indicar qual consequência é preferível, o que significa identificar aquela que realiza em maior medida o valor desejado usado como referência e, a partir dessa conclusão, indicar a alternativa de decisão mais adequada para a solução do problema que se lhe apresenta".

A abordagem acima sugerida descreve o processo de raciocínio real, ainda que frequentemente implícito, que a maioria dos juízes usa para decidir os casos difíceis. Também refaz a análise jurídica desses casos, convertendo-a em uma forma de análise de políticas públicas. A decisão de um caso difícil é, portanto, uma forma de análise de políticas públicas, e não o produto de uma metodologia específica de raciocínio jurídico (POSNER, PJ, 2007b, p. 179).

O juiz deve fazer **uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências**, das opções alternativas: consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para

a ordem pública, para a civilização, para o futuro, em suma, para a sociedade. Os materiais estritamente jurídicos só são usados para ajudar a estabelecer uma orientação inicial e fornecer dados específicos, e como fontes posteriores de possíveis limitações (POSNER, PJ, 2007b, p. 178).

Dentro do âmbito das consequências preferidas, o juiz, dependendo de seus próprios valores, preferências sobre políticas públicas, temperamento, visão social, experiências de vida e demais coisas do gênero que dão forma ao que Posner veio a denominar **razão prática**, considerará um resultado mais apropriado ou convincente que outro, mas não será capaz de justificar objetivamente a correção de tal resultado (PJ, 2007b, p. 179).

Como concluiu em outra obra, "**o juiz que não tem alternativa à elaboração de seus próprios valores pessoais e políticos para decidir casos indeterminados"** (POSNER, LPD, 2003a, p. 48).

É nesses termos que Posner conclui que o **pragmatismo torna-se, então, inescapável.** Não há alternativa nos Estados Unidos do Século XXI e os esforços para bani-lo "faria juízes serem ainda menos sinceros [ou cândidos] do que eles são" e que, inadvertidamente, daria maior papel aos seus preconceitos pessoais e políticos em casos de discricionariedade (POSNER, HT, 2008, pp. 251 e 255).

A contar do que foi dito até o momento, poderíamos considerar que o pragmatismo jurídico de Posner restringe-se a uma ética consequencialista, segundo a qual as decisões judiciais sejam julgadas apenas e tão somente de acordo com as melhores consequências. Mas Posner adota uma saída contraintuitiva: o formalismo.

2.4.2 Pragmatismo: entre o formalismo e o consequencialismo

Posner defende o pragmatismo jurídico dizendo que, apesar da ênfase sobre as consequências, **não é uma forma de consequencialismo**[138]**,** das quais a variedade mais

[138] Em linhas gerais consequencialismo se refere às teorias morais que sustentam que as consequências da conduta são a verdadeira base para qualquer juízo sobre a moralidade desse comportamento. Assim, do ponto de vista consequencialista, um ato (ou omissão) moralmente correto é aquele que irá produzir um bom

proeminente é o **utilitarismo**, que avalia as ações pelo valor das suas consequências: a melhor ação é a que tem as melhores consequências.

Ele diz que, se um consequencialista é alguém que acredita que uma decisão judicial, deve ser julgada por produzir as melhores consequências, a adjudicação pragmática não é consequencialista, pelo menos não de forma consistente. É por isso que Posner diz prefirir "razoabilidade" a "melhores consequências", como o padrão de avaliação das decisões judiciais (LPD, 2003a, p. 65).

De acordo com Posner, embora haja proximidade entre o pragmatismo do utilitarismo, ambos são distintos: uma coisa é a **preocupação com consequências**, típica do pragmatismo, que pode envolver até mesmo consequências de **utilidade** (felicidade, especialmente); outra coisa é o **compromisso com uma estratégia de maximizar algum tipo de consequência específica**[139]**,** característico do utilitarismo que, para Posner, "só pode levar a absurdos dogmáticos que pragmáticos estão determinados a evitar" (LPD, 2003a, p. 65). O pragmatismo *apenas se importa* com a maximização do bem-estar, o que quer dizer que a felicidade pode ou não ser levada em consideração neste cálculo. O juiz terá liberdade para comparar o estado das coisas e escolher o que parecer mais vantajoso, com base em critérios que poderão incluir ou não a maximização do bem-estar[140].

Na explicação Posner, o reconhecimento da estrutura de um raciocínio consequencialista não implica nenhuma tomada de posição quanto ao valor que esse raciocínio deve ter na tomada de decisão judicial. Por exemplo, **decidir** fazer ou não fazer algo **é**, em certo sentido, **equilibrar custos e benefícios**. Representa, destarte, um esforço de sistematização do que está em jogo em uma tomada de decisão baseada em consequências.

Isso não quer dizer que a pessoa tenha que tomar uma posição, por exemplo, se a dor ou o prazer dos animais deve ser parte do cálculo utilitarista ou em outras questões filosóficas do consequencialismo, de tal sorte que a **decisão judicial** pode ser considerada,

---

resultado ou consequência. Esta opinião é expressa muitas vezes como o aforismo "*os fins justificam os meios*".

[139] Este ponto é sensível ao pensamento de Posner. Ao extrair o elemento teórico-filosófico do pragmatismo, a tarefa de definir o que seja "justiça" ou "liberdade", elementos inerentes ao Estado de Direito e, assim, das consequências sistêmicas, se tornam pouco viáveis, sujeitando-se ao preenchimento por teorias que inviabilizariam a caracterização das decisões como pragmáticas, como se verá nas críticas ao pragmatismo defendido por Posner.

[140] Cf. também em Arguelhes; Leal (2009, pp. 189-190).

do ponto de vista de Posner, uma **forma truncada de consequencialismo** (LPD, 2003a, p. 65).

Como sustenta Posner, **os princípios do direito anglo-saxão são passíveis de revisão pelos juízes pragmáticos** sobre a base de um juízo sobre as consequências de se aderir à lei em vigor, mesmo se o propósito da lei é claro, e a finalidade da lei é dada pelos juízes e pode ser alteradas por elas.

Deste modo, segundo Posner, **a ausência de orientação para os fins** é uma característica generalizada da jurisdição norte-americana, devido à antiguidade e vagueza das disposições constitucionais e por causa da **incerteza inerradicável** sobre o quão longe as intenções originais devem nortear a interpretação jurídica. É especialmente em **casos constitucionais**, além disso, que as **consequências específicas** de uma decisão, muitas vezes são tão grandes que elas substituem o sentido da finalidade da norma constitucional a ser aplicada (POSNER, LPD, 2003a, p. 68).

Mas, indica Posner, a demarcação constitucional e legislativa da função judicial **limita a discricionariedade judicial para pesar as consequências**, de modo que o juiz não deve assumir a jurisdição de uma questão apenas porque ele acha que as consequências de fazê-lo seria bom. Ao decidir fora dos limites formados por tais determinações, o juiz será um consequencialista impuro (POSNER, LPD, 2003a, p. 70).

De outro lado, como afirmou anteriormente, Posner acredita que há um número vasto de decisões judiciais que são interpretativas e não são consequencialistas em um sentido útil da palavra. São os **casos de rotina**, os quais juízes vão decidir nos termos da linguagem contratual ou jurídica ou os precedentes e não se preocuparão se a decisão de produzir as melhores consequências.

Para saber se um caso pode ser decidido desta forma, a interpretação judicial, segundo Posner, procede em duas etapas: **i)** a primeira, inferir o efeito da linguagem e do contexto do texto contratual ou jurídico em questão, ou de um conjunto de relevantes decisões judiciais que estabeleceram uma regra (o precedente); **ii)** a segunda, decidir qual o desfecho do caso em questão serviria melhor a esse propósito (LPD, 2003a, p. 67).

Assim sendo, **a aplicação da regra é silogística**, haja vista que a regra que prevê a premissa maior para a decisão, os fatos do caso, a premissa menor, e a própria decisão é a conclusão (HT, 2008, P. 41).

Será uma decisão de acordo com a regra, portanto, não-pragmática? Na visão de Posner não, porque a **perda** de ignorar as consequências no caso concreto deve ser **equilibrada com o ganho** das consequências sistêmicas, isto é, de simplificar a investigação, minimizando a discricionariedade judicial, aumentando a transparência da legislação, e fazendo obrigação jurídica mais definida (LPD, 2003a, p. 69).

Isso não quer dizer, todavia, que os litigantes não possam chamar atenção para consequências específicas do caso concreto, em favor do argumento de que ele se trata de uma exceção à regra e que isso deve ser reconhecido. Juízes pragmáticos são sensíveis às consequências específicas dos casos, ao mesmo tempo em que são mais sensíveis a encontrar benefícios práticos de decidir de acordo com a regra e que permitem apenas exceções limitadas (POSNER, LPD, 2003a, p. 69).

Assim, Posner concluiu em *How Judges Think* que os juízes pragmáticos sensatos devem ser distinguidos dos pragmatistas míopes, cegos pela circunstâncias do caso e para as consequências a longo prazo da sua decisão; é para o último que deve ser reservada a expressão pejorativa "**orientada para os resultados**" atribuída ao pragmatismo jurídico[141] (HT, 2008, pp. 238-239).

Nesse sentido, Posner reconhece que há certos **bolsões formalistas**[142] em um sistema decisório pragmático, de modo que este pode ser estabelecido como um "*meio termo*" entre o consequencialismo e o formalismo. O pragmatismo de Posner não rejeita o valor do estrito cumprimento das regras em circunstâncias distintas, isto é, onde a **aderência estrita à regra sirva fins pragmáticos**[143].

Como sintetizou Posner, "um juiz pode ser um formalista no que diz respeito à interpretação do contrato ou mesmo de interpretação legal, mas um pragmático no que respeita à interpretação constitucional" (2003b, p. 954).

2.4.2.1 Formalismo e legalismo: o abrandamento da crítica

[141] Cf. Luban (1996b, p. 43).
[142] Para uma descrição do formalismo cf. Schauer (1988, pp. 509-511).
[143] Cf. também em Tamanaha (1996, p. 333).

Como Posner descreve, o formalismo é o inimigo do pragmatismo, a "*erva daninha a ser varrida*" (1991, p. 44). Para o pragmatismo jurídico, o formalismo significa aceitar as consequências lógicas de regras e doutrinas que são aceitas. É caracterizado pela crença de que o direito consiste em um sistema fechado de princípios, e que as respostas corretas a casos difíceis podem ser derivadas de princípios e fontes do direito positivo.

Os pragmáticos diferem dos formalistas porque não veem nenhuma virtude inerente na coerência lógica, se esta levar a resultados inaceitáveis para a sociedade. O que os pragmatistas buscam no raciocínio jurídico não é lógica, mas a persuasão a serviço de resultados razoáveis.

O pragmatismo acusa o formalismo de se fixar excessivamente sobre as regras e não ter a visão periférica para reconhecer quando as regras devem dar lugar às exigências sociais, submetendo análise jurídica à manipulação lógica e analógica da doutrina preexistente.

Em *The Problems of Jurisprudence*, Posner chegou a afirmar, em seu Manifesto Pragmático, que "já era tempo de os juízes **abandonarem a retórica e a realidade da decisão judicial formalista**" (PJ, 2007b, p. 617) [144]. Em *Overcoming Law*, Posner tratou o formalismo como um engodo, em um sentido injurioso do termo. Nesta obra, Posner passou a demonstrar uma atenção mais branda ao formalismo que havia rejeitado anteriormente, concedendo que "nenhum formalista moderno crê que o raciocínio jurídico, mesmo em sua forma mais 'perfeita', tenha uma estrutura axiomático-dedutiva como a da geometria", mas que a maioria dos juízes continua sendo formalista[145], no sentido de que continuam acreditando na possibilidade de **encontrar, mesmo para os casos difíceis, respostas precisas e demonstráveis**, não meramente plausíveis ou aceitáveis, isto é, sem penetrar no mundo dos **fatos** e dos sentimentos (OL, 2009, pp. 20-21). Nesse contexto, expõe Posner, não se pergunta "*o que funciona*", mas sim que regras e decisões formam vínculos em uma cadeia lógica[146] que aponte a uma fonte jurídica revestida de autoridade, como o texto da Constituição ou uma doutrina do direito anglo-saxão (OL, 2009, p. 421).

---

[144] No início da década de 1990, Posner tinha uma visão negativa do formalismo enquanto método de decisão judicial e acreditava que o pragmatismo "remains a powerful antidote to formalism, which enjoying a resurgence in the Supreme Court. Legal formalism is the ideal that legal questions can be answered by inquiry into relation between concepts and hence without need for more than a superficial examination of their relation to the world of fact […] The tendency of formalism is to force the practices of business and lay persons into the mold of existing legal concepts, viewed as immutable, such as 'contract'." (1991, pp. 38-39).

[145] "Formalism is the conventional, one might say the official, conception of the judicial role". Cf. Posner (2006b, p. 1051).

[146] Cf. também Posner (1988b, p. 831)

Já na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, Posner diz que o formalismo jurídico enfatiza a lógica, enquanto o pragmatismo jurídico, a experiência. O **formalismo** significa a negação do componente político-ideológico do direito e que os antiformalistas se equivocam ao dizer que o formalismo produz más decisões, e que ele é um disfarce para a tomada de decisão política. Ele responde, segundo Posner, à necessidade premente da profissão jurídica de representar as decisões judiciais como o **produto de um processo objetivo do raciocínio jurídico, um processo que opera independentemente da personalidade do juiz e requer pouco conhecimento do contexto social de um caso** (LPD, 2003a, p. 19).

Sendo assim, Posner, ao longo de seu trabalho, se aproxima de algumas características do formalismo. Como vimos anteriormente, Posner é favorável ao uso de teorias pelo direito que conduzam a investigações empíricas e, neste ponto, trata, pois, de teorias científicas, especialmente a economia. Além disso, acredita que boa parte dos casos que adentram o Judiciário pode ser resolvida por técnicas **silogísticas**, típicas do formalismo que pretendia que fosse abandonado em *The Problems of Jurisprudence*.

O juiz pragmático, em algumas circunstâncias, pode decidir adotar uma retórica formalista em suas decisões, abraçando o formalismo como uma **estratégia pragmática e não apenas como uma retórica pragmática** (POSNER, LPD, 2003a, p. 19)[147]. E, como estratégia, o formalismo não precisa ser levado a sério.

Isto se assemelha ao "**utilitarismo de regras**", que se fundamenta no reconhecimento de que os meios para alcançar um determinado fim, não precisam ter a mesma estrutura deste fim determinado (POSNER, LPD, 2003a, p. 49). Entretanto, se houver excesso de ênfase nas consequências sistêmicas da decisão, o pragmatismo jurídico se fundirá com o formalismo (POSNER, LPD, 2003a, p. 64)

Ao oferecer definições pejorativas do formalismo, Posner também cria problemas para a sua posição pragmatista, pois se priva de ter adversários respeitáveis. Posner, no entanto, está ciente disso, e reconhece que o formalismo por ele descrito pode parecer pouco melhor do que um **espantalho** que fora uma ilusão há muito tempo. Mas ele não se importa com isso (POSNER, LPD, 2003a, p. 19). Isso mostra a adoção de Posner de uma concepção metodológica tipicamente neopragmática, que constrói falsos inimigos para desenvolver suas próprias concepções, como visto no item 1.1.3.

[147] Cf. também Luban (1996a, p. 43); da mesma forma Posner (2006b, p. 1053).

Já em *How Judges Think*, Posner deixa de utilizar o termo **formalismo** para utilizar o termo **legalismo**, o qual considera "*carregar menos peso*" (HT, 2008, pp. 07 e 370). A definição permanece a mesma: consiste numa técnica de avaliar evidências, interpretar "legalisticamente" textos, aplicar regras aos casos e desenhar analogias e distinções entre os precedentes e o caso atual (POSNER, HT, 2008, p. 175). Há valorização das regras porque elas prometem diminuir a discricionariedade judicial (POSNER, HT, 2008, p. 179).

Os juízes legalistas decidem os casos aplicando o direito preexistente ou empregando métodos do raciocínio jurídico como o silogismo e a analogia. Legalistas consideram o direito como domínio autônomo do conhecimento; seu objetivo é alcançar a objetividade jurídica, embora esta seja limitada pelos métodos do próprio legalismo (POSNER, HT, 2008, p. 77).

Para Posner, também não se pode subsumir o direito ao legalismo. Como os "materiais legalistas" falham ao gerar decisões aceitáveis a todas as questões jurídicas, os juízes devem considerar outras formas de julgar, incluindo suas opiniões pessoais sobre política e políticas públicas. Essa inabilidade do "legalismo" de gerar soluções e de verificar a correção das soluções, é que expande **a área aberta** na qual os juízes exercem **sua discrionariedade**.

A briga de Posner será, portanto, contra o espantalho do formalismo que aponte o direito como autônomo e independente de considerações políticas e morais, governado por princípios jurídicos permanentes e imutáveis (LPD, 2003, p. 21). No mais das vezes, o formalismo (agora, legalismo) será o instrumento pragmático para decidir os casos jurídicos. Porém, diante de casos difíceis, é o pragmatismo jurídico, em seu sentido mais amplo, que conduzirá a sua decisão. Seu objetivo é decidir tais casos, com razoável celeridade, da melhor forma possível, sendo de importância o valor dado aos precedentes em sua avaliação.

2.4.2.2 O papel dos precedentes no pragmatismo jurídico de Posner

De acordo com Posner, em um sistema jurídico como o norte-americano, algum grau de **adesão aos precedentes** serve ao importante valor social de estabilizar o direito (HT, 2008, p. 277). Ademais, as decisões prévias são fonte de informação valiosa, concernente às considerações que devem informar a decisão de um novo caso. Há de se considerar que o precedente, especialmente no direito anglo-saxão, torna o direito previsível, o que é uma das consequências sistêmicas que o juiz pragmático deve considerar (POSNER, 2004b, pp. 152 e 154).

Em *The Problems of Jurisprudence*, Posner associou o precedente à figura da **autoridade**. Há uma **convenção jurídica**, no sentido de que uma decisão firmemente tomada de acordo com uma decisão da mais alta Corte é "correta", em virtude de sua conformidade com a autoridade (PJ, 2007b, p. 108).

Entretanto, diz Posner, tal **convenção é frágil**, pois mesmo um advogado que perde uma causa na Suprema Corte, ou um juiz de primeira instância que tenha sua sentença revogada pela Corte, ou um professor de direito que a comenta, poderá contestar e dizer que tal decisão está errada (HT, 2008, p. 275).

Essa afirmação de Posner se revela como aplicação de sua concepção sobre **objetividade jurídica**: sendo esta objetividade **conversacional**, esta apenas se dará enquanto for capaz de fornecer justificativas persuasivas o suficiente para convencer os seus interlocutores de que este ou aquele argumento é ou não correto. Logo, ao mesmo tempo em que tentamos nos adaptar a novas verdades por meio de ajustes de nosso sistema de conhecimento, sem mudar a essência do que somos, o direito, em sentido semelhante, "adapta a doutrina às condições alteradas com um mínimo de transformação possível; esse é um modo de descrever o ***stare decisis***, a **política** de, geralmente, submeter-se ao precedente" (POSNER, PJ, 2007b, p. 109).

A **autoridade** dos precedentes tem, pois, **caráter político**, de tal sorte que os juízes seguem as decisões anteriores dos tribunais quando estão de acordo com elas ou quando consideram a estabilidade jurídica mais importante (POSNER, PJ, 2007b, p. 609).

Pode-se dizer que, então, juiz agirá ***"como se"* estivesse vinculado pelas convenções passadas**, não por considerar que esteja obrigado a decidir de acordo com essa ou aquela forma, mas porque alguma fidelidade aparente a essas convenções será uma boa

maneira para se atingir um estado de coisas socialmente relevante e útil: a previsibilidade e a sensação de segurança[148].

É nesses termos que o pragmatismo jurídico é **prospectivo e contextualista**: considera a **aderência aos precedentes como uma necessidade** qualificada pela estabilidade da obrigação jurídica como política social importante. A continuidade com relação aos precedentes e às leis é um **valor social**, e **não um dever ético**.

Enfim, o juiz pragmático deve ter em conta que, o que torna uma decisão boa, embora não seja isso o mais importante, é o fato de não perturbar as expectativas criadas por decisões anteriores (POSNER, PJ, 2007b, p. 349).

Assim sendo, a menos que um precedente seja vinculante no sentido de anunciar uma premissa maior que não possa ser questionada, será apenas uma fonte de dados que são de caráter informativo, ou de razões, considerações, valores e diretrizes políticas (POSNER, PJ, 2007b, p. 121). Em outras palavras, se houver boas razões para romper com o passado em favor do presente e do futuro, um juiz não deverá hesitar em fazê-lo, da mesma forma que as ciências, já amadurecidas, naturalmente se superpõem (POSNER, OL, 2009, p. 12).

Os precedentes tem, portanto, **caráter informativo e consequencialista**, servindo para a identificação das regras que devem ser submetidas a reexame crítico, o que pode levar à sua rejeição ou superação (POSNER, PJ, 2007b, p. 126; 2004b, p. 152). Ademais, a decisão de interpretar um precedente de forma mais ampla ou estrita não tem a ver com raciocínio lógico ou analógico, mas com as características pessoais do juiz e o modo como ele trabalhará com as decisões judiciais já existentes (POSNER, PJ, 2007b, p. 129).

Ademais, como Posner coloca em *How Judges Think*, mesmo uma decisão hoje considerada um precedente pode não ter sido fundado em outro precedente. Sua origem pode ter sido um julgamento de política pública, a interpretação de uma regra jurídica vaga ou uma norma constitucional válida, de modo que até mesmo descrever um caso de rotina apenas por ser regido pelo precedente é ignorar a possibilidade de que o próprio precedente já foi uma decisão de um caso difícil, e que a decisão para aderir a tal precedente é também um julgamento de política pública, em que **se equilibram os custos e benefícios de sua aderência** (POSNER, HT, 2008, p. 44), os quais incluem a diminuição de processos, a

[148] Cf. também Arguelhes; Leal (2009, p. 183).

redução do número de recursos e até mesmo da taxa de litigância sobre um determinado tema (POSNER, HT, 2008, p. 145).

A fidelidade ao precedente será, pois, apenas outra consideração a ser colocada na balança ao se decidir se determinado resultado seria um meio adequado ao fim judicial. Não há na valorização dos precedentes, portanto, uma fidelidade indiscutível, como se lhe fosse garantido um poder especial (POSNER, 1999, p. 253). Esse ideal de fidelidade é impossível de ser alcançado[149], de modo que o erro do formalista está em, nas palavras de Posner, "supor que mesmo um caso verdadeiramente novo [...] possa ser decidido apenas com referência à linguagem das regras e dos precedentes" (2004b, p. 155).

O pragmatista jurídico é assim **historicista** no sentido contraintuitivo do termo, de reconhecer determinadas doutrinas jurídicas podem ser vestígios históricos, em vez de verdades eternas. Dele é o **uso crítico da história** (POSNER, LPD, 2003, p. 72), sendo esta apenas uma forma de nos lembrarmos de que um caso decidido anteriormente não permite que um juiz possa ignorá-lo ao decidir uma causa presente (POSNER, 2004b, p. 160). A investigação histórica de Posner busca, por razões inteiramente direcionadas ao futuro, encontrar distinções entre o caso presente e o precedente, e não apenas similaridades[150] (HT, 2008, pp. 187, 247-248).

Em suma, o que Posner pretende afirmar é que uma decisão que desestabiliza o direito, rompendo abruptamente com os precedentes, pode levar a más consequências. Há sempre uma avaliação de custo e benefício entre garantir justiça substantiva no caso a ser julgado e manter a estabilidade do direito e a previsibilidade. Essa avaliação é mais clara nos casos nos quais a defesa da limitação do direito é levantada, pode às vezes justificar no caso individual a consistência com casos anteriores ou com as leis ou, no mínimo, com as expectativas necessárias à manutenção das atividades sociais (POSNER, 1999, p. 242).

2.4.2.3 O pragmatismo jurídico constrito

[149] Cf. Flanders (2009, p. 119).

[150] Como nota Green, sob um ângulo diferente, Posner ignora a possibilidade de que a análise histórica possa apoiar, ao invés de prejudicar, a validade contínua da autoridade jurídica. A afirmação de Posner de que a história tem um poder distintivo de invalidar algumas normas jurídicas parece implicar um poder igual e oposto à história para validar outras normas legais. (2010, p. 642).

Em que pese à amplitude do pragmatismo jurídico, Posner sustenta que é uma falácia dizer que o pragmatismo permite aos juízes, na área aberta ou na hipótese de indeterminação do direito, decidirem os casos da forma que quiserem. O juiz, ao assumir seu papel de formulador de políticas públicas, não se torna necessariamente um *ativista* uma vez que se encontra limitado pelas injunções da autoconstrição, isto é, as regras institucionais e as limitações materiais e psicológicas que constrangem as hipóteses em que os juízes se consideram livres para exercer sua discricionariedade (POSNER, 2004b, p. 154)[151]. Assim sendo, o juiz pragmático de Posner é, definido como um **pragmatista constrito** (HT, 2008, p. 230)[152].

O juiz pragmático está limitado por normas que requerem dos juízes imparcialidade e consciência da importância da previsibilidade do direito como algo suficiente para guiar o comportamento daqueles que a ele se submetem, assim como a devida consideração pela integridade dos contratos e leis escritas (POSNER, HT, 2008, p. 13). No caso norte-americano estudado por Posner, há constrições de todos os tipos: juízes podem ser removidos do cargo por abandono de trabalho, ter suas decisões anuladas por emendas legislativas e constitucionais e até mesmo rechaçadas pela opinião pública.

Diz Posner que deve o juiz pragmático jogar o "**jogo judicial**[153]", (HT, 2008, p. 253), cujas regras permitem a consideração de certos tipos de consequências, mas proíbem a consideração de outros tipos, tais como aquelas que representam, de forma genérica, as consequências sistêmicas. São estas constrições que impedem o juiz de adotar um "**utilitarismo de regras**", de tal sorte que o que realmente dividirá juízes pragmátistas de

[151] Na década de 1980, Posner reconhecia o formalismo enquanto limitador da atividade judicial, como se vê da seguinte passagem: "[...] Maybe the dogmatic style, pretense of humility, and ostentatious abnegation of will that characterize judicial opinions serve a social purpose. By concealing from the judges themselves the degree to which they exercise discretion, the formalist mode may make them more restrained: virtue begins in hypocrisy (maybe). By pulling the wool over the public's eyes, the pretense of certitude and neutrality may strengthen the political position of the courts in our society, and maybe that is a good thing – or maybe not" (1988b, p. 865).

[152] Embora Posner já tenha suscitado a necessidade de constrição do pragmatismo jurídico em outras obras, como em *The Problems of Jurisprudence* (PJ, 2007b, p. 180), foi em *How Judges Think* que Posner desenvolveu mais longamente o tema das constrições à atividade do juiz.

[153] Interessante a caracterização de Posner sobre o jogo judicial, descrita na passagem a seguir: "To enjoy judging in such cases you have to enjoy a process, a protocol, that includes (for an appellate judge) reading briefs and listening to oral arguments (many of us enjoy the give and take with the lawyers), negotiating with other judges, formulating rules and standards, recognizing the political and institutional limitations and opportunities of adjudication, enjoying the human comedy revealed by cases, and writing (more commonly nowadays supervising the writing of) judicial opinions, which have to conform to certain rhetorical principles primarily involving the handling of orthodox legal materials and the unobtrusive weaving into them of policy concerns" (POSNER, 2006, p. 1056).

juízes formalistas será o quão estrito ou o quão amplo atenderão a tais restrições (POSNER, HT, 2008, p. 254).

Posner acredita que há constrições de duas ordens: **as externas e as internas**.

São constrições ***externas***: **i)** a **opinião pública**, influenciando diretamente a reputação do juiz, observada nas críticas nos meios de comunicação e nas estatísticas de reforma de suas decisões pelas Cortes Superiores; **ii)** a questão da **não-vitaliciedade do cargo** em razão do modelo eleitoral do judiciário norte-americano, que aproxima a população do seu magistrado, de modo que o descontentamento do povo possa provocar a sua destituição ou não reeleição; **iii)** o **congelamento de salários** durante o exercício do cargo; **iv) a quantidade excessiva de trabalho**; **v)** as dificuldades de **promoção e a estrutura hierárquica** da instituição (HT, 2008, pp. 125-154).

No caso dos juízes da **Suprema Corte**, Posner aponta, ainda: **i)** o respeito ao **texto constitucional e o sistema de precedentes** – a necessidade de observância aos já existentes e a necessidade de criação de novos precedentes; **ii)** a **retaliação política** de **decisões** consideradas **impopulares**, a partir da criação de emendas constitucionais no âmbito do legislativo; **iii)** a **falta de apoio para implementação de decisões judiciais** nos comitês do legislativo; **iv)** a perspectiva de **nomeação de novos juízes** que possam fazer oposição aos entendimentos já fixados e mudar o direcionamento das decisões da Corte (HT, 2008, pp. 154-157).

Há, ainda, as constrições ***internas***, também chamadas de **pessoais ou comportamentais**, a saber**: i)** traços de personalidade; **ii)** temperamento; **iii)** educação; **iv)** raça; **v)** sexo e orientação sexual; **vi)** experiência profissional; **vii)** aversão ao dissenso; **viii)** ideologia política, no sentido não-partidário e de preocupação com políticas públicas; **ix)** moral e valores religiosos (OL, 2009, pp. 125-131; HT, 2008, pp. 174-203), assim como seu entendimento "objetivo" do que seja a "melhor" política pública a ser adotada no caso concreto.

Estas são, em linhas gerais, as restrições que, para Posner, definem e projetam um sistema judiciário independente. A força de tais constrições varia para cada magistrado, garantindo a **heterogeneidade** do Judiciário e, ao mesmo tempo, limita-o enquanto Poder do Estado (v. item 2.2.1). A heterogeneidade encoraja, como vimos na discussão sobre a objetividade jurídica, a proliferação de ideias diversificadas e desacelera a polarização de

grupos, ao mesmo tempo em que ancora o direito de forma mais duradoura na opinião pública.

Mas a diversidade, alerta Posner, tem um **preço**: quanto maior a diversidade, maior o dissenso e menor a uniformidade das decisões. Este preço deve ser avaliado de acordo com o valor da diversidade e os custos de confinar a deliberação apenas àqueles que tenham ideias semelhantes, isto é, o valor da homogeneidade judicial (HT, 2008, pp. 255-256).

É por tal motivo que, na opinião de Posner, o juiz pragmático, além de constrito, deve ser **modesto**. Ele deve respeitar o texto da Constituição e de outras leis promulgadas pelo Estado, devendo pensar muito bem antes de anular qualquer ato realizado por outros Poderes, o que só merece ser feito quando se apresentar, no caso concreto, uma extrema injustiça, ou uma extrema discordância entre os julgadores.

Não será modesto, entretanto, se negar os benefícios da divisão de trabalho no Estado e o caráter político dessa divisão institucional, determinada pela separação de poderes e também se se considerar onisciente de todas as consequências possíveis de suas decisões (POSNER, LPD, 2003, p. 70).

Em sua visão, o juiz pragmático, ao decidir modestamente, lerá relatórios do caso, discutirá com seus assistentes, ouvirá argumentações orais, se aprofunda na questão em um ou outro ponto, discutirá com outros juízes, buscará informações de outras fontes de conhecimento, filtrá-las-á por seus preconceitos fundados em experiência, temperamento e outros fatores pessoais e, só assim, proferirá sua decisão judicial; ele ponderará todos os argumentos e dará vitória à parte que os tiver mais fortes, que indicar as melhores consequências para o presente e para o futuro, ainda que a parte mais fraca tenha apresentado bons argumentos (POSNER, OL, 2009, p. 199; HT, 2008, pp. 298-299).

Para Posner, portanto, decidir um caso inescrupulosamente, sem estudar as decisões precedentes, seria como redigir um artigo sério e profundo sem fazer nenhum tipo de pesquisa acerca daquilo que já se escreveu sobre o assunto (OL, 2009, p. 134).

De outro lado, Posner sugere que os juízes (ou *Justices*) da Suprema Corte estão relativamente livres de todas estas limitações, podendo agir de acordo com suas preferências pessoais e políticas. Desta sorte, Posner passa a sugerir que tal liberdade os leva a decidir como a maioria dos cientistas políticos acredita: com base em seus vieses políticos, mais no que no próprio direito, como se verá no próximo item.

2.4.2.4 Juízes como legisladores ocasionais

Em *The Problems of Jurisprudence*, Posner procurou assentar a concepção de razoabilidade como uma atitude modesta dos juízes, presa aos fatos, impregnada de políticas públicas e instrumentalidade, em substituição a uma pretensão de exatidão (ou objetividade) moral e jurídica (PJ, 2007b, p. 175). Buscou diferir, assim, o juiz pragmático do juiz legislador intersticial proposto por Holmes, por considerar tal imagem desabonadora e enganosa, deixando o juiz livre para engajar-se no universo das pesquisas de opinião, do comércio de votos, da política de interesses de grupo e outras práticas comuns aos legisladores.

Ao mesmo tempo, Posner consigna que, diante de um caso difícil, **o juiz é formulador de políticas públicas** e que, dentro de sua esfera de "liberdade constrangida", pode ser tão livre quanto o legislador (PJ, 2007b, p. 175).

Essa esfera de liberdade se confunde com a área aberta do direito, na qual o juiz deve decidir de acordo com uma diretriz política bem fundamentada, desde que não seja uma "concepção de políticas públicas ou uma concepção social idiossincrática a um conjunto recalcitrante de cidadãos" (PJ, 2007b, p. 176).

Já em *Overcoming Law*, Posner tornou-se mais cético sobre a importância das intenções dos autores legislativos quanto à interpretação textual[154]. Afirmou que a consciência da função legislativa do Judiciário é necessária. Quando surge um caso novo, **as regras do jogo judicial exigem que o juiz atue como legislador** e, portanto, decida segundo seus valores, embora essas mesmas regras não exijam que ele reconheça estar fazendo isso. Nesse caso, a eficiência deve influenciar a decisão. A decisão de um caso novo abrirá o precedente que orientará o julgamento de casos futuros, e as regras do jogo judicial exigem que o juiz siga a jurisprudência em vez de decidir o caso a partir de lugar nenhum (POSNER, OL, 2009, pp. 140-141).

Para ele, já não é mais possível imaginar o bom juiz pragmatista como o "feliz parceiro do legislativo na idealização de soluções que satisfaçam o interesse público". Ao

[154] Cf. também em Rosen (1995, p. 586)

mesmo tempo, tem consciência de que o juiz que tomar suas decisões fundado em sua própria concepção de interesse público estará sujeito a entrar em conflito com o legislativo (POSNER, OL, 2009, p. 415).

Em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Posner enfatizou que os custos de transação eram impedimentos para a criatividade judicial, posto que quanto mais os juízes legislam, maiores os custos de se alcançar o e de se manter a consistência e a direção judicial (PMT, 2002, p. 229).

Posner diz de outro lado, que seu pragmatismo jurídico é **centrado na política**. Ao **exercer discricionariedade**, a qual o pragmatista considera que ser um dever frequente e inevitável, o juiz se envolve "não na dedução de decisões a partir de normas jurídicas, mas na tomada de decisões políticas" (2004b, p. 152). Diz inevitável porque, quando os materiais jurídicos convencionais falham em gerar respostas razoáveis, abre-se uma área em que o direito é "tomado pela política e outras coisas que não se adaptam a um modelo formalista de decisão judicial" (HT, 2008, p. 09), como a personalidade, a experiência e o temperamento dos juízes.

O preenchimento da área aberta se dá, portanto pelas preferências políticas e pessoais do juiz. Isto porque, embora Posner proponha um pragmatismo voltado para o empirismo e para a aplicação de métodos da ciência social (estatísticas, dados, fotografias, informes técnicos), a capacidade dos Tribunais para a conduta científica e social da investigação científica é extremamente limitada, e talvez nula (1998a, p. 12; PMT, 2002, p. 255). Os fatores políticos e ideológicos que influenciam os juízes são produtos de fatores pessoais, não decorrentes de estudos analíticos desinteressados sobre políticas públicas. Tais fatores políticos e pessoais criam **preconceitos**[155], muitos deles inconscientes, o que explica como os juízes podem decidir desvinculados de considerações políticas,

[155] Posner utiliza o teorema bayesiano de decisão judicial ao tratar dos preconceitos. Ele nos oferece o seguinte exemplo: um juiz criminal em um processo que não seja de competência do júri que tem que decidir se acredita no testemunho da vítima frequentemente terá formado sua opinião antes que a vítima comece a testemunhar, no sentido de que seu testemunho é verdadeiro. Esta opinião estimativa pode ser baseada em experiências judiciais prévias com vítimas em casos similares, ou mesmo a experiência que o juiz adquiriu enquanto advogado, no sentido da honestidada das pessoas que são vítimas, ou mesmo no modo como a vítima jura dizer a verdade e a postura que adota em juízo. Esta estimativa pode ser chamada de "probabilidade prioritária". O juiz pode não ter consciência de que tem essa prioridade, e pode não expressá-la em termos quantitativos. Mas ela estará lá, e afetará a probabilidade de conceder à vítima o caráter verdadeiro de seu testemunho após ouvir seu depoimento. Cada informação que ouvir da vítima alterará a sua probabilidade prioritária inicial, mas não a eliminará. Cada juiz terá uma estrutura cognitiva própria para suas probabilidades prioritárias, fundada em seu temperamento, experiências passadas e ideologia. Tal teorema é apenas uma forma de sistematizar o papel dos preconceitos no pensamento racional, mas não é impossível que o juiz se livrem deles, mas seria irracional fazê-lo, porque os preconceitos impõem informações, embora não sejam acuradas o suficiente para dar forma à decisão judicial (POSNER, HT, 2008, pp. 65-67).

embora observadores e cientistas sociais possam achar o contrário. Tal explicação coloca os juízes a salvo da acusação de hipocrisia sem negar a força da literatura empírica sobre o caráter político do processo decisório (POSNER, HT, 2008, p. 11).

É por tal razão, portanto, que se faz necessário conhecer e limitar o comportamento dos juízes, a fim de manter a imparcialidade e o respeito à previsibilidade que são exigidos de sua profissão. Isso se dá especialmente quando tratamos da Suprema Corte, a qual opera com menos restrições que as Cortes inferiores. Ademais, a própria nomeação dos juízes da Suprema Corte norte-americana já se trata de um ato político, o que indica uma atenção maior à questão do exercício de poder legislativo por tais juízes.

É, em *How Judges Think* que Posner reconhece que há um pronunciado elemento político nas decisões dos juízes norte-americanos, ainda que seja involuntário e no sentido não-partidário. Aqui, Posner expressa que **política** pode ser vista de um modo mais útil para se referir a uma **orientação política geral**, ou uma **ideologia** (HT, 2008, p. 94). De fato, segundo Posner, esse reconhecimento é uma consequência inevitável da estrutura do sistema jurídico norte-americano, apoiado por estudos comportamentais de cientistas políticos. **Julgar é, assim, pessoal e político** (POSNER, HT, 2008, p. 20 e 255).

Nesta obra, Posner argumenta que a **Suprema Corte dos Estados Unidos** é um **Tribunal inevitavelmente político** quando se trata de questões constitucionais[156]. Argumenta que a Constituição trata de questões fundamentais sobre a governabilidade política, valores políticos, direitos políticos e poder político. São questões políticas por definição e que não podem ser encaminhadas a um especialista neutro para a resolução.

O conceito de política de Posner é amplo[157], sendo preferível falar em **ideologia**[158], isto é, no corpo de crenças fixas mais ou menos coerentes sobre as questões

---

[156] Como afirmou em outra oportunidade "If the Supreme Court is inescapably a political court when it is deciding constitutional cases, let it at least be restrained in the exercise of its power, recognizing the subjective character, the insecure foundations, of its constitutional jurisprudence" (POSNER, 2005, p. 102).

[157] "Political is an equivocal term that must be carefully parsed before it can be usefully applied to judicial behavior. It could refer to a judge whose decisions reflect his loyality to a political party. It could refer to a judge whose decisions faithfully mirror the platform of a political party, though as a matter of conviction rather than of party loyality. It could refer to a judge whose decisions reflect a consistent political ideology, which might be "liberal" or "conservative" and thus correlated (though imperfectly) with the Democratic or Republican Party platform, but which might be an ideology embraced by neither major party, such as libertarianism or socialism [...] 'Political' could even describe decisions based on purely techinical policy judgements, judgements that involve finding the best means to agreed-upon ends; any issue of governmental policy is in this sense 'political'" (POSNER, HT, 2008, pp. 09-10).

[158] "Given the importance of ideology in the decisions of appellate judges even below the Supreme Court level, I must consider the sources of judges' ideologies, a fascinating and understudied question. The main sources, I conjecture, are moral and religious values. These in turn are a product of upbringing, education, salient life experiences, and personal characteristics (which may determine those experiences) such as race,

sociais, econômicas e políticas. E tendo em vista que para ele os valores políticos não são verdades morais permanentes, (POSNER, PMT, 2002, p. 89), não há, para Posner, como se esperar uma objetividade absoluta de uma decisão formada sob bases políticas.

Deste modo, quando os materiais jurídicos convencionais estão aquém das expectativas sociais de solução dos litígios, Posner argumenta, que "os juízes tem forçosamente de recorrer a outras fontes, inclusive as suas próprias opiniões políticas ou preferências políticas, mesmo as suas idiossincrasias". Nessas ocasiões, "**os juízes em nosso sistema são legisladores, assim como adjudicadores**" (POSNER, HT, 2008, p. 118).

Quando decidem casos constitucionais, os juízes da Suprema Corte são como legisladores, porém, em um sistema no qual não há poder judicial para invalidar suas regras, já que fazem parte do Poder Judiciário. Além disso, o fato de não poderem decidir casos em que possam ter interesses pessoais ou financeiros aumenta a sua liberdade decisória, tal como não um legislador que não tem nenhum comprometimento com seu eleitorado (POSNER, HT, 2008, p. 82).

Posner afirma que, no exercício de seu papel "legislador", os juízes podem até decidir contrariamente às suas próprias decisões para manter o posicionamento da Corte ou para protestar contra determinada decisão. Acredita que o fato de os juízes da Suprema Corte ocasionalmente, e de forma crível, renunciarem a votar sobre uma determinada questão sobre a qual votariam favoravelmente por determinado resultado é uma maneira de votarem como legisladores.

Posner dá o seguinte exemplo: o juiz da Suprema Corte, Clarence Thomas, ao dizer que não votaria a favor de uma lei que criminaliza a sodomia homossexual, mesmo quando ele discordava da decisão de invalidar tais leis[159]. Mas, diz Posner, essas discrepâncias entre as posições pessoais e judiciais geralmente dizem respeito a assuntos triviais, onde a posição judicial pode estar apoiando um posicionamento mais importante, embora não necessariamente faça parte da agenda menos pessoal do juiz (POSNER, HT, 2008, p. 282).

---

sex, and ethnicity; and also of temperament, which shapes not only values but also dispositions, such as timidity and boldness, that influence a judge's response to cases. At bottom, then, the sources of ideology are both cognitive and psychological, but I think the psychological dominates, because psychology exerts such a great influence on our interpretation of our experiences, including the weights assigned to the possible consequences of deciding a case one way or the other" (POSNER, 2006b, p. 1060).

[159] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 605 (2003) (voto dissidente).

Não se pode dizer, ao mesmo tempo, que o juiz tenha votado "*contra seu desejo*". Afinal, as pessoas também tem múltiplos desejos, por vezes conflitantes, e que devem ser pesados a cada decisão. Às vezes, diz Posner, o que faz a pessoa votar contra seus próprios ideais pode ser um cálculo de que a aparência de que sua decisão seja fundamentada por princípios seja retórica e seja, daí, politicamente efetiva (HT, 2008, p. 285). Isso tem relação, na verdade, com o peso que os juízes dão ao poder de motivação de jogar o jogo judicial[160].

Um juiz pode ter fortes convicções ideológicas, mas pode delas abdicar em favor do grande peso às regras do jogo judicial, as quais distinguem o papel do Judiciário do Legislativo. Ou ainda pode ter convições ideológicas fracas, mas mesmo assim relativo desdém às regras do jogo (POSNER, 2006b, p, 1062). E Posner diz, ademais, que o juiz pode reconhecer que sua convicção, por mais forte que seja, não pode ser demonstrada como a "correta", mas (no máximo) *a mais razoável*, ainda que tal reconhecimento não enfraqueça a sua convicção ou cause a rejeição de seu argumento como fundamento da decisão (2006b, p, 1063).

Posner não disse, contudo, que o juiz pragmático **deva exercer a função legislativa**, da mesma maneira que o legislador trabalha para o Estado. Para ele, o juiz da Suprema Corte pode até ter tanta liberdade quanto um legislador, embora apenas na área aberta do direito.

Além disso, **os juízes não podem**, por razões práticas, **dizer ao governo o que fazer**, por não terem controle suficiente sobre os níveis de poder, o que os tornaria capazes de administrar os programas do governo. O que os juízes podem fazer é **dizer o que os governos não podem fazer.** Esse poder dos juízes, que é negativo, é considerável, especialmente quando outros setores do governo tem seus projetos emperrados por ações na Suprema Corte em nome da Constituição (POSNER, HT, 2008, p. 82).

O processo decisório nesse caso, não se dá apenas quando os juízes se dão conta de que o material jurídico ortodoxo falha ao resolver o caso concreto. Na verdade, o julgamento legislativo se inicia quando os juízes se perguntam qual regra, padrão ou princípio insculpido em sua decisão terá as melhores consequências (sistêmicas e específicas), e não quem perde ou quem ganha a ação (POSNER, 2006b, p. 1054; HT, 2008,

[160] Cf. também Flanders (2009, pp. 119 e 121).

p. 84). Destarte, se o juiz fosse um legislador, seria um **legislador desinteressado** (POSNER, HT, 2008, p. 253).

Posner diz, porém, que tal afirmação não significa que tenha endossado a visão de H.L.A. Hart, de acordo com a qual os juízes legislam apenas depois terem tentado decidir um caso por meio dos materiais jurídicos ortodoxos.

Sem dúvida, ele afirma, muitos procedem desta forma, mas outros invertem a sequência, pragmaticamente falando. Começam por fazer um julgamento "legislativo" quanto a qual decisão tem as melhores consequências (ou "melhor" política pública) e somente depois observariam se esse julgamento é impedido pelos materiais ortodoxos (POSNER, 2006b, p. 1055).

Em outros termos, Posner acredita que o Judiciário, ao contrário do Legislativo, não é um Poder de elaboração de regras sociais, nem tampouco os juízes dizem: "*o direito se esgotou e agora vou legislar*". A tarefa de um juiz da Suprema Corte é muito mais a de um indivíduo do que um esforço coletivo em direção à elaboração do direito e a influência de outros juízes e da instituição de um novo membro do Tribunal é correspondentemente limitada legislativamente. Além disso, o medo do dissenso é menor do que nas esferas inferiores do Judiciário, modo que a probabilidade de alcance de uma decisão dotada de objetividade consensual é bem menor do que em primeiro grau de jurisdição (POSNER, HT, 2008, p. 51).

O fato de que o juiz proferirá uma determinação legislativa, embora com a consciência de que o alcance normativo de sua decisão diferirá daquela do legislador oficial, **não nos diz sobre a determinação das escolhas possíveis que ele (o juiz) terá de fazer**. Dentro da zona d aberta, conclui Posner, os objetivos individuais do juiz de melhorar o mundo e jogar o jogo judicial ficam mais evidentes, muito embora não se possa determinar com precisão o que isto significa para a sociedade, mais preocupada com as consequências da decisão judicial do que com o processo decisório em si mesmo.

Embora seja terrivelmente difícil uma avaliação objetiva sobre como decidem os juízes da Suprema Corte[161], definir sua atividade como uma modalidade de legislação constitucional discricionária poderia ser salutar, de acordo com Posner, somente se os juízes da Suprema Corte tivessem recursos para legislar, isto é, a informação política elevada ao nível de um estadista.

[161] Cf. Posner (2006b, p. 1056).

Contudo, como considerou na obra *Frontiers of Legal Theory*, o direito constitucional abrange um domínio tão vasto de questões políticas – da imigração para a educação, de assistência aos pobres para os direitos dos homossexuais, do crime à liberdade religiosa – que alguns juízes podem estar bem informados apenas sobre uma fração substancial delas. A formação jurídica, ademais, não abrange o processo legislativo, o que explica o fato de que as decisões constitucionais refletirem os preconceitos nos quais os juízes estão mergulhados: "os da elite cultural que tem uma pequena pretensão de ser representativa do que o americano médio sente ou pensa" (POSNER, FLT, 2004a, pp. 17-18).

Nesse ponto de indeterminação constitucional, a **zona de alcance da razoabilidade** é ainda maior, porque os textos constitucionais não conferem grande direção e porque a emoção e a intuição podem substituir o fator sistêmico que induz os juízes a conter seu próprio exercício do poder discricionário (POSNER, HT, 2008, p. 87).

Entretanto, como Posner afirmou anteriormente, ao acomodar novas demandas, o juiz deve estar atento para não expandir demasiadamente o texto constitucional (2004b, p. 155). Como o pragmatista prefere o mínimo de alterações no ordenamento, estas só podem ocorrer para evitar uma injustiça extrema (POSNER, HT, 2008, p. 288).

Posner trata as **preferências políticas** do juiz como "o desejo [do juiz] de seguir a sua abordagem global judicial, o seu interesse – mais grandioso, sua própria filosofia judicial (originalismo, ativismo, direito natural, direitos fundamentais [ou ainda ou concepção moral da Constituição de Dworkin, ou a concepção'representação-reforço' de Ely, ou agora a 'liberdade ativa', de Breyer)", de modo que a decisão do juiz "legislador" será pragmático, qualquer que seja o critério de ordenação de suas preferências (HT, 2008, p. 92). E não há métrica para arbitrar entre tais abordagens, apenas uma contestação interminável entre adeptos de uma e adeptos de outra. **Como não há nenhuma maneira de determinar qual seja a concepção verdadeira, a escolha entre eles é racionalmente indeterminada** (POSNER, 2006b, p. 1052).

Como podemos lidar com o caráter político das Cortes Superiores?

Posner sugere que, considerando o que foi dito no parágrafo anterior, ao invés de pensarmos que os juízes podem concordar em adotar uma determinada teoria constitucional para canalizar o seu poder discricionário, **devemos curvar-se ao inevitável** e, assim, se estivermos realmente preocupados com o exercício do livre poder

discricionário legislativo por juízes da Suprema Corte, deveremos insistir **sobre a nomeação de juízes de diversos temperamentos, posicionamentos ideológicos, histórias de vida**, a fim de tornar o tribunal mais representativo e, devido à sua diversidade, com menor probabilidade de legislar de forma agressiva. A analogia, aqui, é econômica, relativa à redução do risco (ou decisões com más consequências) através da diversificação de carteira que, aqui, é uma carteira de juízes diversificada, a fim de reduzir a variância nos resultados (POSNER, 2006b, p. 1066).

Como relembra Posner, os juízes da Suprema Corte norte-americana procedem geralmente das mais altas classes em termos de idade, educação, inteligência, desinteresse político-partidário e sobriedade. Estão acima da média da sociedade. São ensinados em uma profissão que fixa um alto valor na oitiva de ambos os lados do debate antes de colocar-lhe um ponto final, separação da verdade da mentira e no exercício de julgamentos imparciais. Espera-se dos juízes, especialmente das Cortes Superiores, que eles decidam casos difíceis, e isso os incentiva a uma certa parcimônia e autodisciplina (POSNER, PMT, 2002, p. 257).

Ademais, dada a ênfase na interdisciplinaridade do pensamento de Posner, a busca por fatores que efetivamente impõem constrições sobre os critérios de decisão individuais deverá ser realizada fora do âmbito da experiência de trabalho e da instrução do juiz. Tal investigação, ramo do estudo das ciências políticas, poderia começar com uma análise do impacto da sua formação profissional dos juízes da Suprema Corte. Poderia questionar, por exemplo, em que medida pode a percepção dos juízes sobre a variedade de apreciação que ele pode exercer legitimamente pode ser atribuída a uma formação profissional que foi primariamente orientada por políticas públicas (2006, p. 1060). É nesse sentido que importa saber qual o papel do ensino jurídico no comportamento do juiz pragmático.

2.4.2.5 O papel do ensino jurídico no comportamento do juiz

A preocupação de Posner com o ensino jurídico já era evidente desde muito antes de sua virada pragmática, como se pode notar do seu famoso artigo "*The Decline of Law as an Autonomous Discipline*", de 1987. Neste artigo, Posner mostra que sua inquietação a respeito da formação jurídica surgiu quando ainda era aluno da Faculdade de Direito de

Harvard onde, à época, a ênfase da educação jurídica era basicamente **prática**, no sentido **antiteórico**.

Tal modalidade de ensino, na opinião de Posner, transmitia ao aluno a textura da prática jurídica, e o faz com coerência e eficiência, induzindo o estudante a assimilar o modo de pensar e os hábitos característicos da profissão e, especialmente, que o direito é bem mais flexível do que o público leigo imagina.

No entanto, como visto anteriormente, a fé no direito enquanto disciplina autônoma declinou, juntamente com o consenso jurídico e político, de tal sorte que não podemos mais confiar apenas ao conhecimento jurídico a soluções para os problemas sociais, tais como a questão do aborto. Ao mesmo tempo, o desenvolvimento de outras disciplinas, como a economia, inseriu um caráter interdisciplinar na abordagem do direito, especialmente no que diz respeito ao uso de ferramentas não-jurídicas no auxílio da interpretação do empreendimento do direito.

Influenciado pela transição do movimento da AED, para Posner, o direito em si é mais bem **abordado em termos comportamentais**[162], isto é, como atividade de profissionais habilitados que chamamos juízes, que tem o alcance de sua habilitação circunscrita somente pelos limites do decoro profissional e do consenso moral (PJ, 2007b,

[172] Em *How Judges Think,* Posner enunciou nove teorias sobre o comportamento dos juízes, a saber: **i)** ***teoria atitudinal***, que procura descobrir uma representação dominada pela perspectiva dos **fins** e pela especificação ideológico-política do comportamento dos juízes, em sentido partidário,que os especifica como conservadores, liberais, ecléticos, republicanos ou democráticos; **ii)** ***teoria estratégica***, que visa iluminar uma experiência concentrada no tratamento dos ***meios*** e na especificação de alternativas que estes exigem: uma experiência que privilegia, independentemente dos fins projetados ou permitidos, uma situação de incerteza competitiva, em que os juízes se preocupam com as reações sobre seus votos por outos juízes, pelo legislador e pelo público; **iii)** ***teoria sociológica***, esta como representação explicativa circunscrita e interdisciplinarmente sustentada, dirigida à dinâmica dos tribunais em sentido amplo e de órgãos colegiados, concentrada no fenômeno da "aversão ao dissenso" e nos efeitos previsíveis com que este fenômeno, com maior ou menor intensidade interfere nas decisões permitidas; **iv) teoria psicológica**, a qual explora os efeitos da situação de indeterminabilidade enfrentada pelo julgador e procura autonomizar as limitações cognitivas e os impulsos emocionais que lhes correspondem ou o processo de determinação inconsciente (isto é, dos preconceitos) em que estes se inscrevem; **v) teoria econômica**, que assume o desafio de uma construção racional e formal do direito e assim a permitir que a imagem judicial do *jogo* seja dominada por uma "função de utilidade" e pelos argumentos que estimulam e justificam a atividade judicial, tais como salários, lazer, poder, prestígio, reputação, satisfação pessoal, todos relacionados ao trabalho jurisdicional; **vi) teoria organizacional**, que seria uma hipertrofia da teoria econômica, porquanto admite que os efeitos de estímulo e de dissuasão devem ser reconduzidos a um processo institucionalizado de motivaçã, como forma de minimização de divergências entre interesses distintos dos juízes, nas mais diversas esferas do Judiciário; **vii) teoria pragmática**, a qual, para **Posner, leva a sério** uma opção construtiva implícita em todas as outras teorias até agora identificadas, referindo-se a uma explicação determinada por efeitos empíricos, mas agora para descobrir na decisão judicial uma escolha entre possibilidades assimétricas, possibilidades que só a diversidade das suas **consequências** ou da previsão que as representa poderá afinal construir ou justificar como alternativas; **viii) teoria fenomenológica**, que convoca a experiência consciente do juiz-sujeito e a auto-representação da sua decisão e; **ix) o legalismo**, que defende que as decisões judiciais são determinadas pela pressuposição de um direito autônomo e pelo sistema de regras, direitos e princípios (POSNER, HT, 2008, pp. 19-56).

p. 610). E, como Posner suscitou, as diferenças de temperamento também são responsáveis pelas diferenças dos juízes na interpretação das regras de maneira mais ou menos flexível, reconhecer exceções e transformar regras.

Em *Frontiers of Legal Theory*, Posner sugere que essa avaliação comportamental se una a uma pretensão de que a economia possa oferecer uma teoria útil para previsão dos comportamentos a serem qualificados pelas regras jurídicas, **no sentido de que nossos esforços devam ser direcionados à educação** e, talvez, à psiquiatria para curar as peculiaridades cognitivas e fraqueza de vontade que impedem as pessoas de agir racionalmente, sem ganhos de compensação (POSNER, FLT, 2004a, p. 287).

Uma vez que, na falta de normas claras ou de mecanismos objetivos de interpretação, Posner considera que muito do direito aplicado a casos controversos dependerá do olhar pessoal de cada magistrado. Entretanto, nada na educação jurídica convencional, reduzida à leitura atenta dos pareceres judiciais, estatutos e regras – prepara uma pessoa a perceber, muito menos para medir, explicar, alcançar o temperamento adequado, e ajustar o aumento na demanda por serviços judiciais (1987b, p, 771).

Em seu *Manifesto Pragmático*, Posner alerta que são mínimos os esforços no sentido de transmitir ao estudante que, um dia, pode se tornar professor de direito, todo o conhecimento, as habilidades e atitudes necessárias ao estudo das causas do direito, das consequências diretas e indiretas do direito sobre o comportamento, da experiência de outros países com o direito e das leis científicas do sistema jurídico, dedicando-se apenas ao conhecimento para uso imediato do exercício da profissão jurídica. Desta sorte, a capacidade de trabalhar com modelos matemáticos, estatísticos, coleta de dados é perdida em nome do exercício de uma atividade jurídica pouco empírica, esmagadoramente verbal e argumentativa (PJ, 2007b, 626).

Deste modo, o que Posner quer dizer é que, se a sociedade deseja juízes mais capacitados para resolver os casos jurídicos, cumpre às Escolas de Direito ensinar não apenas sobre direito, mas também sobre a sociedade a que este direito serve enquanto instrumento de pacificação de conflitos. E isso deve ser feito mediante a oferta aos estudantes de direito do estudo em metodologias empíricas e das ciências sociais.

As faculdades de Direito também devem expandir seus recursos de treinamento para estudantes de Direito para resolver problemas em todas as áreas nas quais os advogados atuam hoje, incluindo não apenas no processo legislativo, apoio administrativo,

escritórios executivos, bancos e empresas, para ajudar os futuros juízes a avaliar os benefícios e os custos prováveis de uma determinada decisão. Se, como Posner sugere pragmaticamente, os juízes devem pesar as consequências possíveis das decisões diferentes, necessitam desenvolver técnicas mais sofisticadas para fazer esses cálculos, ainda que estejam fora do âmbito jurídico, justificando, assim, sua bandeira pela interdisciplinaridade[163], especialmente a econômica (1993, p. 1926).

Devemos, portanto, insistir em um debate sobre a melhora do ensino jurídico e da qualidade do processo de nomeação dos juízes a fim de tornar o Tribunal mais representativo e, devido à sua diversidade, "com menor probabilidade de legislar de forma agressiva [...] reduzindo a variância de resultados" (2006, p. 1066).

Nesse passo, as decisões jurídicas, para Posner, já não dependem mais do que significa o direito em si, **mas do que os juízes acreditam que ele seja e como se comportam diante dele.** Tal crença, entretanto, é moldada a partir do ensino jurídico sobre o aspecto do direito enquanto linguagem, cultura, vocabulário, conjunto de textos e problemas representativos. Enfim, um repertório de argumentos **aceitáveis** e uma percepção da natureza da estabilidade doutrinária e não simplesmente um método de raciocínio diferenciado e dissociado das demais formas de raciocínio prático (POSNER, PJ, 2007b, pp. 134-135).

2.5. Como decide o juiz pragmático – o caso Roe vs. Wade

Em *The Problems of Jurisprudence*, Posner refletiu sobre a importância das Faculdades de Direito, especialmente com relação à percepção dos limites externos da argumentação jurídica permissível (PJ, 2007b, p. 135). É aqui que Posner reconhece no antigo formalismo jurídico de inspiração langdelliana do **estudo de casos** como um importante simulacro da prática judicial. Para ele, os casos fornecem não somente

[163] No desejo de Posner, "[…] there should be departments of law, where students can pursue doctoral programs in Legal Theory, or alternatively programs that meld college, law school, and doctoral training in another discipline into an integrated course of study taking less than the minimum of ten years after high school that such a program would currently require. Three years of college, two years of law school, and three years of doctoral study should, if these stages of training are integrated, equip a student to contribute creatively to the understanding and improvement of the legal system of the twenty-first century" (POSNER, 1987a, p. 779).

"relances da retórica do direito", mas também uma experiência vicária da vida que será encontrada pelos advogados e juízes ao longo da carreira (PJ, 2007b, p. 134), aumentando a capacidade de análise jurídica.

Vimos anteriormente que, para Posner, quando há consenso sobre a aplicação das fontes formais do direito (normas, princípios e precedentes), o juiz pragmático, em nome da segurança e da estabilidade jurídicas, adotará o formalismo jurídico enquanto estratégia de adjudicação. Entretanto, havendo dissenso moral e político sobre a questão, o juiz estará diante da área aberta do direito, onde estão os casos difíceis. Cumpre-lhe, segundo Posner, decidi-los **pragmaticamente,** a partir de um juízo de políticas públicas sobre fatos e consequências ao invés de conceitualismos e generalidades, atentando para o mínimo de perturbação do sistema jurídico existente.

Roe vs. Wade[164] é um dos muitos casos difíceis decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos que se tornaram paradigmáticos, sendo das mais controversas e significantes na história da Suprema Corte norte-americana e estudado nas faculdades de direito.

A decisão no caso *Roe* derrubou uma lei do Estado do Texas que criminalizava o ato de ajudar uma mulher a fazer um aborto. A Suprema Corte decidiu que a mulher pode abortar por qualquer razão, até o ponto em que "a vida do feto se torne viável". A Corte definiu "viabilidade" como a potencialidade de "ter vida extra-uterina, ainda que artificialmente" adicionando que tal viabilidade se dá "pelo sétimo mês (28 semanas), mas pode ocorrer antes, com 24 semanas. A Corte declarou que, depois da viabilidade da vida, o aborto deveria ser avaliado quando necessário à proteção da saúde da mulher. A Corte fundamentou sua decisão no direito constitucional à privacidade, emanado da Décima Quarta Emenda, também conhecida como cláusula do devido processo legal substantivo.

Ao negar restrições estaduais e federais ao aborto, *Roe v. Wade* deu origem a um debate nacional que continua até hoje, sobre se e em qual extensão o aborto é legal, quem deve decidir a legalidade do aborto, quais métodos a Suprema Corte deveria ter utilizado na decisão do caso e qual o papel da religião e da moral na esfera política. Isto dividiu a nação em dois movimentos: o pró-*Roe* (ou pró-escolha) e o anti-*Roe* (ou pró-vida). Exige-se, deste modo, um equilíbrio entre dois interesses: a liberdade da mulher e a sobrevivência do feto, ambos de valor moral e político.

---

[164] 410 U.S. 113 – 1973.

Poucas questões de direito ou da política contemporânea, são mais controversas ou profundamente emocionais que a validade da justificativa da preservação da vida humana. Mas o que torna, de fato, o caso *Roe* difícil, porém, não é a questão de saber se um direito fundamental à vida está envolvido. Afinal, a própria acepção semântica do termo "*aborto*" já nos indica se tratar de descontinuidade de gravidez, com morte do nascituro. O problema que fez com que o debate sobre o aborto se tornasse tão "amargo e divisionista" era saber **se o interesse do Estado na preservação da vida humana era suficiente para justificar a proibição total do aborto**[165].

Debatido sob a perspectiva do **direito fundamental à privacidade**, a discussão sobre o aborto se estendeu a temas como procriação e família e o Tribunal não teve alternativa que não avaliar a força do interesse do Estado nesta questão como um todo. O aborto se trata, segundo Posner, de um "**direito constitucional não enumerado**", isto é, não inscrito diretamente no corpo do texto Constitucional, assim como o direito de usar métodos contraceptivos (OL, 2009, p. 187).

Posner também apresenta sua avaliação pragmática sobre o caso. Ele entende que os **valores** mais arraigados do homem estão em seu **inconsciente**, fundamentando suas ações, mesmo quando não se é capaz de dar a esses valores nenhuma justificativa racional. O mesmo se dá quando um juiz se alivia ao saber que não precisa ratificar uma lei que, para ele, seja terrivelmente imoral, embora ela não seja inconstitucional. Tais valores, ou melhor, **inclinações** morais, são acionadas quando abordamos temas polêmicos, como é o caso do aborto (2000c, p. 1021).

O ***status* moral da vida do feto** é, portanto, apenas uma dentre uma série de questões-limite sobre as quais não a **razão não nos fala claramente**; questões sobre quem deve ser considerado membro da comunidade e, consequentemente, uma pessoa cujo bem-estar deve ser levado em conta (POSNER, OL, 2009, p. 203). Nossas crenças fundamentais (ou inclinações) são, aqui, o ponto de partida para a racionalização das questões mais complexas e nem sempre são compartilhadas com os demais membros de um grupo ou sociedade. Assim sendo, tanto a cultura feminista quanto a cultura de crenças religiosas sobre a santidade da vida estão presentes nos Estados Unidos, e seus respectivos defensores não compartilham bases morais suficientes, de modo que chamam uns aos outros suas moralidades de imorais, sem chegarem a um consenso (POSNER, 2002, p. 23).

[165] Cf. a propósito Farber (1988, pp. 1333 e 1370).

Posner considera, então, que a maioria dos juízes que se opõe ao direito ao aborto o faz por questões religiosas[166] e não por causa de uma avaliação científica sobre a questão e a formação do direito. Entretanto, eles (os juízes) podem se arriscar a oferecer razões pragmáticas contrárias ao aborto, em um esforço de mobilizar os juízes que não são religiosos ou cujas crenças religiosas não incluem a rejeição ao aborto[167].

Mas isso não é garantia de nada, segundo Posner[168]. Para ele, se argumentarmos contra alguém "pró-vida" que o direito ao aborto reduzirá no futuro a criminalidade porque crianças indesejadas tendem à criminalidade, tal ideia será recebida com horror, ao invés de ser um ponto interessante a ser considerado na formação de sua opinião, isto é, no equilíbrio das consequências boas e ruins relativas ao aborto (POSNER, HT, 2008, pp. 13-14). Afinal, estamos falando para cristãos sobre "morte deliberada do feto considerado como ser humano", ideia esta fundada em uma racionalidade impossível de refutar. Desta sorte, para os religiosos, a questão do aborto vai além do tempo de restrição do nascimento; afinal, não é que o feto nascerá depois, ele nunca nascerá, e isto é uma consequência ruim para os simpatizantes pró-vida ou para os cristãos (2004c, pp. 283-284). E assim, diante do **dissenso**, a questão da vida do feto permanecerá **indeterminada**, mesmo ao juiz pragmático, diante de posições radicais já preestabelecidas.

Conquanto Posner reconheça que o aborto tenha provocado reações morais divergentes na tradição ocidental, alega que, no caso *Roe*, a Suprema Corte parece ter

---

[166] Sobre a avaliação de Posner sobre o entendimento da Igreja Católica sobre o aborto Cf. Posner (2004c, pp. 272-280).

[167] Posner, por exemplo, entende que o debate sobre aborto e sobre a liberdade sexual e reprodutiva é, em parte, um debate entre mulheres que perdem e mulheres que ganham tal liberdade, isto é, é um **debate econômico**. Para ele, quanto mais livre a mulher é sexualmente, menor interesse o homem terá em casamento e mulheres especializadas em serviços domésticos serão prejudicadas (POSNER, 2004c, pp. 340-341). Entretanto, mesmo uma análise do tipo custo e benefício ou quantitativa seria **indeterminada ou inconclusiva** aqui, já que mesmo a ideia de que a proibição do aborto reduziria esta prática é extravagante, assim como calcular o valor do feto também não parece algo lógico (POSNER, 2004c, pp. 283-289).

[168] Como expressou em *The problematics of moral and legal theory*: "You couldn't argue the opponents of abortion out of their position even with a good analogy, because for most of them their position is founded on religious conviction, and one of the strongest norms of debate in our society is that you don't question another person's religious convictions. You couldn't argue the opponents of abortion out of their position even if it were founded on simple altruism - on liking to think of fetuses as babies. The more that fetuses are seen as babies (with the help of ultrasound), the greater will be the opposition to abortion, holding religious conviction constant. Indeed, it seems that because of ultrasound, which enables one to see even a very early fetus as a kind of human baby, more and more people are becoming troubled by abortion, whether or not they think it should be prohibited - a separate question. I dislike abortion more since my grandchildren were born; this change in "moral" feeling has nothing to do with argument. Liberal philosophers begin with the pro-choice position and then dress it up as a philosophical argument. Conservative philosophers begin with the opposite position and try to dress it up as a philosophical argument. In either case it is only window dressing" (PMT,1998d, p. 1676).

inferido que **não existe fato moral na questão sobre o aborto**, de modo que as divergências da opinião pública ainda persistem em debate[169].

Para Posner, isto se dá por que uma questão moral não é resolvida ao ser ignorada como foi em *Roe*; permanecerá indeterminada, ainda que não se veja um equilíbrio entre argumentos favoráveis ou contrários a um ou outro lado da questão (OL, 2009, p. 199). Para ele, portanto, embora a Suprema Corte tenha proferido sua decisão, a questão moral sobre a vida do feto permaneceu inalterada (POSNER, 2002, p. 136).

Nesses termos, Posner entende que o **Tribunal estava tentando apenas neutralizar, ao invés de resolver definitivamente o problema**. E acrescenta que é quase inevitável em uma sociedade moralmente pluralista como a norte-americana, considerar a moralidade como uma questão de opinião pública, da contagem de cabeças (1998, pp. 1702-1703), de tal sorte que "nenhuma das armas do arsenal filosófico analítico ou do especialista em raciocínio jurídico conseguirá, demover uma pessoa para quem o feto é um ser humano e aquele que o promove, um assassino" (2009, p. 201).

Independentemente da exclusão da questão moral sobre a vida do feto no caso *Roe*, Posner conclui que os sete juízes que compunham a maioria da Suprema Corte acabaram definindo um valor menor à vida fetal do que ao interesse das mulheres no controle de sua atividade reprodutiva. Mas esta também **foi uma decisão legislativa** e até mesmo **pragmática** (LPD, 2003, pp. 124-125) que poderia muito bem ter sido justificada em uma ponderação das consequências dos resultados das alternativas, não havendo nada no texto da Constituição ou na lei que levasse obrigatoriamente a essa decisão pelo Tribunal.

Todavia, porque *Roe* está na maior parte dos livros de direito, esta é uma questão mais premente do que se foi corretamente decidida. Posner entende que, embora estejamos tratando de uma decisão pragmática (LPD, 2003, p. 125), houve um **erro em *Roe***, não em

---

[169] Tal se deve à concepção do direito ao aborto como incluído no conceito amplo de "privacidade", consignado mais amplamente na Cláusula do Devido Processo Legal da Décima Quarta Emenda. De acordo com o voto do juiz Harry Blackmun, disposto na sessão IX, não havia fundamento jurídico para a realização de teste de equilíbrio de qualquer direito à vida do feto. O feto teria esse direito se fosse definido como uma pessoa jurídica para fins da Décima Quarta Emenda, mas a intenção original da Constituição (até a promulgação da Emenda XIV em 1868) não incluía a proteção do nascituro, de acordo a Suprema Corte. O Tribunal salientou que a determinação sobre se um feto pode gozar de proteção constitucional não significou a intervenção na questão de quando começa a vida. Nas palavras de Blackmun "We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer". Noonan, por sua vez, acredita que tal decisão tenha se dado em favor do movimento pró-escolha. Cf. Posner (PMT, 1998d, p. 1772).

razão do seu resultado, mas em razão do caminho metodológico adotado para a decisão, como se verá a seguir.

2.5.1 Houve erro em *Roe*?

Posner afirma que um juiz pragmático, diante de um caso difícil como *Roe*, não se contentará com uma simples enunciação de valores morais. Não ignorará, ainda, as objeções, nem deixará de contestar a coerência de seus valores. Também procurará informar-se mediante uma **investigação empírica mais inquisitiva** que é aquela de costume nos votos judiciais dos casos difíceis. Como arremata, "A prudência determina que, antes de reagirmos vigorosamente a uma coisa, procuremos obter a ideia mais clara possível do que essa coisa é" (POSNER, OL, 2009, p. 206).

Logo, em que pese à importância dos valores pessoais como fatores agentes no ato de julgar, tais valores também são influenciados pelas experiências coletivas, que podem ser somadas ao acesso **a pesquisas empíricas**, para "ampliar e corrigir as fontes factuais que orientam as reações que o indivíduo tem com base em sua personalidade e suas opiniões, fazendo o juiz enxergar, por exemplo, os aspectos reais de uma lei contrária à contracepção, ao aborto ou à sodomia" (POSNER, OL, 2009, p. 208).

Posner sustenta que a maioria dos juízes lida melhor com os fatos do que com as teorias (OL, 2009, p. 208). Sendo assim, um estudo mais profícuo sobre o tema da definição de posturas públicas sobre o aborto deve identificar, portanto, o que influencia tais posturas[170], (POSNER, OL, 2009, p. 201). Em sua opinião, por exemplo, a maior parte dos argumentos dos estudiosos acadêmicos está do lado pró-aborto, não porque este lado seja realmente mais forte, mas por atender aos interesses materiais das mulheres altamente instruídas "e a classe dos estudiosos acadêmicos que se compõe ou dessas mulheres, ou de seus maridos, amigos e colegas de profissão" (POSNER, OL, 2009, p. 204).

[170] Um exemplo bem sucedido pragmaticamente, segundo Posner, é o caso *Griswold VS. Connecticut* (381 U.S. 479 (1965). Neste caso, houve um estudo feito por uma clínica de controle de natalidade, segundo o qual, no século XIX, houve uma onda de aprovação de leis que proibiam o uso de contraceptivos; que estas só não foram revogadas em dois estados americanos (Connecticut e Massachusetts), onde a influência da Igreja Católica era maior, o que provocou o fechamento de clínicas de controle de natalidade nesses estados (POSNER, OL, 2009, pp. 206-207). A pesquisa, aqui, foi determinante para a elaboração da decisão pela Suprema Corte.

E, para saber quais as consequências para cada interesse (da mãe ou do feto) ao se decidir de uma forma ou de outra, isto é, se uma decisão será menos sacrificante para um dos interesses em competição, seu elemento indiscutível será a "**tentativa e erro**" resultante das experiências realizadas (POSNER, 2002, p. 255).

O erro da abordagem conduzida no caso *Roe vs. Wade* não foi, de acordo com Posner, a interpretação da Constituição, mas a **nacionalização prematura da questão**, isto é, a apresentação de uma decisão antes que surgisse algum tipo de **consenso** fundado na **diversidade das experiências** sobre a problemática no nível estadual ou local (OL, 2009, p. 427), de modo a fazer surgir uma decisão prática e, ao mesmo tempo, principiológica.

Ademais, uma das deformidades da opinião majoritária do caso foi que a questão do aborto foi reduzida meramente uma questão médica e que a razão para invalidar leis que proíbem o aborto é que ela simplesmente interfere na autonomia do exercício da profissão médica – o lado *prático* do Juiz Blackmun, associado à Clinica de Mayo.

Para Posner, os efeitos de leis sobre o aborto em mulheres, crianças e família, que são aqueles sobre quem os efeitos do aborto são diretamente notados, não foram considerados. Declarou o Juiz Blackmun sobre a história do aborto, embora esta não mereça muita atenção de outros juízes, também leigos no assunto. Não houve esforços para usar a exceção da regra para abortos necessários para a proteção da vida da mulher para mostrar a diferença entre a vida fetal e outras formas de vida humana. Não foram expostas as dificuldades para uma mulher carregar seu feto até o fim contra sua vontade. Não trata de mulheres pobres, de estupro, ou de quando o feto tem deformidades. Não há referência à morte de mulheres em razão de abortos ilegais, nem tampouco se relacionou com o direito a privacidade marital que havia sido estabelecido no também conhecido precedente *Griswold* ou ao direito à contracepção, desta sorte, para Posner, enquanto retórica, a opinião do juiz Blackmun é um fracasso (1996, p. 09; 2004c, p. 337).

Entretanto, ainda que Posner compreenda a decisão de *Roe* como um erro, isso não quer dizer que seja **errada** do ponto de vista do direito constitucional, mas apenas que a Corte não foi capaz de apresentar uma **demonstração satisfatória de sua** "**correção**", de modo que se pode apenas suspeitar de que os juízes decidiram apenas de acordo com seus valores pessoais e preferências de políticas públicas (2004c, p. 338), agindo aqui, portanto, como legisladores ocasionais.

Uma avaliação pragmática mais adequada do caso *Roe* está, na sugestão de Posner, na **avaliação experimental de determinadas consequências da decisão,** como a consequência da restrição ao aborto em estados onde a hostilidade a médicos e clínicas de aborto pode servir apenas para tornar as meninas e as mulheres mais cuidadosas sobre sua atividade sexual do que se elas tivessem acesso ao aborto como um apoio à contracepção. Outras possíveis consequências que foram ignoradas, como os efeitos sobre a taxa de natalidade e sobre as práticas sexuais, para não mencionar as consequências teológicas e morais do aborto, são, talvez, demasiado especulativas para serem consideradas neste cálculo.

De acordo com Posner, a *Corte de Warren* teria sido mais sensata se permitisse que os Estados servissem como laboratórios até que estivessem em melhor posição para comparar as consequências de longo prazo das políticas sociais sobre o aborto com as proibições do aborto nos estados que optaram por sua vedação (1991, p. 42). Poder-se-ia imaginar, diz Posner, que a Suprema Corte, ao defender estatuto do aborto Texas no caso *Roe*, retomasse o tema aborto após uma década de experimentação de um determinado Estado com leis sobre o aborto. Talvez então alguma aproximação **de consenso** teria surgido que poderia ter sido usado para justificar invalidando as leis do aborto dos demais estados (POSNER, LPD, 2003, p. 125).

Nesse contexto, seria possível, por exemplo, que se mais pessoas soubessem em que se diferencia a proposta do aborto por nascimento parcial adotada no caso *Roe* de outras formas de aborto tardio, e soubessem também das circunstâncias nas quais as mulheres decidem abortar, aqueles que não estivessem posicionados em ambos os extremos do debate sobre o aborto descobririam que eles realmente chegariam a um acordo sobre como deve o assunto deve ser abordado (POSNER, 2000, p. 1020).

Entretanto, como Posner mesmo reconhece, não temos certeza de que os benefícios do atraso na invalidação da legislação sobre o aborto teriam ultrapassado os custos para as mulheres que tiveram negado o direito ao aborto legal durante o ínterim. **Não podemos sequer medir os benefícios e custos**[171] (2004c, p. 290). A "tomada de

[171] Como Posner diz, "[e]ven on its own terms, the economic or utilitarian (these are not synonims, but they are close related) analysis of abortion is inconclusive, although it may show that the extreme positions taken by advocates and opponents of abortion rights are untenable.We need a tiebreaker, a method for allocating the risk of nonpersuasion, such as preference for limited government, for example as embodied in Mill's principle that government should not intervene in private conduct, which abortion is if the fetus is considered a nonmember of the community. No impartial tiebreaker suggests itself" (2004c, p. 288).

decisões pragmáticas, inevitavelmente, será baseada numa medida inquietante de palpites e preferências subjetivas e não em provas concretas" (POSNER, LPD, 2003, p. 126).

Desta sorte, Posner traduz a questão do aborto como um conflito de interesses que **deve ser equilibrado** essencialmente pelo **Legislativo**, como depositário da força política por excelência, cabendo ao Judiciário, diante da indeterminabilidade do tema, ser acionado apenas subsidiariamente para atuar como criador do direito, uma vez que a Suprema Corte não é melhor legisladora que os legisladores ou o Congresso (POSNER, OL, 2009, p. 195).

Entretanto, colocado o caso nas mãos do Judiciário, surge-lhe o dever inescapável de apresentar uma resposta à sociedade. Mas **Posner não nos diz qual a solução correta para o caso *Roe***, quer dizer, não nos indica se o aborto deve ser proibido ou permitido por razões outras que não sejam a consideração das consequências práticas obtidas para o futuro, avaliadas por uma preferência política pessoal do julgador.

Isso é decorrência da abordagem pessoal de Posner sobre o pragmatismo jurídico, que pretende apenas apontar caminhos decisórios, mas não concluir questões jurídicas deste porte. E, como o próprio Posner confessa, ele mesmo faz as recomendações pessoais sobre políticas públicas, guiado por um "vago utilitarismo e um liberalismo clássico" (PMT, 2002, p. XII). Ao mesmo tempo, silencia quanto aos parâmetros de avaliação de quais experiências seriam bem sucedidas. Um juiz que tivesse tendências pró-vida poderia entender, nesses termos, que a experiência de proibição do aborto é mais bem sucedida que um juiz que tendesse a um posicionamento oposto, e vice-versa, mas não chegariam a um consenso sobre o tema.

Portanto, o que se extrai da avaliação de Posner é que não há dúvidas de que ambas as interpretações plausíveis (a favor ou contra o aborto) levariam a consequências empiricamente verificáveis e palpáveis, à falta de texto constitucional ou de precedentes que orientassem a decisão da Corte.

Mas o pragmatismo não determina qual delas é a "correta". Não é esta, como vimos, a sua finalidade. Apenas oferece ajuda ao juiz para que ele escolha entre as alternativas de um modo mais razoável, e que leve em conta não apenas suas intuições pessoais e suas preferências de políticas públicas, mas também dados e estatísticas externos e, portanto, menos contaminados por preconceitos, a fim de que não se promova um rompimento brusco do sistema jurídico.

Houve erro na abordagem de *Roe*? Cremos que, após as concessões feitas por Posner à sua própria crítica, identificada à primeira vista como falta de experimentalismo, já não mais subsiste o argumento do erro, até porque os métodos empíricos aos quais deve a avaliação das consequências (especialmente a análise de custo e benefício) não trouxeram à tona a objetividade incontestável (ou pelo menos convincente) esperada por Posner da atividade judicial.

O juiz pragmático do caso *Roe* será, portanto, o legislador ocasional a que Posner se referiu em sua obra *How Judges Think*, como um formulador de políticas públicas, uma vez que não tem alternativa à elaboração de seus próprios valores pessoais e políticos para decidir casos indeterminados, valores estes em que o ensino jurídico exerceu papel significativo (item 2.4.2.5), ao mesmo tempo em que devem se sujeitar aos constrangimentos internos e externos enunciados no item 2.4.2.3 deste trabalho. Como Posner advertiu aos juízes: "se não jogarem o jogo judicial pelas regras, mas, ao revés, agirem tal como políticos de toga, estarão fazendo algo que podem valorizar mais que o jogo judicial que deveria ser jogado" (HT, 2008, p. 91)

***

De tudo o que se viu neste segundo capítulo, não se pode, todavia, **negar valor ao esforço de Posner na caracterização do processo decisório**. Afinal, como ele mesmo afirma, não haveria interesse em saber como os juízes decidem se eles nada mais fizessem além de aplicar a definição clara do papel do direito criado pelos legisladores, agências administrativas, constituintes originais, e outras fontes extrajudiciais como o costume comercial aos fatos de um caso colocado em juízo. Do contrário "os juízes estariam a caminho de serem substituídos por programas de inteligência artificial" (POSNER, HT, 2008, p. 05).

Sua concepção do pragmatismo enquanto teoria da adjudicação esconde um acúmulo de recomendações normativas de toda uma história da filosofia do direito norte-americano, iniciada com o pragmatismo clássico, passando pelo realismo e pelo neopragmatismo, além de elementos teóricos do formalismo jurídico e da Análise Econômica do Direito.

Posner tentou apoiar a "plausibilidade da ideia de que os juízes norte-americanos sempre agiram dessa forma [pragmática]" (HT, 2008, pp. 235-249), ainda que isso significasse colocar sobre a rubrica pragmática um *pastiche* de ideias, com sobreposições um tanto contestáveis. Se por um lado valorizou a concepção do direito enquanto atividade e (enquanto experiência) sustentados pelo pragmatismo clássico, do outro *lhe extirpou o caráter filosófico e teórico moral*, quedando apenas com os *métodos científicos* capazes de conduzir investigações empíricas, fazendo surgir o que concebeu como *pragmatismo cotidiano*. Ao adotar uma abordagem não teleológica do direito, considerou as questões jurídicas enquanto *fatos brutos*, transcritos na forma de *consequências particulares e sistêmicas*, embora estas necessitem de juízos de *valor*. Ao mesmo tempo em que esperava que o *ensino jurídico* fosse mais direcionado às ciências sociais e a dados estatísticos, sugeriu a *intuição* como o principal componente do instrumento último da avaliação das consequências das decisões judiciais (*razoabilidade* e *razão prática*), típico do neopragmatismo.

Ainda mais e especialmente, insistiu em uma *indeterminabilidade* parcial do direito, dependente do *consenso* e daquilo que convencionou denominar *objetividade conversacional*, processo não-racional, concomitante a uma objetividade *exata*, garantida pela clareza das normas e precedentes, a qual mais uma vez foi fundamentada no consenso capitalista e que, não raro, restringir-se-á, como ele mesmo demonstrou, a áreas como o direito contratual, a responsabilidade civil e o antitruste, as quais antes mesmo de sua virada pragmática, eram objeto da análise de custo e benefício típica da primeira geração da Análise Econômica do Direito, da qual foi precursor. A *economia* se torna a *ciência empírica* do seu pragmatismo por excelência.

Diante da impossibilidade quanto a respostas corretas, fica do trabalho de Posner, por ora, a advertência à sociedade quanto à necessidade de guarnecer o heterogêneo Judiciário (ora legislador ocasional) de constrangimentos que possam estabelecer fronteiras à área aberta do direito e garantir a consecução dos fins sociais, ao mesmo tempo em que se deve atentar para os critérios de nomeação dos juízes e para a qualidade do ensino jurídico. Ao seu pragmatismo, cumpre apenas indicar os melhores meios para tanto.

CAPÍTULO 3 – AS CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN AO PRAGMATISMO JURÍDICO

"*Dizer que alguém é pragmático é dizer pouco*" (POSNER, PJ, 2007b, p. 40).

No capítulo anterior, vimos as características do pragmatismo jurídico de Richard Posner. Da Análise Econômica do Direito à sua concepção do pragmatismo cotidiano e da teoria da adjudicação pragmática, do pragmatismo constrito pelos limites institucionais e, por conseguinte, do ordenamento jurídico (colocados sob o manto das consequências sistêmicas) à possibilidade pragmática de atuação do juiz enquanto legislador ocasional nos casos difíceis, muitas ideias se repetiram ou foram reformuladas ao longo de suas obras. Enfatizou-se o caráter político do magistrado em face da indeterminabilidade e escassez das fontes do direito, e da importância do ensino jurídico na formação da personalidade do e juiz da imposição de constrições internas e externas à atividade judicial.

Viu-se, igualmente, a rejeição da filosofia como busca de unidade e ordem, ao passo que qualquer método teórico que conduzisse a uma investigação empírica mais razoável seria mais bem avaliado sob o ponto de vista do seu pragmatismo jurídico. Posner aceitou duas ideias paradoxais sobre o direito: **i)** a de que é possível conhecer a objetividade sem aceitar essencialismos universais ou metafísicos e; **ii)** que é possível alcançar decisões justificáveis mesmo que não haja respostas corretas, proposições estas resultantes de seu antifundacionalismo. Defende, assim, a identificação dos fatos e a análise empírica haja vista que o único fundamento de uma regra jurídica é a sua vantagem social, a qual requer um julgamento econômico, de equilíbrio de custo e benefício[172].

O objetivo deste terceiro capítulo será a apresentação das principais críticas ao pragmatismo jurídico de Richard Posner endereçadas por Ronald Dworkin (1931-), as quais deram forma ao debate entre os dois autores desde os anos 1990 até hoje.

[172] Cf. a propósito Edwards (2002, p. 314).

A escolha de Dworkin como principal crítico de Posner não foi aleatória. Dworkin é conhecido atualmente como o principal expoente contemporâneo da filosofia do direito liberal anglo-americano, cuja contribuição está no desenvolvimento de uma teoria consistente, que permite que o juiz interprete suas próprias responsabilidades morais e éticas de um modo liberal[173]. É ele também, na opinião de outros pragmatistas[174], o crítico mais veemente do movimento como um todo, razão pela qual suas considerações merecem maior atenção no mundo acadêmico.

Posner, em *The Problems of Jurisprudence*, obra que marcou sua virada pragmática, buscou na tese de Dworkin de acordo com a qual toda questão jurídica tem uma resposta correta, o contrapeso para a sua própria tese pragmática, de que nem todas as questões jurídicas tem respostas corretas, e de que há uma área de indeterminabilidade do direito[175].

Não obstante conceba seu conceito de direito como atividade de profissionais autorizados convergente com o de Dworkin, dele se afasta quando permite que os princípios jurídicos sejam afastados por políticas públicas (PJ, 2007b, pp. 320-321). Posner considera rica a concepção interpretativa de Dworkin do direito enquanto romance em cadeia, mas, ao mesmo tempo compreende que, no direito, há possibilidade de alteração dos capítulos anteriores, isto é, a reforma, sendo certo que a deferência a tais capítulos dependerá do mérito intrínseco daquilo que foi decidido anteriormente (PJ, 2007b, p. 350).

Conquanto a reconstrução do pensamento dworkiniano não seja o objeto do presente trabalho, é preciso esclarecer que, diferentemente de Posner, o trabalho de Dworkin se dá no âmbito daquilo que ficou conhecido como "**virada interpretativa**".

A partir da década de 1960, as ciências sociais se conscientizaram de que a interpretação dos fenômenos é inevitável. Assim, a verdade de nossas teorias não poderia

---

[173] Cf. Morrison (2006, pp. 495-496).
[174] Cf. Farber (1988, p. 1343). Também Leiter (2006, pp. 01-10).
[175] Como apontou Posner, "a ironia do projeto de Dworkin é que, quanto mais ampla for a definição do direito, menos e não mais seguro se tornará o 'Estado de Direito'. O direito perde a sua nitidez, incorporando-se à moral e depois, quando se reconhece que a sociedade é moralmente diversa, à política, abandonando de vez a esfera do direito. Se este incluir uma ampla amostra de princípios políticos, os juízes poderão fazer política e afirmar, sem problemas de consciência, que o que fazem não é política, mas direito" (PJ, 2007b, p. 32; sobre o problema da resposta correta, mais especialmente pp. 263-272). Posner também busca na discordância da concepção de Dworkin sobre o aborto um modo de explicar a sua concepção de adjudicação pragmática, afirmando que a fundamentação do direito ao aborto na cláusula de estabelecimento da religial compromete a abordagem do direito como integridade advogada por Dworkin (OL, 2009, pp. 187-201, especialmente 198).

ser um reflexo das entidades objetivas da realidade do mundo, mas resultado da interação de nossas faculdades interpretativas enquanto nos dedicamos a atividade prática do viver.

Com relação à **objetividade**, a interpretação coloca novamente em pauta a questão do posicionamento moral e político do intérprete. Rejeita-se a metafísica de um observador externo e independente à procura de objetividade em nome de uma metafísica de um cientista comprometido que *pertence* à tradição e trabalha com os recursos intelectuais desta tradição. A **verdade** não é um reflexo, mas a articulação da ação e do significado, intrínsecos à história à qual pertencem tal ação e tal significado[176].

O projeto de Dworkin para o direito é, portanto, uma teoria jurídica interpretativa. **O direito, para Dworkin, é interpretativo**, de modo que os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que ele é (1999, p. 489).

Dworkin diz, ao contrário de Posner, que há um perigo na caracterização do direito como simples questão de fato. A rigidez desse argumento pode resultar de **um dogmatismo político disfarçado** que se concentra nos meios predefinidos (teorias que levem a investigações empíricas) e não imediatamente nos fins sociais. Na realidade, tal ideia trata o direito como uma prática argumentativa que depende, em grande parte, da mobilização e discussão de proposições argumentativas, o que só pode ser obtido do ponto de vista do participante do fenômeno jurídico, e não de um observador externo ou de técnicas alheias ao empreendimento jurídico.

Ao invés de uma abordagem pragmática, a qual, nas palavras de Dworkin "encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente", de modo que o direito reduz-se a meio para tornar a vida melhor (1999, p. 489), Dworkin sustenta, em sua obra *O Império do Direito*, o **direito enquanto integridade**, exigindo que os juízes apresentem os melhores argumentos justificativos e normativos, construídos a partir de diversas práticas interpretativas literárias, desenvolvidas pelas normas éticas e políticas refletidas e inseridas no texto e na história da Constituição (1999, pp. 119-120). Sua teoria do direito é a de que a natureza da argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes.

[176] Cf. Morrison (2006, pp. 498-499).

A abordagem de Dworkin da função judicial exige que o juiz considere o direito como se fosse uma rede de trama fechada. Não há nenhum direito além do direito. Além disso, é contrário à tese positivista de que existem lacunas no direito.

Direito e moral estão intrinsecamente ligados. Dworkin compreende que o sistema jurídico pode gerar casos controversos ou difíceis, de tal sorte que o juiz terá de olhar além da letra da lei (do direito que *é*) para determinar o que o direito *deve ser*. Para isso, deverá o juiz se engajar num processo interpretativo, que será guiado por padrões jurídicos, isto é, pelas políticas públicas e mais especialmente, pelos **princípios** que descreverem os direitos.

Princípios diferem das políticas públicas, segundo Dworkin. Os primeiros são padrões a serem observados, não porque irão garantir uma situação econômica, política ou social, mas porque **são uma exigência** de justiça, de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade. **Política pública**, de outro lado, é um tipo de padrão explorado pelo pragmatismo, que estabelece um **objetivo** a ser alcançado, em geral uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade.

Os princípios, para Dworkin, tem um "peso limite" em relação aos objetivos da comunidade. Eles não devem ser esmagados por fins comunitários concorrentes. Cada caso, segundo Dworkin, levanta a questão: "será que o autor tem o direito de ganhar?" Para a decisão desta questão, os interesses da comunidade não devem entrar em jogo. **Assim, os processos são, e devem ser decididos por princípios**.

Mesmo quando um juiz parece estar avançando num argumento de política, para Dworkin, devemos interpretá-lo como se referindo a um princípio, porque ele é, de fato, a determinação dos direitos individuais dos membros da comunidade. Assim, se o juiz apelar, por exemplo, para a segurança pública, para justificar algum direito abstrato, isto deve ser lido como um apelo aos direitos concorrentes daqueles cuja segurança será colocada em prática se o direito se tornar concreto.

Os princípios são a amálgama do sistema dworkiniano, de modo que não há que se falar em áreas de indeterminação do direito, ao mesmo tempo em que deve sempre haver uma resposta correta às questões jurídicas, quaisquer que elas sejam. O direito é construído tal qual um romance em cadeia, em que cada escritor será responsável por dar continuidade e coerência à história do direito. Nesse sentido, o juiz de Dworkin, representado na figura mitológica de Hércules, decidirá sempre de acordo com a teoria do

direito que for mais coerente com a história institucional de sua comunidade, estabelecendo, daí, a integridade do direito.

Já Posner acredita que a trama fechada defendida por Dworkin, de modo a incluir sob a rubrica de "princípio" as normas éticas e políticas que os juízes usam para decidir os casos difíceis, faz com que a decisão segundo o direito e a decisão segundo a preferência política tornam-se difíceis de distinguir em uma sociedade tão moralmente heterogênea quanto a norte-americana. Acredita que a distinção feita por Dworkin foi arbitrária, e que os "princípios políticos são apenas as diretrizes políticas que confirmam e enaltecem a vertente do liberalismo político de Dworkin" (POSNER, PJ, 2007b, p. 32).

Em *The Problems of Jurisprudence*, Posner afirma que a concepção ampla de Dworkin faz com que o direito perca sua nitidez, incorporando-se à moral e à política ao passo que, se o direito incluir princípios políticos, os juízes poderão fazer política e afirmar que o que fazem não é política, mas direito, não se podendo falar em "certo" e "errado". É assim que, para Posner, sem homogeneidade social não há respostas demonstravelmente certas a questões juridicamente difíceis, que remetam a normas morais ou não-jurídicas. Ao mesmo tempo, não se pode tomar o conceito de interpretação de Dworkin para restringir a discricionariedade do juiz, uma vez que a tradição jurídica norte-americana é tão ambivalente que os juízes podem dar sustentação a qualquer uma das partes nos casos difíceis, não se podendo usar tamanho vocabulário para dissimular decisões discricionárias e políticas dos juízes (POSNER, PJ, 2007b, pp. 33-34).

Foi em contraposição à tese dworkiniana que Posner se mostrou favorável a uma teoria do direito como atividade, à abordagem comportamental, à ideia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável e não um resultado "demonstravelmente" certo, à objetividade como atributo cultural e político, à recepção da ciência pelo direito e a uma teoria consequencialista da interpretação. Uma concepção que, como vimos no segundo capítulo desta dissertação, é impregnada de política, enfim, uma **concepção pragmática** do direito (POSNER, PJ, 2007b, pp. 37-38).

Após esta breve síntese do projeto de Dworkin para o direito, temos que, para compreender as críticas de Dworkin ao pragmatismo jurídico e a concepção dworkiniana exibida por Posner, dividiremos o capítulo em duas partes principais.

Na primeira parte, esclareceremos a visão de Dworkin sobre o pragmatismo jurídico em sentido amplo, a qual está expressa na obra *Law's Empire*, publicada

originalmente em 1986[177], e no artigo *Objectivity and Truth: You'd better believe it*, de 1996. O pragmatismo jurídico aparecerá, aqui, como a **ameaça cética** ao **projeto de direito** como integridade, oferecendo uma interpretação jurídica, no sentido de "[...] que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência e articulação com o passado como algo que tenha valor em si mesmo", exigindo que os "[...] juízes atuem '***como se***' as pessoas tivessem alguns direitos" (DWORKIN, 1999, p. 119).

Tal concepção inicial do pragmatismo será essencial para a argumentação dworkiniana na crítica posterior ao pragmatismo de Posner, o qual desenvolve sua teoria em oposição ao direito como integridade de Dworkin, como se pode observar de suas considerações apresentadas linhas atrás.

Dworkin argumentará, em defesa de sua concepção do direito como integridade, que a **forma de pragmatismo adotada por Posner é vazia**, pois embora insista que os juízes decidam os casos para produzir as melhores consequências, ele não especifica como os juízes devem decidir "o que são as melhores consequências" por não considerar ser este o papel de sua teoria. Essa crítica é importante, porque ao especificar uma concepção concreta de consequencialismo, tornar-se-ia qualquer visão do pragmatismo menos atrativa. Muitos acadêmicos e juristas adotam o pragmatismo ficariam constrangidos de adotar uma teoria ao invés de apenas retórica. O utilitarismo, na opinião de Dworkin, seria a teoria moral mais próxima a ser adotada por um pragmatista, mas Posner a rejeitou, sem indicar claramente qual teoria moral ele colocaria em seu lugar. Sua única resposta para isso é que os juízes americanos concordam suficientemente sobre os objetivos de sua sociedade, de sorte que uma discussão acadêmica sobre os fins sociais é desnecessária. Isto, diz Dworkin, é simplificar o raciocínio deixar os juízes fazerem o que eles acham que todos concordam que é o melhor. De fato, e Posner mesmo reconhece, os juízes discordam profundamente sobre questões políticas importantes, como a importância relativa da eficiência econômica, segurança, proteção do meio ambiente, ações afirmativas, etc., mas isso não ilidiria, para ele, a inevitabilidade do pragmatismo.

Na segunda parte, verificaremos então o debate travado entre Posner e Dworkin nos seguintes artigos: *In Praise of Theory* (IT, 1997), de Dworkin; *Conceptions of legal "theory". A response to Ronald Dworkin* (CLT, 1997), de Posner; *Reply*, (RD,1997), de Dworkin; *Against Constitutional Theory* (ACT, 1998), de Posner. Após a publicação, em

[177] Para este trabalho utilizaremos a versão em português, traduzida como *O império do Direito*, de 1999.

1998, do artigo *The Problematics of Moral and Legal Theory* (PMT, 1998), de Posner, em que ele se mostra mais cético sobre a possibilidade da objetividade moral e jurídica (v. itens 2.2.1 e 2.2.2), houve um recrudescimento do debate, expresso no artigo de Dworkin *Darwin's New Bulldog*[178] (DNB1998) e na subsequente resposta de Posner, no artigo *Reply to the critics of the Problematics of moral and legal theory* (RPMT) também de 1998. Os três artigos foram curiosamente publicados em uma mesma edição da *Harvard Law Review*, tendo suscitado grande polêmica no mundo acadêmico, especialmente no que trata da questão da indeterminação do direito, dos limites da objetividade jurídica e da natureza dos desacordos teóricos morais das práticas do direito. Outros textos se somam a este debate, como *Tribute to Ronald Dworkin – and a note on pragmatic adjudication* (TRD) publicados por Posner em 2000 e 2006, respectivamente, e que também serão abordados neste capítulo.

3.1 Objetividade e interpretação em Dworkin

Como bem explicitado por Ronaldo Porto Macedo Júnior, a melhor leitura da obra de Dworkin nos obriga a reconhecer a importância dos pressupostos metodológicos e epistemológicos que estão por trás de sua crítica ao conceito de objetividade jurídica acolhido pelas teorias rivais, em especial o positivismo jurídico e o pragmatismo[179], e o correto entendimento do significado de sua obra pressupõe a compreensão do significado atribuído por Dworkin ao seu enfoque e método interpretativista.

Dworkin argumenta que a **prática jurídica é um exercício de interpretação**, não apenas quando os advogados interpretam leis e documentos particulares, mas o direito em geral. O direito assim concebido é profundamente político, no sentido amplo do termo. **Mas o direito não é uma questão de política pessoal ou partidária**, e uma crítica do direito, que não compreender esta diferença, irá fornecer uma má compreensão e uma orientação jurídica ainda mais pobre (DWORKIN, 1982, p. 527).

[178] Os artigos *In Praise of Theory* e *Darwin's New Bulldog* foram publicados na obra Justice In Robes (2006), ora utilizado para esta dissertação.
[179] In Guest (2010, p. 04 da apresentação).

Dworkin entende que interpretar o direito significa vê-lo como corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade. Ele propõe que possamos melhorar a nossa compreensão do direito, comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.

Para tanto, Dworkin estabelece que o problema central da filosofia do direito está em saber qual **sentido deveria ser dado às proposições do direito**. Quando procuramos compreender o sentido de uma proposição socialmente compartilhada, somos obrigados a atentar às regras sociais que a definem. Proposições jurídicas podem ser abstratas e gerais como as normas constitucionais, ou podem ser relativamente concretas, como as regras de direito contratual, ou muito concretas, como as regras de responsabilidade civil. As **proposições jurídicas são descritivas**, dizem sobre como as coisas **são** no direito, e não como as coisas **deveriam ser** (DWORKIN, 1982, p. 527).

Poderia se supor, diz Dworkin, que as proposições controversas do direito, não são totalmente descritivas (não dizem o que o direito **é**), mas expressões do que o falante quer que o direito **seja**. Ou ainda, que as proposições polêmicas são tentativas de descrever algum **direito puro, objetivo** ou natural, que existe em virtude da **verdade moral objetiva**, em vez de uma decisão histórica.

Ambos os projetos tem algumas declarações jurídicas, pelo menos, para serem puramente avaliativos e não descritivos: eles exprimem o quer que **o falante prefere** (a sua política pessoal) ou o que **acredita que é objetivamente exigido** pelos princípios de uma moralidade ideal política. Do ponto de vista de Dworkin, nenhum destes projetos é plausível, pois alguém que diga que um ato é constitucional quer descrever o direito **como ele é** e não como **ele quer seja**, ou pensa que, pela melhor teoria moral, **deveria ser** (DWORKIN, 1982, p. 528).

Daí surge a questão sobre a possibilidade de haver um ponto de vista interpretativo que seja considerado **objetivamente melhor** que outro quando são não apenas diferentes, pondo em relevo aspectos diferentes e complementares de uma obra complexa, mas também contraditórios, ou mesmo quando o conteúdo de um inclui a afirmação de que o outro é errado (1999, p. 94).

Dworkin entende que **há duas respostas** possíveis a este desafio. **A primeira** é daqueles que acreditam que as proposições jurídicas não descrevem simplesmente a história jurídica, nem tampouco resultado da avaliação de seu aplicador, de alguma forma

dissociada da história jurídica. Elas são, na verdade, **interpretativas da história jurídica**, que combina elementos de descrição e avaliação, mas é diferente de ambos. Eles são usados para dizer que o direito é uma questão de interpretação (1982, p. 528).

Porém, como alerta Dworkin, a ideia de interpretação não pode servir como uma explicação geral sobre a natureza ou a verdade das proposições jurídicas, a menos que se solte das associações do falante de significado ou intenção. Caso contrário, ela se tornará simplesmente uma versão da tese positivista de que as proposições jurídicas descrevem as decisões tomadas por pessoas ou instituições no passado. Se interpretação é formar a base de uma teoria diferente e mais plausível sobre proposições jurídicas, então temos de desenvolver uma **visão mais abrangente do que é interpretação**. Porém, isso significa que os advogados não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar a interpretação como atividade geral, **como um modo de conhecimento**, atendendo a outros contextos dessa atividade (DWORKIN, 1982, p. 529).

A interpretação vai buscar sua estrutura na ideia de intenção do autor, não porque pretende descobrir o propósito daquele autor histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados e às tradições que interpreta. Por meio de sua **hipótese estética**, segundo a qual a interpretação de uma obra literária tenta mostrar a leitura que revela o texto como a melhor peça de arte, no direito, cumpre ao juiz fazê-lo, tal qual o crítico literário que extrai as várias dimensões de valor de uma peça ou poema complexo, surgindo, então a metáfora do **romance em cadeia** (DWORKIN, 1999, p. 275). E não há, contudo, **um único fim para a interpretação**. Um romance, assim como o direito, pode ser avaliado de muitas formas, pelas quais aprendemos olhando, lendo ou procurando, e não por reflexão abstrata de quão boa a arte ou o direito podem ser (DWORKIN, 1982, p. 533).

De acordo com Dworkin, quem interpreta uma obra de arte depende de **crenças de caráter teórico** sobre a identidade e outras propriedades formais da arte, bem como as **crenças** mais explicitamente **normativas** sobre **o que é bom** na arte. Ambos os tipos de crenças figuram no julgamento de que uma maneira de ler um texto faça do texto melhor do que outra maneira de lê-lo. Essas crenças podem ser inarticuladas (parte do conhecimento tácito e da intuição[180]). Contudo, ainda assim, são crenças genuínas (e não

[180] Cf. também em Posner (2007b, pp. 146-150). Posner sugere que, ao falarmos de raciocínio jurídico utilizamos a articulação de princípios e outras considerações que mostram que uma decisão esteja correta. E isso não seria prova do conhecimento tácito. Este sim, para Posner, é parte de sua concepção de razão prática,

apenas "reações"), pois a sua força, para qualquer crítico ou leitor, pode ser vista no trabalho artístico como um todo, não apenas em uma ocasião isolada de interpretação, mas de várias outras ocasiões e porque **são passíveis de discussão** (DWORKIN, 1982, p. 533). As controvérsias interpretativas giram em tornode **divergências teóricas**, ancoradas em concepções concorrentes de uma mesma prática, e não de divergências ou confusões conversacionais, como pretendeu Posner.

Desse modo, Dworkin propõe, por meio da hipótese estética, que as teorias acadêmicas sobre interpretação não tratem apenas da "ideia de interpretação", mas que sejam candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pelo empreendimento interpretativo, tornando-se uma concepção sobre qual das diferentes teorias competem em concepção (1982, p. 534).

Não se pode supor, portanto, que as pessoas que fazem julgamentos interpretativos pensam que os significados que relatam são "*simplesmente dados*" no universo. Para Dworkin, somente podemos entender afirmações e argumentos interpretativos se pararmos de tratá-los como tentativas de relatar significados ontologicamente independentes, como objetos do universo. Sustenta Dworkin, assim, que **as afirmações interpretativas são dependentes de uma teoria**, quer seja ela estética, política ou jurídica (2007, p. 252).

A interpretação jurídica se assemelhará, pois, a interpretação literária. Para fazê-la, temos que reconstruir os conceitos e testar argumentativamente as melhores concepções. Todavia, ela se reporta a uma hipótese política. A política é a finalidade ou o valor do direito. É isto que os juízes fazem quando interpretam o direito, daí a necessidade de uma teoria substantiva da política e da justica como princípio estrutural para a obra de Dworkin.

Duas objeções podem ser apontadas a essa tese interpretativa, segundo Dworkin: **i)** interpretação não é diferente de criação e; **ii)** a interpretação, na descrição dworkiniana, não pode ser realmente verdadeira nem falsa, nem boa, nem má, porque a correção da interpretação dependerá de qual leitura as torna melhores, e não pode haver resultado objetivo de um julgamento desse tipo, apenas reações "subjetivas". É o chamado **argumento da heterogeneidade**, pelo qual as pessoas discordam sobre justiça e outras virtudes políticas, e não exatamente de que um lado possa vencer com algum argumento

---

a razão que usamos para solucionar todas as questões que se nos apresentam, inclusive as jurídicas (v. item.2.3.1)

irrefutável que todos devam aceitar. Desse modo, ninguém pode pensar que suas próprias opiniões a respeito da melhor opinião sejam "realmente" verdadeiras ou que as outras sejam realmente falsas (2007, p. 253).

Dworkin responde à primeira objeção da seguinte forma: as convicções interpretativas podem atuar como controles recíprocos, de modo a evitar a circularidade e tornar incisivas as afirmações interpretativas (2007, p. 254). Isso porque, para a filosofia da ciência moderna, nenhuma das convicções que temos sobre o mundo pode ser imposta por algo independente da teoria.

Os fatos, diz Dworkin, dependem das teorias que os explicam, mas também das teorias que os restringem. É claro que, nas ciências exatas, os controles e equilíbrios são mais evidentes, mas eles também estão presentes, de forma menos aparente, na interpretação literária e também na interpretação jurídica. Deste modo, essa primeira objeção deve ser tratada simplesmente como uma queixa de que o sistema interpretativo é mais complexo que o sistema científico, uma vez que leva em conta convicções sobre a integridade, pertinente à dimensão da **adequação**, e convicções sobre o mérito interpretativo, pertinente à dimensão do **valor** (2007, p. 256).

A segunda objeção trata do problema da **objetividade**, o qual, na opinião de Dworkin, é inteiramente negativo. Ele não vê razão para encontrarmos algum argumento geral no sentido de que os julgamentos interpretativos morais, políticos, jurídicos ou estéticos sejam objetivos. Por tal motivo, argumenta que não tem nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, mas apenas da **objetividade dos argumentos morais** (DWORKIN, 2007, p. 256).

Para Dworkin, a objetividade é uma questão em aberto sobre se as decisões principais que fazemos sobre a arte ou o direito podem ser adequadamente verdadeiras ou falsas, válidas ou inválidas. Esta questão é parte do problema filosófico mais geral da objetividade, atualmente muito discutida, tanto de ética e filosofia da linguagem, e ninguém estuda apenas o caso do juízo estético ou jurídico.

É claro, pondera Dworkin, que nenhuma pretensão importante estética pode ser "demonstrada" verdadeira ou falsa; **nenhum argumento** pode ser produzido por qualquer interpretação de que **possamos ter certeza e que se recomende a todas as pessoas**, nem mesmo todos com experiência e formação na forma apropriada de arte (ou de direito) sobre determinado assunto. Se isso é o que significa ser, que os juízos estéticos (e jurídicos) são

subjetivos e que, portanto, não são demonstráveis, **então é claro que eles são subjetivos** (1982, p. 535). Na verdade, diz Dworkin, ao invés de nos preocuparmos com a questão da objetividade, deveríamos responder por nossas próprias convicções, da melhor maneira possível, prontos a abandonar aquelas convicções que não sobreviverem à inspeção reflexiva. E isso quer dizer simplesmente, que não podemos dar nenhum sentido à ideia de que existe outra coisa que poderíamos fazer para decidir se nossos julgamentos são "realmente" verdadeiros (2007, pp. 258-259).

Mas, assevera Dworkin, tudo **isso não significa que nenhuma teoria normativa sobre a arte seja melhor do que qualquer outra**, nem que uma teoria não possa ser o melhor do que até agora tem sido produzido. Isto porque o critério para a melhor concepção não é convencional por si mesmo, mas argumentativo. Se isto é assim, diz Dworkin, **depende de questões gerais de filosofia** não peculiares ao direito mais do que à literatura, e faríamos bem em considerar essas questões gerais, e não começar com alguma ideia fixa sobre as condições necessárias e suficientes de objetividade (1982, p. 546).

O mesmo argumento pode ser dito sobre o "melhor" desenvolvimento do romance em cadeia. Em certo sentido, o romancista tem liberdade porque é obrigado a escolher a interpretação que **acredita** fazer com que a continuidade da obra de arte seja o melhor que pode ser.

Nesses termos, há duas dimensões diferentes pelas quais a interpretação pode ser testada como a melhor: a dimensão "**formal**", pela qual a interpretação se **ajusta e integra** o texto até agora concluído, e a dimensão "**substantiva**", que considera que a solidez da visão sobre o que faz um bom romance em que a interpretação se baseia.

Dworkin entende que o fato de que os romancistas que sucedem os "autores originais" serem menos "livres" reflete apenas um fato. Isso não significa, é claro, que há mais probabilidade de haver um **consenso sobre a interpretação correta** posterior e não no início da cadeia, ou que um escritor posterior encontre mais provavelmente um argumento que "prove" o seu direito de interpretação além do desafio racional.

Para Dworkin, não é o consenso ou o dissenso que servirão de critério para determinar objetivamente o que é a interpretação correta de um empreendimento interpretativo ou mesmo a sua melhor concepção. A interpretação não se encerra no reconhecimento da existência de práticas consensuais, pois é necessário enxergar a reconstrução teórica que a melhor descreve, isto é, de maneira mais coerente.

O desacordo razoável estará sempre presente, e se dá no lado formal tanto como no lado material, e mesmo quando a maioria dos romancistas pensasse que apenas uma interpretação particular poderia caber a novela até certo ponto, alguns outros romancistas poderiam encontrar alguma mudança dramática na trama que (em sua opinião) inesperadamente **unificaria** o que parecia díspare e desnecessário, resgatando o que parecia errado ou trivial.

Assim sendo, uma interpretação é melhor não por ser aceita pela maioria da sociedade ou se funda em uma convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional (MACEDO JÚNIOR, in GUEST, 2010, p. 08 da apresentação).

Adverte Dworkin, entretanto, que devemos ser cuidadosos para **não confundir** o fato de que o **consenso raramente seja alcançado**, em qualquer ponto do processo de elaboração do romance (ou, aqui, da história jurídica), com a alegação de que qualquer interpretação particular do escritor deve ser "meramente subjetiva". **Nenhum novelista**, em qualquer ponto que esteja na elaboração da histórica, poderá simplesmente **ler de forma mecânica a correta interpretação fora do texto** que ele recebe, mas isso não decorre do fato de que por si só uma interpretação não seja superior às demais.

Decidir casos difíceis no direito é, para Dworkin, um pouco parecido como este exercício literário estranho que ele propôs. Cada juiz é, então, como um **romancista em cadeia**. Ele deve ler o que outros juízes no passado escreveram, não simplesmente para descobrir o que esses juízes teriam dito, ou o seu estado de espírito quando disseram isso, mas para chegar a **uma opinião sobre o que esses juízes tem feito coletivamente**, na forma como cada um de nossos "romancistas" formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

Qualquer juiz obrigado a decidir um processo judicial encontrará sem dúvida, ao olhar nos livros apropriados, os registros de muitos casos semelhantes, decididos ao longo de décadas ou mesmo séculos passados por muitos outros juízes de diferentes estilos e filosofia. Ele deve interpretar o que o antecedeu porque tem a responsabilidade de avançar no empreendimento, ao invés de abandoná-lo ou mudá-lo de direção por conta própria. Em todo caso, será, no entanto, verdadeiro, para todos os romancistas após o primeiro, que a atribuição de encontrar (o que eles acreditam ser) a **resposta correta** para a interpretação do texto presente é uma atribuição diferente daquela de começar um romance próprio (DWORKIN, 1982, p. 541).

Se os casos difíceis fossem as únicas hipóteses em que as proposições jurídicas pudessem ser chamadas de verdadeiras ou falsas, então, Dworkin concorda, poderia haver situações em que não haveria respostas corretas, mas apenas lacunas a serem preenchidas pelo exercício da discricionariedade. Entretanto, se pensarmos do ponto de vista da teoria do direito enquanto integridade, amalgamado por princípios e políticas públicas, e em que a questão da objetividade não tem o mesmo peso que em outras teorias, veremos que há suficientes razões para decidir virtualmente qualquer questão de direito substantivo[181] e, dessa forma, apresentar a resposta correta.

Dworkin sintetizou o ponto da seguinte forma: juízes desenvolvem uma abordagem específica de interpretação jurídica, formando e refinando uma teoria política sensível às questões sobre as quais a interpretação, em casos específicos, dependerá não de uma concepção universal de objetividade, mas do que eles chamam de **filosofia jurídica**. Isso incluirá ambos os aspectos estruturais, de modo que, na elaboração da interpretação geral deverão caber a história doutrinal, os fins do direito substantivo e os princípios da justiça. Qualquer opinião do juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, consequência das crenças, com as quais outros juízes não precisam convergir.

Assim, se o juiz entende, por exemplo, que a finalidade dominante de um sistema jurídico é econômica, então ele vai ver nas decisões passadas sobre direito acidentário, alguma estratégia para reduzir os custos econômicos dos acidentes em geral. Outros juízes, que considerem tal imagem da função do direito como de mau gosto, não irão descobrir qualquer estratégia desse tipo na história, mas apenas, talvez, uma tentativa de reforçar a moral convencional de culpa e responsabilidade (DWORKIN, 1982, p. 545).

De acordo com essa possibilidade interpretativa, Dworkin, ao contrário de Posner, não se preocupa com o consenso enquanto fato a determinar o que é direito**, mas com a coerência e a continuidade do empreendimento jurídico**.

Para ele, sempre haverá uma resposta correta aos dilemas jurídicos e morais pelas seguintes razões: **i)** a natureza do direito implica que suas respostas sejam necessariamente claras; **ii)** há o dever de procurarmos os pressupostos racionais envolvidos no próprio processo decisório e nas práticas de argumentação jurídica e política. Dessa forma, cabe ao

[181] Cf. Harris (2004, pp. 207-208).

juiz aplicar o direito existente (conjunto de regras e princípios) enquanto expressão de uma teoria política dotada de coerência interna[182].

Todavia, **há ainda uma segunda resposta** ao desafio sobre se um ponto de vista interpretativo pode ser melhor do que outro, lançado no início deste item. É a resposta daqueles que acreditam ser um erro pensar que uma interpretação possa ser melhor que outra e que, em situações difíceis **não há uma resposta correta, mas apenas respostas diferentes**. Ela é típica do **ceticismo** sobre a interpretação do direito, a que Dworkin atribui ao pragmatismo jurídico, e cujas expressões serão apreciadas nos próximos itens.

3.1.1 O ceticismo jurídico e suas formas de apresentação

A questão do ceticismo deriva do predicamento egocêntrico, o que Nietzsche chamou de "nossa incapacidade de olhar em torno do nosso próprio umbigo". Dá ensejo a todos os outros problemas filosóficos que surgem a partir deste predicamento, como a **objetividade, a distinção entre teorias e observação e até mesmo identidade pessoal** (LUBAN, 1996b, p. 48).

Para Dworkin, o ceticismo apresenta dois nuances: o **ceticismo interior** da atividade de interpretação, "como uma posição autônoma sobre a melhor interpretação de alguma prática ou obra de arte", e o **ceticismo exterior e em torno** dessa atividade (1999, p. 96).

O **cético interior** é aquele que se interessa pela substância das afirmações que contesta, mas não porque **nenhuma** concepção daquilo que torna um argumento melhor possa ser **realmente** correta, mas porque **uma** concepção **é a correta**, isto é, aquela interpretação que oferece uma unidade tal que, em sua opinião, nenhuma interpretação argumentativa pode oferecer. Apóia-se na solidez de uma atitude interpretativa geral para **colocar em dúvida todas as interpretações possíveis** sobre um objeto de interpretação específico (DWORKIN, 1999, p. 97).

No entendimento de Dworkin, pode-se ser cético internamente não com relação apenas a um determinado assunto ou objeto, mas em termos mais gerais, a propósito de um

[182] Cf. também em Morrison (2006, p. 509).

empreendimento, a partir de uma opinião global sobre o valor social que se insere naquele determinado movimento ou concepção. Assim sendo, a tese cética sobre o valor é internamente cética se **pressupor a verdade** de algum juízo de valor positivo. Deste modo, tal ceticismo interno propõe não a equivalência de todos os fins sociais imagináveis, mas sim a crença de que nenhuma concepção do bem poderia ser definitivamente estabelecida como superior à de seus rivais (ROSENFELD, 1996, p. 114).

Por ser uma **posição substantiva**, o ceticismo interno tem sérias implicações para a **ação**. Uma posição internamente cética, por exemplo, nega um grupo de afirmações positivas que nos são familiares e justifica tal negação ao endossar uma reivindicação positiva moral diferente desse grupo de afirmações. Muitas pessoas são céticas internas sobre moralidade sexual convencional. Elas negam que os atos sexuais sejam inerentemente bons ou maus, certos ou errados, porque acreditam que o sofrimento é a única coisa que é intrinsecamente má, e duvidam de que quaisquer atos, sejam eles heterossexuais ou homossexuais, por si sós, previnam ou promovam tal sofrimento. Desta sorte, não se poderia censurar alguém por sua orientação sexual ou proibir a moralidade por razões morais (DWORKIN, 1996, pp. 90-92).

Pessoas que poderiam ser tentadas a alguma forma deste ceticismo amplo ou global, a favor de uma ou outra dessas razões morais positivas poderiam ser imune aos outros. Logo, o **ceticismo interno** pressupõe um **julgamento moral positivo contrafactual**. Isto é, o ceticismo interno argumenta que certas condições, as quais eles supõe que sustentariam um posicionamento moral que poderia ter sido tomado, de fato, não é tomado. Tal ceticismo não pode incluir o ceticismo sobre os julgamentos contrafactuais positivos sobre o qual ele mesmo repousa, e por isso não pode ser cético sobre todos os valores morais (DWORKIN, 1996, p. 91).

Assim, os céticos internos não contestam a visão de que "o mundo existe independentemente de nós mesmos". Eles lidam com as condições finais e os limites do conhecimento e não com as condições finais e os limites da existência. A questão sobre se a existência independente do mundo, portanto, não se coloca para eles, e a resposta a tal pergunta não tem sentido ou merece uma resposta negativa[183].

Uma vez que seu ceticismo está construído sobre uma posição moral positiva, para um cético interno, não há um posicionamento neutro, de modo que é inviável a ideia

[183] Cf. Kramer (1996, p. 472).

de que não podemos acreditar que não há nada moralmente questionável sobre, por exemplo, terrorismo, genocídio, discriminação racial ou a clitoridectomia. Isto é ecumênico, do ponto de vista de Dworkin, permitindo seus partidários serem tão modestos culturalmente como ninguém poderia desejar a abandonar suas crenças à sua própria moralidade ou a outras moralidades superiores, mas ao mesmo tempo permite que denunciem o genocídio, a escravidão ou a discriminação de gênero com todo o seu vigor, apenas dizendo que revisaram suas convicções (DWORKIN, 1996, p. 93).

O perigo deste ceticismo está na descaracterização do empreendimento jurídico em direção ao desenvolvimento de uma teoria normativa da decisão judicial, um programa de deliberação judicial capaz de ser recomendado aos juízes e usado para a avaliação do que eles fazem[184] (DWORKIN, 1999, p. 98).

Como afirmou posteriormente, esse tipo de ceticismo não pode ser detido ou repudiado por reclassificações semânticas ou refinamento meta-ético. É preciso mantê-lo como um fato aterrorizante esmagador, até que a sua aderência seja amenizada por convicções concorrentes que ainda não podem ser sofisticadas (DWORKIN, 1996, p. 129).

Já o **ceticismo exterior**, aponta Dworkin, é **uma teoria metafísica** e não uma posição interpretativa ou moral. O cético exterior **não contesta nenhum argumento moral ou interpretativo específico**. De acordo com tal ceticismo, **todos os fins são literalmente equivalentes na sociedade**. Isto quer dizer que todos eles estão no mesmo plano e que a adoção de qualquer um deles não é melhor ou pior do que a adoção de qualquer outro, ou de um regime que promova a coexistência pacífica de tantos diversos fins possíveis. Tudo termina igualmente contingente e arbitrário[185].

Para Dworkin, o ceticismo externo é supostamente **austero**, no sentido de que não confia em teorias positivas de julgamentos morais muito gerais ou mesmo contrafactuais. Ao contrário, confia em argumentos não-morais no combate de outros argumentos. Aposta no argumento de que "**não há objetividade moral lá fora**" e de que a ideia de objetividade sobre a moral é uma ilusão por tal razão. E, também, é supostamente **neutro**, uma vez que não toma partido em controvérsias de fundo moral[186], haja vista que se

[184] Cf. também Michelon (2004, pp. 132-133).
[185] Cf. Rosenfeld (1996, p. 114).
[186] Isto se aproxima da definição de pragmatismo de Posner dada em seu livro "The Problematics of Moral and Legal Theory", segundo a qual: "pragmatism is a method, approach, or attitude, not a moral, legal or political algorithm, so it will not resolve any moral or legal disagreement" (2002, p. XII).

alicerça no argumento de que não existe uma realidade moral objetiva "lá fora" das crenças morais, e que a ideia de verdade objetiva sobre a moralidade é uma ilusão (1996, p. 93).

Como explica Dworkin, a teoria cética externa é, na verdade, uma teoria em segundo grau sobre a posição ou a classificação filosófica dessas afirmações; as afirmações ou argumentos não podem ser comprovados ou contestados, **como na física**, negando que os valores estéticos ou morais façam parte dos "fundamentos do universo". Diz ceticismo exterior por não ser engajado, por deixar o verdadeiro procedimento da interpretação à margem de suas conclusões.

Em outras palavras, o ceticismo é exterior não por refutar as convicções em si, mas sobre o que poderíamos chamar de "**valor facial"** dessas convicções, sobre a expressão metafísica ou filosófica sobre a natureza dos julgamentos morais positivos (1996, p. 92). **Não há engajamento teórico ou fundacional**, de modo que os argumentos são apenas projeções na "realidade", e não descobertos nela (1999, p. 98). Construído de forma totalmente independente de qualquer afirmação moral positiva, o ceticismo externo pode ser feroz e implacável na **negação da verdade objetiva de qualquer julgamento moral positivo**, sem contradizer seu próprio empreendimento.

3.1.2 O ceticismo arquimediano e o problema da objetividade

Dworkin sustenta que o ceticismo externo (ou **arquimediano**) é uma tese que tem aparecido sob diversas rubricas, como pós-modernismo, antifundacionalismo e neopragmatismo, os quais dominam o estilo intelectual da moda (1996, p. 87) e, como vimos, fazem parte do *pastiche* que compôs o pragmatismo jurídico de Posner.

São duas versões de ceticismo arquimediano apontadas por Dworkin: **i)** a versão **abrangente**, que ataca a própria ideia de verdade objetiva sobre qualquer coisa, e; **ii)** a versão **limitada**, seletiva, que admite a verdade objetiva sobre pretensões "descritivas", incluindo a matemática, mas que, simultaneamente, a nega para pretensões "valorativas" – moral, ética, estética ou interpretativa (1996, p. 88). Dworkin atacará a versão limitada, por considerar que esta tenha mais influência no direito. É a versão que afirma não rejeitar a moralidade, mas apenas certas posições filosóficas sobre ela (1996, pp. 88-89).

Dworkin contesta duas afirmações desse tipo de ceticismo: **i)** os julgamentos morais não podem ser objetivos e; **ii)** diante da falta de objetividade, não há respostas corretas para todos os problemas jurídicos.

O **primeiro argumento** dos céticos arquimedianos que Dworkin ataca, é o de que, como não **há nenhuma verdade objetiva acerca da interpretação ou da moralidade**, não pode haver nenhum tipo de mérito ou sucesso no pensamento moral ou jurídico além do interesse de uma determinada teoria acadêmica. Dworkin defenderá o contrário, mostrando que o ceticismo exterior não cumpre a sua promessa cética, como se verá da argumentação que segue.

Os céticos arquimedianos, segundo Dworkin, são aqueles que pretendem ficar de fora todo um conjunto de crenças morais, e julgá-lo a partir de premissas ou atitudes que não lhe pertencem. É claro que eles não podem negar a verdade real para cada pensamento. Mesmo arquimedianos precisam de alguma base fundamental para seu pensamento. Eles devem assumir que suas crenças sobre o bom raciocínio não são apenas sua invenção ou sua cultura, mas são verdadeiros ou válidos, de fato "**objetivos**". Caso contrário, eles só poderiam apresentar as suas observações como mostras "subjetivas" de que não precisamos de nada, além de um interesse biográfico sobre o que os outros dizem (DWORKIN, 1996, p. 88).

A proposta arquimediana, em formas extremas, **coloca para fora**, tudo quanto for possível, até mesmo as crenças morais que fazem com que não se acredite em alguma coisa qualquer. Os céticos arquimedianos seletivos justificam seu argumento dizendo que os domínios valorativos (isto é, da moral) não podem fornecer informações objetivas de verdade a partir de premissas que não sejam elas próprias valorativas e, portanto, subjetivos. Eles argumentam não a partir da moral, da ética ou de pressupostos estéticos, mas a partir de **teorias não-valorativas** sobre o tipo de propriedades existentes no universo, ou sobre como podemos adquirir conhecimento, crença ou confiança sobre qualquer coisa (DWORKIN, 1996, p. 88).

O cético arquimediano entende que as considerações valorativas dependem de como compreendemos o que é **objetividade moral**. Mas Dworkin entende que isso é um grande equívoco. Isto porque acreditamos, segundo Dworkin, que nossas opiniões não são formadas por meras reações subjetivas, mas por opiniões sobre o caráter moral das questões sobre as quais somos chamados a opinar. Quando temos de justificar nossas convicções, temos de considerar argumentos, perceber e respeitar conexões lógicas e

ligações de outros tipos entre as opiniões e que, de resto, comportam-se ou não de forma mais adequada à convicção, o que indica que não se trata de mera reação subjetiva (2007, pp. 260-261).

Dworkin nos dá o seguinte exemplo para explicar a afirmação acima[187]. Pensemos nas seguintes assertivas: **i)** "a escravidão é iníqua"; **ii)** "a escravidão é '*realmente*' ou '*objetivamente*' iníqua, que não é uma questão de opinião e que seria *verdade* ainda que pensasse de outro modo e que esta é a resposta correta".

Segundo Dworkin, o cético exterior diria que a segunda proposição é diferente da primeira, porque afirma que a injustiça da escravidão é parte dos objetos do universo, que está realmente "*lá fora*", de alguma maneira. Um arquimediano, portanto, concordaria com a maioria das pessoas que dissessem que a escravidão é errada. Ele apenas nega que esta prática seja *realmente* errada, ou que a sua maldade é "lá fora" na realidade. Ele insiste, pelo contrário, que o erro está "aqui", em nosso próprio peito, que temos "*projetar*" a qualidade moral sobre a realidade, que os acontecimentos não são, em si, certos ou errados, bons ou maus, porém algo de nossas emoções ou projetos ou convenções, que nossas convicções morais não são, afinal, verdadeiras ou falsas ou parte do que fazemos ou não sabemos, mas são apenas, de forma complexa, os produtos de nossa invenção (DWORKIN, 1996, p. 92).

A afirmação que se seguiu à primeira ("a escravidão é iníqua") não significa que se possa provar a iniquidade da escravidão da mesma forma que os enunciados da física ou por argumentos factuais ou lógicos. A única maneira de provar e defender o ponto de vista sobre a primeira afirmação ("a escravidão é iníqua") é, nas palavras de Dworkin, "um tipo de argumento moral autônomo que nem mesmo as afirmações [ditas] 'objetivas' tem a pretensão de oferecer" (1999, p. 100).

Quando colocamos o argumento moral para o lado de fora da moral, nenhuma posição desta ordem poderá ser considerada de fato *real* ou *objetivamente* verdadeira (DWORKIN, 2007, p. 261). Mas isso seria o mesmo que deixar de argumentar ou de fazer julgamentos morais, o que não é possível, sob pena de perdermos o sentido da importância de qualquer prática, especialmente da prática interpretativa.

Nesse passo, as afirmações consideradas "**objetivas**" sobre o exemplo da escravidão apenas repetem o argumento sobre a iniquidade da escravidão de uma maneira

[187] Cf. 1999, pp. 99 e ss.

mais precisa, **enfatizando** e **qualificando** o seu conteúdo (a iniquidade), o que serve para distinguir afirmações morais (juízos morais) ou interpretativas de meras intuições pessoais. Não utilizamos a linguagem da objetividade para dar a nossas afirmações morais ou interpretativas habituais um fundamento metafísico bizarro, mas apenas para repeti-las, de modo mais preciso, ressaltando seu conteúdo (DWORKIN, 1999, p. 100).

Como rebate Dworkin, se julgamentos morais só tem sentido porque se situam em um empreendimento humano coletivo, então tais julgamentos não podem ter um sentido "real", que transcenda esse empreendimento e, de alguma maneira, apodere-se do mundo "real" (2007, p. 262).

Por tal motivo, um cético exterior que diga que a afirmação "a escravidão é *realmente* iníqua" seja equivocada, deverá dizer que "a escravidão não é iníqua", defendendo tal posição apenas e tão somente a partir de outro argumento moral, e não de algum argumento exterior à moralidade.

O ceticismo exterior, diferentemente do **ceticismo interior** que, posto que de tudo duvide, poderia recorrer a **um relativismo moral**, rejeitando ambas as afirmações, segundo o qual "a verdadeira moral consiste apenas em respeitar as tradições da comunidade à qual se pertença" (DWORKIN, 1999, p. 101).

Logo, o ceticismo exterior não poderia refutar a afirmação "a escravidão é *realmente* injusta" sem refutar a afirmação "a escravidão é injusta", pois ambas tratam de uma mesma afirmação moral: a iniquidade da escravidão. Para fazê-lo, teriam de parafrasear as lições filosóficas sobre a injustiça da escravidão, por exemplo, de forma a dar-lhe um significado especial, e fazendo isso teriam de usar palavras e ideias que tem sentido na esfera do discurso ordinário, e só assim poderiam dizer algo diverso dessa linguagem (DWORKIN, 1991, p. 363).

Em sua opinião, os céticos arquimedianos enfatizam termos em *itálico* ou entre "aspas" como se eles fossem confete, como se isso alterasse o sentido das palavras que usam, sendo a metáfora de que "os fatos ditam nossa interpretação" a sua maior artilharia.

Os céticos exteriores, diz Dworkin, inventaram um inimigo para explicar suas metáforas, mas acabam tendo de utilizar a linguagem comum para explicar suas próprias convicções. Se o cético arquimediano, ao dizer que **o direito "está lá fora",** quer indicar que a diferença entre o direito que ***é*** e o direito que ***deve ser*****,** e assim não teria como explicar que, na verdade, o direito que está aqui é o que, de fato, **é** (DWORKIN, 1991, p.

364). O mesmo se pode dizer sobre o uso da qualificação da decisão judicial como "mais razoável". Ele é, para Dworkin, metafórico e não tem força suficiente para ilidir a tese da resposta correta, tendo apenas aparência "mais modesta" (1991, p. 367).

O problema cético identificado no exemplo da escravidão se dá, para Dworkin, em razão da divisão do raciocínio em dois planos do discurso[188]: **i) o externo,** onde está o *"valor projetado*" de nossas proposições, em que os filósofos céticos externos falam *sobre* suas atividades, como expectadores; é um nível metafísico e fundacional e; **ii) o interno**, onde há simplesmente valores (1996, p. 93).

Os céticos externos costumam dizer que a pretensão sobre a correção dos argumentos é um equívoco, porque afirmam ou pressupõem que as convicções morais "correspondem a" ou "representam" um estado moral das coisas.

Mas, para Dworkin, a simples alegação de que as convicções morais "**correspondem**" à realidade é apenas **redundante**. Todavia, o cético exterior entende que, em razão da heterogeneidade das convicções sociais, opiniões sobre a justiça e a moral só podem ser atribuídas no mundo subjetivo das ideias e não a uma "correspondência externa". Isso, na opinião de Dworkin, é uma leitura errônea que faz a ideia de que as proposições correspondam à realidade uma simples tautologia ou uma relação causal que, de fato, não existe (1996, p. 103). Entretanto, para os arquimedianos, os acontecimentos não são, em si, certos ou errados, bons ou maus, além de nossas emoções, projetos ou convenções, que nossas convicções morais não são, afinal, verdadeiras ou falsas ou parte do que fazemos ou não sabemos: são apenas, de forma complexa, produtos de nossa invenção (1996, p. 92).

Deste modo, para Dworkin, mesmo para um cético exterior, qualquer razão que pensemos ter para abandonar uma convicção que sustentamos é, por si mesma, **outra convicção**, e o melhor que podemos fazer, independentemente do melhor argumento cético, é saber se tal convicção é apropriada ou não. Se não se pode deixar de acreditar em algo, é melhor acreditar nesse algo. Não porque a crença carregue uma moral intrínseca,

[188] Centrando sua crítica em Richard Rorty, Dworkin acusa os neopragmatistas de distinguirem dois níveis: um primeiro nível ('nível interno') no qual uma atividade prática tal como o direito é realizada e as pessoas utilizam o vocabulário que é útil a elas. E um segundo nível ('nível externo'), no qual os teóricos falam sobre estas atividades, mais do que participam propriamente delas. De acordo com Dworkin, este segundo nível, no qual neopragmatistas como Rorty se inserem, não existe. As proposições dos neopragmatistas seriam, assim, falsas. Elas são fascinantes, diz Dworkin, mas apenas até nos perguntarmos se elas realmente significam, em nossa linguagem ordinária, o que parecem dizer. A metáfora seria assim a principal artilharia utilizada pelos neopragmatistas contra um inimigo que eles mesmos criam e acreditam existir.

mas porque não se pode encontrar em nenhum outro argumento para uma refutação decisiva dessa crença. Do começo ao fim, restará a convicção, quer seja ela moral, quer não (DWORKIN, 1996, p. 118). E, como sustenta Dworkin, "não podemos escalar para fora da moralidade e julgá-la de algum tribunal arquimediano" (1996, p. 128), não podemos ser expectadores de nossas próprias convicções.

Dworkin adiciona que, mesmo o **chamado à modéstia** do ceticismo arquimediano, no sentido de que sejamos menos julgadores e mais atentos à possibilidade de que, no futuro, sejamos insensatos como nós pensamos que os outros são, não tem cabimento.

Isso não garante que nossas opiniões morais e as opiniões daqueles que discordam de nós estejam de todo erradas. Afinal, se o próprio cético exterior diz que nenhuma opinião moral pode estar correta, isso não deveria ser uma preocupação em si, pois a justificativa de tal preocupação só pode se dar em termos de argumentos morais. Deste modo, cai em contradição e **perde sua neutralidade** o ceticismo arquimediano (DWORKIN, 1996, p.122).

Além disso, Dworkin entende que não podemos escapar de todo o empreendimento do discurso para um plano diferente e transcendente, onde as palavras podem ter significados totalmente independentes do sentido dado pela prática (1991, p. 362). A linguagem, diz ele, só faz sentido nos eventos sociais, expectativas e formas nas quais aparece, de modo que a chave do significado dos termos que conhecemos está em seu uso. Os significados jurídicos, por exemplo, apenas se inserem na prática jurídica e dela não podem ser dissociados.

É nesses termos que Dworkin firma sua posição de que a **moral é uma dimensão**, distinta e independente da nossa experiência, onde exerce sua soberania. Nós não podemos discutir moralmente livre dela, exceto por sua própria licença, por assim dizer, "fazendo as pazes com ela". Podemos muito bem descobrir que o que nós pensamos sobre a virtude, o vício, o dever ou o direito é incompatível com outras coisas que também achamos sobre cosmologia, psicologia ou história. Se assim for, temos de tentar restabelecer a harmonia, mas isso **é um processo cujos resultados tem de fazer sentido moral**, bem como qualquer outro tipo de sentido. Mesmo no caso mais extremo, quando são oferecidos motivos para acabar com as dúvidas, ainda precisamos de julgamento moral em algum nível profundo para decidir se a dúvida se justifica e quais suas consequências para o que pensamos sobre a virtude, o vício, o dever e o direito (1996, p. 128).

Portanto, se fôssemos céticos exteriores, diz Dworkin, teríamos que classificar todas as proposições morais como projeções e não como descobertas resultantes de nossa prática. Mas agindo assim não faríamos distinções entre as proposições. Na verdade, sustenta Dworkin, as crenças "objetivas" que a maioria de nós sustenta são crenças *morais*, não *metafísicas*, e elas apenas repetem e qualificam outras crenças morais, o que de modo algum enfraquece nossas crenças, nem as leva a afirmar alguma coisa menos importante, ou mesmo diferente, daquilo que se esperaria que afirmassem. **Não poderíamos atribuir sentido algum a nossas crenças** que **não as tornassem afirmações morais**.

Por tal motivo, Dworkin conclui que o ceticismo exterior corre o risco de se tornar impossível porque não há como alguém possa criticar a moralidade sem assumir o ponto de vista moral. O ceticismo anula a si próprio ao produzir argumentos morais para contestar a moralidade, tendo de admitir o sentido e a validade dos argumentos cujo sentido e validade ele quer negar (2007, p. 263). Sob este ponto de vista, portanto, o ceticismo externo "não pode ameaçar nenhum projeto interpretativo" (DWORKIN, 1999, p. 102).

3.1.3 O ceticismo arquimediano contra a resposta correta

Mas o cético exterior também sustenta a impossibilidade de haver respostas corretas, utilizando-se, segundo Dworkin, "da retórica metafórica [...] de que os significados interpretativos estão 'lá fora' no universo, ou que as decisões jurídicas corretas se situam em 'alguma realidade transcendental'" (1999, p. 102). O cético externo argumenta que, uma vez que as pessoas de diferentes culturas têm opiniões diferentes, isto é, **discordam** sobre o que é o *belo* e o que é o *justo*, tais virtudes não podem ser atributos do mundo independentemente de nossas opiniões.

Dworkin rejeita esse argumento cético, por compreender que o objetivo do empreendimento jurídico não é assegurar uma grande medida de concordância ou consenso, como dissemos no item 3.1, mas sim a integridade e a coerência deste empreendimento. É por tal motivo que aqueles que acreditam que o objetivo do direito seja o consenso, como Posner, rejeitam a importância do papel da interpretação jurídica.

Entretanto, em que pese tal argumento, Dworkin acredita **que a busca do consenso não seja um fim plausível da finalidade do empreendimento jurídico**[189].

Argumenta Dworkin que não dizemos que a interpretação é como a física, que os valores morais estão "lá fora", pois **as práticas da interpretação e da moralidade** dão a essas informações todo o significado de que necessitam (1999, p. 103). E se o cético exterior achar que isso é um erro, deverá necessariamente comparar nossos argumentos com razões contrárias e argumentos que ele mesmo terá de criar, de forma que terá necessariamente de fundar-se em algo para contrariar nosso erro, escapando ao seu próprio ceticismo. Precisará, enfim, de argumentos morais, de modo que não poderá ser descompromissado ou neutro a propósito das proposições morais correntes (DWORKIN, 1999, p. 106).

Dworkin diz que o peso dado ao argumento da diversidade, às vezes, é exagerado. Para ele, o grau de convergência sobre questões morais fundacionais em toda a história é, ao mesmo tempo, surpreendente e previsível. Mas as pessoas ainda divergem sobre assuntos fundamentais, mesmo dentro de determinadas culturas, e esse fato dá razão para as pessoas reexaminarem suas próprias convicções e encontrarem a melhor abordagem para determinado objeto (DWORKIN, 1996, p. 113).

Diante da questão do aborto, por exemplo, divergimos sobre o que vale como sagrado: a vida do feto ou da mãe. Mas isso não importa, já que apenas reflete nossas diferentes concepções sobre a ideia de sacralidade. Nossas diferenças refletem nossas visões quanto ao que mostra desprezo ou respeito pelo sagrado; há graus de sacralidade, estabelecidos pela *vida biológica* da pessoa e pela *vida vivida* da pessoa. E qual a métrica para resolver essas questões? Para Dworkin, o próprio fato de fazermos tal questionamento já indica que a métrica não depende da ideia de direitos ou interesses[190].

Uma vez que não pensamos que opiniões filosóficas são causadas por "fatos filosóficos", mas por fatos da vida, diz Dworkin que não poderíamos concluir que, em razão da diversidade de visões filosóficas, nenhuma teoria filosófica faria sentido e, portanto, não haveria respostas corretas (1996, p.114). Deste modo, apenas argumentos morais, estéticos ou interpretativos podem colocar em dúvida a correção de outro argumento moral, estético ou interpretativo; "qualquer razão para pensarmos que temos de abandonar uma convicção é, em si apenas outra convicção" (DWORKIN, 1996, p. 119).

---

[189] Cf. Dworkin (2007, pp. 264-266).
[190] Cf. Dworkin (2009, pp. 01-249); também Guest (2010, p. 239).

Logo, a tese de que não existe uma resposta correta à pergunta se o determinado ato é um mau em si é uma afirmação de fundo moral, que deve se julgada e avaliada da mesma forma como qualquer outro direito substantivo moral[191]. Do mesmo modo, a tese de que não há resposta correta sobre como uma cláusula da Constituição deve ser entendida como uma afirmação jurídica, que deve, novamente, ser julgada ou avaliada como outras afirmações jurídicas.

O juiz não pode ser, como pretende o cético exterior, descompromissado ou neutro em relação a estes argumentos e deixar de tomar partido em controvérsias morais substantivas (DWORKIN, 1999, p. 106), **simplesmente por gerarem conflitos**. Afinal, esta é a sua função. Entretanto, pode haver situações em que ele se deparará com argumentos ou convicções que podem suportar seu ceticismo[192] e, assim, mascarar a possibilidade da resposta correta. Há que se diferenciar, para tanto, quando uma questão gera **incerteza** e quando gera **indeterminabilidade**.

3.1.3.1 Indeterminação e incerteza

Os céticos em geral, costumam dizer que alguma proposição avaliativa não é nem verdadeira nem falsa, ou que é "**indeterminada**", ou que dois assuntos estão sendo comparados valorativamente são realmente "incomensuráveis", ou que não há "**nenhuma resposta correta**" para alguma afirmação valorativa. Embora pareçam diversas, diz Dworkin, todas elas querem negar um grupo inteiro de outras afirmações valorativas.

Tais proposições céticas dizem que este outro grupo de afirmações valorativas é falso porque ignora alguma outra afirmação valorativa alternativa, ou porque nenhum grupo de afirmações contextuais pode ser dito como falso sem se aceitar que outro é verdadeiro, tal como a proposição de que o aborto é moralmente errado ou que é moralmente permitido, de modo que nenhuma dessas proposições é verdadeira ou falsa. A

[191] Como afirmou em outra ocasião: "[...] But no one who believes that abortion is wrong thinks that he gives an argument for his view, or even an explanation of how he came to accept it, by insisting that its wrongness is objective or a moral fact or (if he would say such a thing) part of the fabric of the moral universe. If he is asked for argument or explanation he will offer, if anything, very different propositions from any of the further claims. He might say that abortion is wrong because it is the deliberate destruction of an innocent human life, and that he realized this by reflecting on that fact, or because he was taught it in church" (DWORKIN, 1996, p. 105).

[192] Dworkin (1996, p. 129).

essa negativa geral de todas as proposições positivas aparentemente elegíveis Dworkin dá o nome de **indeterminação** (1996, p. 129).

Dworkin oferece-nos o seguinte exemplo e que é adequado ao item 2.5 sobre a liberação do aborto. Suponha que uma pessoa esteja confusa se o aborto é algo mau. Certos argumentos ou analogias a fazem entender isso às vezes, mas outros argumentos ou analogias não a fazem pensar que é tão mau em outras ocasiões. Falta-lhe qualquer sentido segura ou estável de que um destes conjuntos de argumentos seja *o* melhor. Então, deveria apenas concluir que a questão do aborto é indeterminada. Não há resposta certa para essa pergunta, deve-se dizer, mas apenas respostas diferentes.

Esta premissa, entende Dworkin, pressupõe que a **indeterminação** sobre o aborto é uma afirmação teórica menos ambiciosa do que a proposição de que o aborto é imoral ou a alegação de que não é, que algo mais deve ser conhecido, apresentado ou suposto por alguém que afirma um julgamento moral, ou que daquele que nega, do que por alguém que diz que o assunto em questão é apenas "uma questão de opinião" ou de que a resposta é indeterminada, ou algo desse tipo. Se sim, então a falta de oferta que "mais" é suficiente para estabelecer a **indeterminação**, que, portanto, acontece por omissão (1996, p. 130).

Porém, diz Dworkin, se todos os lados dos argumentos de algum problema forem observados, e ainda assim não encontrarmos, mesmo depois de reflexão, um conjunto de argumentos que sejam mais fortes que os outros, então estaremos em uma situação de **incerteza**, pois não teremos qualquer visão do assunto. Não precisamos de nenhuma razão mais substantiva além da nossa incapacidade de sermos convencidos por qualquer outra visão, para alegar estado de incerteza (1996, p. 131).

Assim, a indeterminação difere da incerteza. Se dissermos, por exemplo, que "estamos incertos de que a proposição em questão é verdadeira ou falsa" é claramente consistente com a proposição de que algo é "é verdadeiro ou falso"; mas se dissermos que "a proposição em questão não é nem verdadeira nem falsa", não estaremos dizendo a mesma coisa que "verdadeira ou falsa".

A crença na **indeterminação é uma afirmação positiva** e precisa de uma **razão positiva ou afirmação de apoio** (DWORKIN, 1996, p. 131). No exemplo acima, há três visões possíveis que sobre o aborto, à exclusão da incerteza; é, mesmo assim é necessário um argumento para a terceira visão, a indeterminação, tanto quanto preciso de um argumento para um dos outros dois (sobre se o aborto é mau ou que é bom).

Deste modo, alguém que acredite que não há resposta certa para uma determinada questão moral pensa, então, que ninguém poderia ter uma razão de um certo tipo para agir, louvar ou condenar de uma determinada maneira. Qual tipo de razão isto pensa que ninguém poderia ter depende, naturalmente, de qual modo de agir, elogiar ou condenar está em jogo, porque a razão de agir deve ser interna ao domínio da ação. Se o problema é moral como, por exemplo, se ele acha que não é nem verdadeiro nem falso que o aborto seja mau, então ele acha que não há nenhuma razão moral para qualquer desses pontos de vista e suas razões devem ser igualmente morais (DWORKIN, 1996, p. 132).

Pontua Dworkin que nossa conclusão sobre indeterminabilidade reflete uma concepção especial de moralidade, que enfatiza o caráter bruto e incessante das obrigações de diferentes tipos de modo que a indeterminação é a própria resposta a que chegamos. Uma resposta que precisa de uma defesa ética do tipo que, segundo ele, "nunca é dada pelos filósofos que a adotam" (DWORKIN, 1996, p. 136).

Dworkin considera popular a tese de que, em casos difíceis, quando o juiz está dividido sobre a resposta certa, não há nenhuma resposta, porque o direito é indeterminado sobre o assunto. Essa tese, todavia, não decorre do fato de que nenhum argumento infalível demonstre que o argumento do autor é, considerando todas as coisas, melhor ou pior que o argumento do réu de que o argumento do autor não é, na verdade, melhor ou pior. Uma vez que a alegação de ausência de resposta correta sobre o direito é uma afirmação jurídica, que insiste que não há razões jurídicas que torne o argumento de um lado mais forte do o outro**, ela deve necessariamente se fundamentar em alguma teoria ou concepção de direito** (DWORKIN, 1996, pp. 136-137).

No direito, a necessidade funcional e institucional de uma decisão é por si só um fator "porque qualquer argumento de que o direito é indeterminado sobre algum problema deve reconhecer as consequências dessa afirmação ser verdadeira, e tê-la em conta" (DWORKIN, 1996, p. 137).

Com isso, Dworkin quer dizer que, ainda que não endossemos uma mesma concepção de equidade, justiça ou decência que outras pessoas adotam, somos capazes, mesmo assim, de reconhecer e nomear tais atos como de equidade, justiça ou decência. Isto é, o fato de não compartilharmos uma resposta não quer dizer que ela não exista ou não seja caracterizável. Ao contrário, significa dizer que há uma verdade distinta para cada um de nós (DWORKIN, 2006, p. 59), e que a capacidade das pessoas de reconhecer as diferenças e tratar os outros com respeito é prerrequisito de nossa civilização e faz com que

possamos distinguir, para o que desejamos, o que é correto e o que é errado (DWORKIN, 1999, p. 202).

Os juízes, diz Dworkin, portanto, costumam estar de acordo sobre os valores de correção das proposições jurídicas e, quando divergem, "[...] compreendem os argumentos de seus oponentes suficientemente bem para poderem localizar o nível de divergência e classificar esses argumentos segundo uma ordem aproximada de plausibilidade" (2007, p. 435). Isso pressupõe que, "[...] dada à complexidade do material jurídico existente, os juízes irão concluir [...] que, pesados todos os prós e contras, uma ou outra das partes detém a melhor argumentação para o caso" (DWORKIN, 2007, p. 440).

Em suma, para Dworkin, a tese de que não há respostas corretas

> "[...] não decorre do fato de que nenhum argumento infalível demonstra que o direito do requerente é, considerando todas as coisas, melhor ou pior que o direito do recorrido, de que o direito requerente não é, na verdade, melhor ou pior. Uma vez que a alegação de ausência de resposta correta sobre o direito é uma afirmação jurídica (insiste que não há razões jurídicas para um lado mais fortes do que para o outro), ele deve se apoiar em alguma teoria ou concepção do direito" (1996, pp. 136-137).

O problema que se segue disto, diz Dworkin, é que ninguém que adote a tese de que não há respostas corretas costuma subscrever qualquer teoria que ofereça argumentos jurídicos positivos em favor da indeterminabilidade. São novamente os arquimedianos, que declaram a si mesmos como **contrários à teoria**, com exceção da sua própria teoria. Eles se referem às teorias produzidas pelos filósofos que acreditam que não há respostas corretas para as questões que estas teorias se propuseram a investigar.

Deste modo, conclui Dworkin, o ceticismo externo ou arquimediano se torna uma aliança entre a **indeterminabilidade e a antiteoria** (1996, p. 138).

Tem-se, portanto que, para Dworkin, o cético externo (ou arquimediano) é aquele que supõe que pode controlar todos os julgamentos interpretativos, confrontando-os com alguma realidade externa, cujo conteúdo não deve ser determinado por argumentos que se tornaram conhecidos pela prática, mas apreendidos de outra forma. Supõe que pode se colocar para fora da interpretação, tal qual um expectador e dar um sentido aos julgamentos interpretativos diferente daquele que eles tem dentro do empreendimento, avaliando-os de maneira diversa do confronto dos argumentos contrários e favoráveis na interpretação comum, julgando-os falsos ou desprovidos de sentido quando medidos por um padrão supostamente mais "objetivo" (DWORKIN, 2007, p. 265).

3.1.4 Será Posner um cético externo?

A questão lançada no cabeçalho deste item é de difícil resposta, em função do pragmatismo jurídico de Posner ser resultante de uma sobreposição de fragmentos de movimentos que esboçam várias formas de ceticismo. Posner diz adotar, como vimos no item 2.2.1.1 um **ceticismo moderado**, de modo que algumas de suas conclusões podem ter aparência de ceticismo interno, embora tenham se fundamentado em argumentos típicos do ceticismo externo.

O próprio Posner disse, no final da década de 1980, que o ceticismo é pensado como uma disposição incompatível com a ação e, portanto, uma mera "pose" em vez de uma fé que o um juiz possa sustentar no processo decisório. Isto é verdade para o ceticismo global ou interno que, ao duvidar de tudo (por exemplo, de que haja pessoas realmente no mundo ou de que não existem objetos quando não os estou percebendo) se torna incapaz de mudar as nossas ações. Mas os juízes podem ser influenciados por um tipo de ceticismo que acredita ser mais benéfico, tal como o fez em sua teoria pragmática (POSNER, 1988b, p. 828).

Isto explica porque, assim como os neopragmáticos, Posner se preocupa com a questão da **objetividade** como finalidade do empreendimento jurídico e até que ponto o direito é capaz de nos fornecer respostas determinadas às questões jurídicas (PJ, 2007b, p. 607). Seu alvo principal foi contrastar o direito com a ciência, a partir da definição dos três sentidos de objetividade (ontológica, científica e conversacional) para mostrar que a ciência exata (especialmente a economia) tem controles mais exatos que o sistema jurídico, tais como a lógica e o silogismo, de tal sorte que, nem sempre, os materiais jurídicos tradicionais poderão afirmar resultados objetivos, porque vários argumentos que sustentam conclusões divergentes satisfazem ao mesmo tempo as suas premissas estabelecidas por tais materiais, originando mais de uma resposta possível. O mesmo não se dá com a ciência, a qual joga o jogo da previsão (OL, 2009, p. 425). Nesses termos, Posner busca afirmar que, comparada ao sentido científico do termo, externo ao empreendimento jurídico, que a indeterminação é ao menos endêmica no direito norte-americano.

Ele também afirma que resta ao direito fundar-se em uma objetividade frouxa, a objetividade conversacional, a qual se dá pelo consenso e pela concordância dos falantes do direito. A objetividade, para Posner, **não se situa "lá fora",** como propõem os céticos externos, mas na prática conversacional existente no empreendimento jurídico. O **consenso** é a única forma de obtenção operacional da verdade de modo que, quanto mais consenso, maior a objetividade do direito. Esta, para Posner, só ocorre enquanto houver homogeneidade de propósitos entre os falantes da linguagem jurídica.

Assim, por exemplo, no direito contratual ou antitruste, há unidade de propósitos em torno da ideia da livre iniciativa e da livre concorrência, disseminada na sociedade norte-americana. Há, portanto, consenso sobre o tema, de tal sorte que os materiais jurídicos aplicáveis a tais questões (regras e precedentes) podem ser resolvidas pela aplicação dos métodos lógicos ou silogísticos, os quais não se referem apenas ao raciocínio jurídico, mas ao raciocínio prático em sentido mais amplo. Quando Posner afirma que a maioria das questões pode ser resolvida pelo raciocínio silogístico, atribui ao direito uma objetividade maior, à semelhança daquela atribuída à ciência exata.

A **objetividade moral** também é conversacional, na visão de Posner, de modo que também é uma objetividade mais fraca que a objetividade científica. De acordo com o seu entendimento exposto em *The Problems of Jurisprudence*, não nega que a solução de muitas questões jurídicas implica princípios morais. Mas o desacordo moral é uma ocorrência frequente em nossa sociedade pluralista, o que constitui uma prova sólida, que afirmações morais contestáveis não são ontologicamente objetivas. Em vez disso, estas afirmações apenas exibem ou fazem afirmações sobre as emoções das pessoas divergentes, volições, ou intenções. Assim, na medida em que as pessoas discordam, devemos rejeitar a visão realista moral de que os enunciados morais e prescrições pretendem descrever ou pressupor descrições das propriedades morais que afirmam existir independentemente de nossas crenças sobre o que é certo ou errado (POSNER, PJ, 2007b, p. 269).

Em um ponto de *Overcoming Law*, Posner diz que "podemos aceitar intelectualmente a possibilidade de que as crença no mundo exterior, seja um dia suplantada. No entanto, essa concessão é exibida no final de um parágrafo em que ele "rejeita o ceticismo [...] quando adotado como dogma, como uma posição "filosófica"[193].

[193] Cf. Posner (OL, 2009, p. 06).

Aparentemente, portanto, Posner não acredita que, aceitar a possibilidade de que a crença no mundo externo, um dia, seja suplantada, signifique o mesmo que aceitar o ceticismo como uma posição filosófica. No entanto, tal afirmação é tão radical quanto a posição de qualquer filósofo moral já apresentadas na história, e não tem nada a ver com o ceticismo moderado que Posner acredita defender, tratando-se, assim, de um ceticismo arquimediano semelhante ao exposto por Dworkin.

Como vimos, Posner, embora não se considere um cético da moral (PMT, 1998d, p. 1643) considera que os princípios morais não correspondem a fatos, nem tem tendência a convergir (2007b, p. 316). Entretanto, concede que haja certo consenso entre os norte-americanos e que, portanto, há certa objetividade moral ("a maioria concorda [...] com muitas coisas que o genocídio é mau, que certas formas de discriminação são más"). Posner não nega que princípios morais funcionem como argumentos, mas não funcionam como critérios para o julgamento moral.

Na verdade, diz Posner, simplesmente acredita que não há perspectiva externa confiável para valorar moralidades em competição. Posner exemplifica que sociedades que praticam infanticídio não o consideram imoral, e os norte-americanos não podem dizer que isso é "errado" a não ser que extraiam essa afirmação de suas próprias ideias (2000, pp. 1034-1033).

Contudo, Posner se aproxima do cético arquimediano quando atribui a impossibilidade de resposta correta às questões difíceis à falta de consenso, isto é, quando argumenta que, na medida em que decisões judiciais controvertidas dependem de proposições morais igualmente controversas e que, necessariamente, lhes falta objetividade também. Da mesma forma, Posner compreende que tais questões não podem ficar sem resposta, posto que tal é o objetivo do empreendimento jurídico.

A diferença entre Dworkin e Posner está, entretanto, que Posner entende que, por haver a diversidade de opiniões filosóficas morais, estas não fornecem uma base sólida para julgamentos morais, especialmente julgamentos jurídicos (PMT, 1998d, p. 1638); as teorias morais não geram o consenso que fundamenta o ideal científico de objetividade de Posner[194] e que, portanto, caberá ao julgador responder à questão jurídica difícil a partir de seus próprios julgamentos éticos e políticos, isto é, de sua razão prática.

[194] Cf Posner (PMT, 1998d, p. 1657: "Even if we reject scientific realism – even if we think that science yields "objective" results merely because scientists happen to form a cohesive, like-minded community, or in other words that consensus is the only basis on which truth claims can or should be accepted, because

Entretanto, como se viu do exposto em Dworkin, a tese de que não existe resposta correta às questões difíceis porque os juízes discordam, corresponde apenas a uma afirmação metafísica ociosa, que é muitas vezes encoberta por uma metáfora vítrea acerca do estatuto ontológico das expressões morais ou legais. Argumentos deste tipo não podem fazer nada para minar a crença dos juízes e advogados de que, exceto em casos raros em que as considerações concorrentes estejam em perfeito equilíbrio, uma forma de resolver uma questão jurídica difícil seja *a melhor*, mesmo que os profissionais jurídicos discordem sobre qual resultado deve prevalecer.

Na verdade, como se viu da crítica de Dworkin, a especulação sobre se alguma proposição jurídica ser *realmente* correta, na medida em que expressa mais do que a dúvida mundana sobre se as fontes jurídicas favorecem uma proposição em vez de outra, não tem qualquer influência na busca de uma solução mais atraente sobre um determinado caso, que deve ser, de fato, a busca daquele que deve julgar os casos difíceis.

Todavia, reconhece Dworkin que este tipo de ceticismo exterior exerce poderosa influência no mundo jurídico, por ser agradavelmente eclético e ecumênico[195]. Eles frequentemente se declaram contra a "teoria", com exceção de sua própria teoria. Seus adeptos dizem que a "teoria" é produzida por filósofos que não entendem que, a partir do ceticismo externo, não existem respostas corretas às questões que essas teorias supostamente se endereçam (1996, p. 138). Permite, ainda, que seus seguidores sejam tão modestos culturalmente, como qualquer um poderia desejar, a ponto de abandonarem todas as reivindicações como a verdade suprema de sua própria moralidade ou mesmo a superioridade de outras moralidades. Mas, ao mesmo tempo, lhes permite fazer isso enquanto abraçados a sua própria moralidade com o mesmo entusiasmo de antes (1996, p. 93).

---

consensus makes "truth" rather than truth forcing consensus - moral theorists are up against the brute fact that there is no consensus on any moral principles from which answers to contested moral questions might actually be derived. If at some level moral theory is like scientific theory, as moral realists believe, it is like failed scientific theory").

[195] Nesses termos, vale aqui a caracterização de Luban do pragmatismo jurídico como *ecletismo*, uma vez que ele pode ser atingido virtualmente por qualquer concepção ou abordagem (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 181), seja ela economia, hermenêutica, retórica, narrativa, filosófica, ou ficção literária. O pragmatista desconfia das pretensões teóricas totalizantes, ao mesmo tempo em que está disposto a dar a todas as teorias [desde que 'empíricas'] atenção, no entanto, e se apropriar de ideias vindas de qualquer fonte, desde que lhe pareçam úteis (LUBAN, 1996b, p. 43). Ele apresenta tantas variáveis que nunca podemos realmente verificar, como o temperamento de cada juiz, psicologia, ideologia, política e outras preferências, experiência de vida, e predisposições, que se torna uma teoria que é impossível refutar (GERHARDT,2009, p. 2194).

É nesse sentido que Posner, embora adote um posicionamento cético interno sobre a indeterminabilidade da objetividade do direito e da moral, seu próprio argumento em favor dessa indeterminabilidade (o consenso), por ser frouxo e abstrato, faz com que ele procure em outras metodologias externas ao direito (a economia e as ciências sociais), padrões de consenso supostamente mais objetivos, o que é uma atitude típica do ceticismo arquimediano. Tais padrões, no entanto não deixam de ser vinculados às suas teorias fundacionais. Assim, por exemplo, Posner procurou extrair a maximização de riqueza como elemento fundacional da AED para utilizar apenas a ideia de custo e benefício, como se viu no item 2.2.3.1, mantida, pois, a mensagem subliminar de sua pretensão economicista anteriormente defendida.

E, como estes métodos alheios ao empreendimento jurídico não raramente se tornam inconclusivos[196], Posner não tem como escapar de sua própria afirmativa moral de que "não há nunca uma solução jurídica correta além da correta solução ética ou, se assim preferirem, política" (PJ, 2007b, p. 210). Além disso, quando Posner atribui a seu pragmatismo uma predisposição para julgar com base em fatos e consequências, não exclui a necessidade de valoração de tais fatos, uma vez que estes não carregam valor normativo em si, de modo que não exclui os julgamentos morais de seu raciocínio (HT, 2008, pp. 240-241).

Posner tenta se esquivar do empreendimento moral juntamente ao ceticismo externo, mas não consegue escapar de sua moralidade interna, de tal sorte que a sua pretensão antiteórica, como veremos mais adiante, apenas empobrece o sentido de sua atitude pragmática em direção ao futuro e progresso do direito.

A crítica de Dworkin ao problema da objetividade jurídica tem como propósito consolidar a teoria da integridade enquanto melhor teoria interpretativa do direito. Para tanto, Dworkin escolhe o caminho da crítica de teorias interpretativas rivais, dentre elas o pragmatismo jurídico, abordado no próximo item.

3.2 O pragmatismo jurídico na concepção de Dworkin

[196] Veja-se, a propósito, a incapacidade da análise de custo e benefício para gerar um único resultado satisfatório no caso *Roe vs. Wade*, apontado no item 2.5

Dworkin afirmou em *O Império do Direito* que "o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorrem de decisões anteriores do tipo adequado" (1999, p. 116). Ele diz que as concepções do direito aprimoram a sua interpretação, cada qual fornecendo respostas relacionadas a três perguntas colocadas pelo conceito: **i)** justifica-se o elo entre direito e coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública atue somente em conformidade com os direitos e responsabilidades decorrentes de decisões anteriores? **ii)** se tal sentido existe, qual é ele? **iii)** qual leitura é mais apropriada?

O **pragmatismo jurídico** é, juntamente com o convencionalismo e o direito como integridade, uma das concepções do direito que não pretende rivalizar com "escolas" doutrinárias. É, na opinião de Dworkin, uma poderosa concepção do direito, que "só pode ser vencida quando nossa esfera de debates se amplie para incluir também a filosofia política" (1999, p. 118).

Segundo a definição de direito de Dworkin, o pragmatismo jurídico é uma **concepção cética** do direito. Nega que a comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à **coerência** com outras decisões políticas tomadas no passado. Interpreta a prática jurídica no sentido de que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareça melhor para o futuro da comunidade, **ignorando a coerência com o passado como algo que tenha valor em si mesmo** (DWORKIN, 1999, p. 119).

Na visão de Dworkin, o pragmatismo jurídico afirma que as pessoas nunca tem direito a nada, a não ser à **decisão judicial** que, ao final, se revelar a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado (1999, p. 180). Dessa sorte, o juiz deverá estar sempre pronto para rejeitar tais razões jurídicas quando acredita que modificar as regras estabelecidas no passado irá favorecer o interesse geral, "a despeito de provocar algum dano à autoridade das instituições políticas" (DWORKIN, 1999, p. 180).

Em uma sociedade pragmática, diz Dworkin, alguém que planeje seus assuntos terá de prever se os juízes consideram seu caso como um daqueles em que as virtudes da previsibilidade são menos importantes do que a substância da lei e, caso considerassem a substância mais importante, se verão diante de uma decisão favorável a ele como melhor ou pior para a comunidade.

Não obstante, há vantagens e desvantagens no pragmatismo jurídico, na opinião de Dworkin. O pragmatismo **dificulta a previsão**[197] das decisões judiciais, do modo como vão se comportar os Tribunais. Porém, permite aos juízes mudarem as regras quando entenderem que a mudança será mais importante do que qualquer mal que esta mudança pudesse causar, sendo, portanto, muito **mais adaptável e flexível**. Do mesmo modo, o pragmatismo também estimula a sociedade a esperar tais mudanças, obtendo boa parte do benefício da mudança **sem o desgaste do litígio**, ou sem o inconveniente processo de criação do direito (DWORKIN, 1999, p. 181). Mostra que as estratégias para perseguir o interesse geral, que parecem óbvias em uma geração, passarão a ser questionadas em outras gerações (DWORKIN, 1999, p. 192).

Para Dworkin, o pragmatismo adotar uma atitude cética exterior em relação ao direito, pois não acredita que o direito seja integrado por princípios, mas fragmentado, razão pela qual o triunfo das políticas públicas é tudo o que importa, qualquer que seja a sua concepção, quer utilitarista ou de princípios kantianos (1991, p. 368). O pragmatismo, diz Dworkin, "nega que decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado". A justificativa, para ele, está na justiça ou em um elemento externo ao direito, como a eficiência, invocada por Posner na análise custo e benefício enquanto método de adjudicação pragmática.

Desta sorte, a coerência com decisões passadas não contribui, a princípio, com a elaboração da decisão judicial, o que torna o futuro mais promissor e livre do fetiche da coerência pela coerência (1999, p. 185).

É certo que, como dito anteriormente, os juízes divergirão sobre qual regra será de fato melhor para o futuro, bem como sobre as consequências prováveis de uma regra específica, pelo fato de terem concepções diferentes sobre *o que é o melhor* para a comunidade. Porém, uma vez que há esta possibilidade de divergência, para Dworkin, o pragmatismo apenas "estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista"; nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, de tal sorte que nunca terão direito àquilo que seja pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu ou porque juízes decidiram a respeito no passado (DWORKIN, 1999, p. 186).

O pragmatismo, por força de sua concepção instrumental do direito, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, mas, ao mesmo tempo, estabelece que os juízes devam

[197] Cf. também Huffman (2002, p. 72).

às vezes agir ***como se*** as pessoas tivessem direitos, pois isso serve melhor à sociedade em longo prazo (DWORKIN, 1999, p. 187), produzindo uma doutrina de atenuado respeito às leis e aos precedentes. O argumento da estratégia "como se", segundo Dworkin, é este: "a civilização é impossível a menos que as decisões de uma pessoa ou de um grupo bem definido sejam aceitas por todos como instauradoras de normas públicas, que, se necessário, serão aplicadas pelo poder de polícia" (1999, p. 187).

O realismo jurídico, abordado no item 1.1.2 já adotava esta posição, segundo a qual o direito não existe, ou segundo a qual o direito não passa da previsão do que farão os Tribunais, ou "aquilo que os juízes tomaram no café da manhã". Mas o realismo jurídico, na concepção de Dworkin, é uma teoria semântica, enquanto o pragmatismo uma teoria interpretativa (1999, p. 188).

Nesse passo, conclui Dworkin, "[...] um juiz pragmático estaria pronto a rever sua prática ao ampliar ou reduzir o alcance daquilo que considera como direitos, à medida que a experiência aperfeiçoasse os cálculos complicados dos quais dependeria qualquer estratégia desse tipo" (1999, p. 188). Na estratégia "*como se*", o juiz incluiria os direitos que uma legislação clara pretende criar, poderia excluir leis antigas se estivessem há muito abandonadas, caso não desempenhassem nenhum papel útil na coordenação do comportamento social; rejeitaria decisões se estas fossem irrefletidas, mesmo que suficientemente claras para fornecer uma linha de conduta para os litigantes, produzindo uma doutrina atenuada de respeito às leis e aos precedentes.

Porém, segundo Dworkin, um juiz pragmático, ao justificar sua decisão, pode disfarçar a aplicação de uma lei obsoleta e sustentar ser uma nova interpretação, quando, na verdade, se trata de estratégia para exercer seu poder discricionário e tornar sua decisão mais aceitável pela comunidade (1999, p. 189). Um juiz pragmático, assim, deveria chegar à sua concepção de direito de modo abertamente pragmático, disfarçando apenas aqueles elementos que a comunidade não está totalmente preparada para aceitar (DWORKIN, 1999, p. 190).

Essa flexibilidade do pragmatismo significa que os juízes podem ignorar o direito de uma pessoa de ser tratada de acordo com o precedente, não podendo ter nenhum direito previamente reconhecido. Este existirá apenas na medida em que o seu reconhecimento está conforme uma decisão, que é a melhor decisão para a comunidade (GUEST, 2010, p. 200).

Tal atitude corresponde ao que Dworkin denominou "**mentira nobre**[198]". Mas, além disso, o juiz pragmático poderia ter outras razões para obedecer a certas práticas que poderia se sentir tentado a descartar. Poderia, assim, dissociar a questão de qual regra deveria estabelecer para o futuro da decisão de como deve decidir o caso presente, utilizando a regulamentação "exclusivamente prospectiva" a não ser em circunstâncias especiais (DWORKIN, 1999, p. 191).

O juiz pragmático, na opinião de Dworkin, pensa que a única razão para aplicar leis de cuja sabedoria duvida consiste na proteção da capacidade da legislatura coordenar o comportamento social. Deste modo, quando a lei é muito confusa, não pode ser fonte de nenhum tipo de direito "como se", e então a regra correta será aquela que melhor se mostrar para o futuro (DWORKIN, 1999, p. 192).

Há, ainda, espaço para a doutrina do precedente no pragmatismo jurídico, de acordo com Dworkin. Todavia, a justificação do precedente não se sustentará quando o alcance da decisão anterior for obscuro e polêmico, não se sentindo o juiz pragmático obrigado à analogia com casos anteriores.

Assim sendo, como indica Dworkin, o pragmatismo só poderia ser defendido como aquilo que os juízes fazem e dizem nos casos difíceis se "admitirmos que o juiz pragmático teria as razões da **nobre mentira** para formular e acatar a interpretação dos casos anteriores como tendo o mesmo fundamento necessário para a presente situação" (1999, p. 194). Porém, Dworkin entende que o poder geral que os precedentes tem de orientar o comportamento não seria ameaçado se os juízes se recusassem a segui-los quando fossem obscuros. Precisaríamos, assim, tratar todos os juízes como se praticassem uma forma imotivada de impostura (DWORKIN, 1999, p. 194). Em outras palavras,

> "Devemos vê-los [os juízes pragmáticos] como se inventassem novas regras para o futuro de acordo com suas próprias convicções sobre o que é melhor para a sociedade como um todo, livres de quaisquer pretensos direitos que decorriam da coerência com a jurisprudência, mas apresentando-as, por razões desconhecidas, com a falsa aparência de regras extraídas do passado" (DWORKIN, 1999, p. 194).

[198] Como se vê da seguinte passagem, Posner também concebe que: "The legal profession's use of history is a disguise that allows the profession to innovate without breaching judicial etiquette, which deplores both novelty and a frank acknowledgement of judicial discretion and likes to pretend that decisions by nonelected judges can be legitimated by being shown to have democratic roots in some pastlegislative or constitutional enactment (...). Yet the truth is that, for the most part, these past settlements of disputes frame and limit, but do not dictate, the outcome of today's cases" (2000, p. 581).

Em sentido amplo, o pragmatismo jurídico não rejeita a moral ou pretensões morais e políticas. Por tal razão, os juízes estão autorizados a seguir qualquer método que acreditem ser *o* melhor para a sociedade no futuro (mais riqueza, ou mais felicidade, ou mais poder, ou ainda menos injustiças), de modo que "não exclui nenhuma teoria para uma melhor comunidade" (1999, p. 195). Em contrapartida, rejeita que as pessoas possam ter claramente direitos que prevaleçam sobre aquilo que asseguraria o melhor futuro à sociedade. Direitos são apenas instrumentos que os pragmatistas constroem para auxiliar na busca pelo melhor futuro (DWORKIN, 1999, p. 195).

Para Dworkin, a ideia de se delegar aos juízes poder de julgar os processos da maneira que sirva melhor aos interesses da sociedade a partir de teorias "**como se**" trata-se, na verdade, de uma **tentativa ousada de reunir o convencionalismo (ou formalismo jurídico) e o pragmatismo**: o pragmatismo é o conteúdo de uma vasta e abrangente convenção, segundo a qual os juízes devem decidir seus casos de maneira pragmática (1999, p. 196), o que, em muito, se assemelha à ideia de bolsões formalistas e de respeito ao precedente estabelecido por Posner no item 2.4.2 desta dissertação.

Dois problemas se colocam dessa união, para Dworkin: **i)** pressupõe que o pragmatismo ofereça a melhor explicação do modo como os juízes realmente decidem os casos, quando, na verdade, deixa de explicar a atitude que os juízes assumem com relação às leis e aos precedentes nos casos difíceis, a não ser que se trate de uma mentira aceitável pelo público; **ii)** pressupõe que a comunidade acredita na explicação pragmática do modo como os juízes decidem os casos quando, na realidade, não existe uma convenção que permita aos juízes adaptarem seus pontos de vista sobre os direitos das partes meramente por razões estratégicas (1999, p. 196).

Na prática, portanto, o pragmatismo seria, do ponto de vista de Dworkin, menos radical, já que os juízes, em muitos casos, recorreriam a decisões passadas para determinar a melhor decisão. A melhor decisão pode constar da prática passada, diferenciando-se, portanto, o pragmatismo do formalismo, apenas porque o juiz não estaria obrigado por nenhuma decisão passada a ser levado em consideração (GUEST, 2010, pp. 199-200).

Nesse passo, o juiz pragmático dará ao passado a atenção exigida pela estratégia, tomando basicamente as mesmas decisões que um juiz convencionalista (ou formalista) tomaria, quando as leis são claras e os precedentes bem definidos e decisivos. Rejeitará a ideia de direito expressa pelos formalistas apenas em situações especiais, quando o direito

for velho e ultrapassado, ou os precedentes injustos ou ineficientes, **descartando a ideia de coerência de princípio como algo importante em si mesmo** (1999, p. 197).

Não se pode considerar o argumento de que diferentes juízes pragmáticos tomarão decisões diferentes sobre a melhor maneira de limitar os danos do passado nos **casos difíceis**. Dworkin diz que, nessas situações, **os juízes devem emitir opiniões polêmicas** sobre moral política, qualquer que seja sua concepção do direito (1999, p. 197).

O pragmatismo pretende correr o risco de errar com relação à questão correta: se o dissenso é inevitável, a controvérsia deveria se voltar para o que realmente importa, isto é, para a decisão que produzirá a prática mais eficiente. Mas Dworkin rejeita essa ideia, de modo que devemos reconsiderar o "desprezo popular" pelo pragmatismo como interpretação de nossa prática jurídica, o que pode ser feito a partir da concepção **do direito como integridade**, por ele sustentado (1999, p. 199).

Conquanto Dworkin utilize as críticas ao pragmatismo para construção de sua teoria do direito, os limites deste trabalho não permitem uma incursão maior sobre o pensamento dworkiniano, sob pena de se perder o fio condutor da crítica ao pragmatismo jurídico proposto por Posner. No entanto, a explicação acima desenrolada permite concluir que, para Dworkin, o pragmatismo jurídico não leva os direitos a sério, muito embora tenha mais sentido do que é melhor para a comunidade do que o formalismo em si, embora sua justificativa flexível não extraia nenhum sentido real da história passada da sociedade.

Face ao desafio formalista e pragmático, Dworkin propõe uma concepção de **direito como integridade**, a qual justifica um compromisso com a coerência com o passado jurídico, uma unidade, e não "uma série de decisões distintas que eles [os juízes] são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante" (1999, p. 203). Busca constituir-se como uma **comunidade de princípios**, como uma teoria do direito que apresenta uma consistência contínua entre precedentes, decisões políticas legislativas passadas, história constitucional e estrutura interna da constituição, permitindo que não se recaia em teorias céticas sobre o direito, como o pragmatismo jurídico[199].

É a coerência, assentada na permanência da história e da moral que satisfaz, para Dworkin, o princípio da segurança jurídica e o requisito da legitimidade das decisões judiciais. É claro, pondera MacCormick a respeito, que a coerência normativa, assim como

[199] Cf. também Pogrebinschi (2010, p. 03).

os fatos brutos, não são suficientes em si mesmos, mas carregam uma preocupação com a justiça como "a consistência razoável no tratamento de casos importantes". Um bom juiz deve igualmente tomar em consideração as implicações práticas, e nesse sentido as consequências de qualquer disposição de um caso específico que é convidado a considerar e que apela para a aplicação de valores jurídicos incorporados à tradição jurídica (MACCORMICK, 2007, p. 04), como Posner acaba por conceder, na análise das consequências exposta no item 2.4 deste trabalho.

Nesse passo, a principal razão pela qual se pode concordar com a ideia de que os juízes agem apropriadamente quando consideram as consequências práticas de suas decisões deve ser, como afirma Green, não estratégica, mas **histórica**, posto que muitos juízes também consideraram as consequências práticas no passado, ao menos em algumas circunstâncias e em algum grau[200]. Em consonância com o argumento de Dworkin, Green diz que, para os juízes, "a história jurídica não é apenas história, mas experiência vivida". E se alguém assume as alterações da cultura jurídica ao longo do tempo, incluindo as ideias sobre a adequação do papel jurisdicional, então a autopercepção e auto-restrição dos juízes também podem ser influenciadas pela história jurídica particular que cada um deles tenha testemunhado. Excluir tal forma de experiência seria negar a própria natureza experimental defendida pelo pragmatismo jurídico.

3.2.1 Considerações de Posner sobre a imagem do pragmatismo em Dworkin

A afirmação de Dworkin segundo a qual o "interpreta a prática jurídica no sentido de que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareça melhor para o futuro da comunidade**,** ignorando a coerência com o passado como algo que tenha valor em si mesmo" (1999, p. 119) levantou alguns contra-argumentos de Posner.

Em *The Problems of Jurisprudence*, Posner critica a forma como Dworkin emprega o termo "pragmatismo" em sentido estritamente leigo, como "aquilo que funciona", de modo que o pragmatista pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desvinculados de qualquer necessidade de

[200] Cf. também Green (2010, p. 646).

respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão (PJ, 2007b, p. 38). Em *Law, Pragmatism and Democracy*, Posner deixa claro que o "pragmatista valoriza a continuidade com leis e decisões anteriores, mas porque essa continuidade **é de fato um valor social**, mas não porque ele sinta um dever com o passado". Isto não implica que o pragmatista simplesmente faça o que quer, sem qualquer respeito pelo precedente. Pelo contrário, "o pragmatismo jurídico é prospectivo, quanto à adesão a decisões passadas como uma necessidade (qualificada), e **não como um dever ético**" (Posner, LPD, 2003a, pp. 71 e 60, respectivamente).

Posner leva a sério essa versão de Dworkin para o pragmatismo, dizendo que ela é radical, mas não é coerente ou interessante, uma vez que implica que um juiz pragmático seja um tomador de decisões *ad hoc,* sem qualquer apreço aos benefícios da coerência com o precedente e fidelidade aos textos legais e constitucionais. Para Posner, isso equivaleria a dizer que todo juiz pragmático ignora as consequências sistêmicas de suas decisões, por considerá-las distintas das consequências específicas de cada caso, o que não é a proposta de seu pragmatismo[201]. Para ele, na verdade, o juiz pragmático é apenas impaciente com abstrações como "justiça", "equidade" e com slogans como "autogoverno" e "democracia" e com "retóricas absolutistas", a não ser que seja persuadido de que estas bandeiras tenham algum valor social prático (LPD, 2003a,p. 12).

Como vimos no item 2.4, ao tratar da adjudicação pragmática, Posner propôs que os juízes atentassem para as consequências específicas e sistêmicas referentes ao caso em que estivesse em mãos, sendo certo que as consequências sistêmicas corresponderiam à manutenção do Estado Democrático de Direito, em especial com relação à previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico.

Ao contrário do que compreendeu Dworkin, Posner diz que um juiz, ao confrontar uma nova pretensão sobre a qual não há consenso, perguntará a si mesmo (mais inconsciente do que conscientemente, segundo Posner) como poderá acomodá-lo com o **mínimo de perturbação aos conceitos aceitos do direito**, refletidos nas regras e nos precedentes (2004b, pp. 150; 154-155). O próprio Posner cita Dworkin, a respeito da ideia

[201] Ao dizer que o pragmatista cotidiano deseja saber o sentido prático de se decider um caso de uma forma ou de outra, Posner explicou que: "This does not mean, as detractors of legal pragmatism such as Ronald Dworkin assert, that such a judge is concerned solely with immediate consequences and the short term. The pragmatic judge does not deny the standard rule-of-law virtues of generality, predictability, and impartiality, which generally favor a stand-pat approach to novel legal disputes. He just refuses to reify or sacralize those virtues. He dares to balance them against the adaptationist virtues of deciding the case at hand in a way that produces the best consequences for the parties and those similarly circumstanced" (LPD, 2003a, p. 12).

de "**romance em cadeia**[202]**"**, argumentando que o fundamento dworkiniano não é interpretativo, mas estratégico: "é tomar a melhor decisão possível, tendo em mente que uma coisa que torna a decisão boa, ainda que não a única e frequentemente não a mais importante, é o fato de não perturbar as expectativas criadas por decisões anteriores" (PJ, 2007b, p. 349). A diferença está no meio adotado para alcançar o resultado final: enquanto Dworkin acredita que a coerência é interpretativa, Posner acredita que a coerência é estratégica.

Posner entende que Daniel Farber traz uma réplica particularmente boa sobre as críticas de Dworkin ao pragmatismo jurídico (PJ, 2007b, p. 38). De acordo com Farber, sobre a problemática do direito enquanto **estratégia "como se"**, é verdade que o pragmatismo não considera os direitos como parte do mobiliário ontológica do mundo, tendo existência independente da sociedade humana. Para descobrir se os membros de uma comunidade tem direitos, nós temos que ir falar com eles; "não podemos encontrar a resposta lendo Rawls, Nozick, ou Dworkin". Mas, diz Farber, ao viver em uma sociedade que reconheça a existência de direitos, o juiz pragmático não precisa ver tais direitos como meios puramente instrumentais para a aquisição de outros bens da vida, uma vez que "o pragmatista está empenhado em negar a dicotomia entre fins e meios" (1988, p. 1347).

Quanto à alegação de excesso de discricionariedade que pode envidar o pragmatismo, Posner argumenta que o Estado Liberal sempre foi um misto de regra e discricionariedade. Mesmo o fato de colocar a questão desse modo significa levar os rótulos muito a sério. Essa **ansiedade de "rotulação"** de abordagens, diz Posner, indica uma pobreza de categorização que apenas diminui o peso dos argumentos (PJ, 2007b, p. 82).

Entretanto, a ideia de **mentira nobre** prevalece inabalável no pragmatismo jurídico. O próprio Posner reconhecerá esta ideia anos mais tarde, em *How Judges Think*, quando afirma que, no exercício de seu papel "legislador", os juízes podem até decidir contrariamente às suas próprias decisões para manter o posicionamento da Corte ou para

[202] Em *Overcoming Law*, Posner tratou a ideia de romance em cadeia de Dworkin como "a [comparação da] tarefa do juiz à do escritor de um dos capítulos de um romance escrito a várias mãos, exigie que as novas decisões se harmonizem com as anteriores, refere-se com reverência ao passado vivo, nega que os juízes devam adaptar os direitos às novas visões acerca do interesse público, não se interessa muito pelos fatos ou pelas ciências sociais ou naturais, insiste até mesmo na ideia de que os juízes possuem uma obrigação moral de serem leais a seus predecessores e que o acatamento de decisões anteriores, concebido como um compromisso, é essencial da justiça" (OL, 2009, p. 110.

protestar contra determinada decisão precedente[203]. E sugere que as discrepâncias entre as posições pessoais e judiciais geralmente dizem respeito a assuntos triviais, onde a concepção judicial pode estar apoiando um posicionamento mais importante, que embora não necessariamente faça parte da agenda menos pessoal do juiz (POSNER, HT, 2008, p. 282).

Ao mesmo tempo, pode-se dizer que Dworkin tem razão ao afirmar que a teoria "**como se**" trata-se, na verdade, de uma tentativa ousada de reunir o convencionalismo (ou formalismo jurídico) e o pragmatismo. Isso é também representativo na obra de Posner. Vimos no item 2.4.2.1 que o formalismo é utilizado pelo juiz pragmático como uma **estratégia pragmática e não apenas como uma retórica pragmática** (POSNER, LPD, 2003a, p. 19).

É claro que um juiz pragmatista levará em conta o passado[204]. Como disse Posner em *The Problems of Jurisprudence*, a menos que o **precedente** seja vinculante no sentido de anunciar uma premissa maior que não possa ser questionada, poderá ser fonte de dados de caráter ilustrativo, ou de razões, considerações, valores e diretrizes políticas (PJ, 2007b, p. 121).

É, preciso, diz Posner, decidir quando o precedente será **autoridade**, isto é será uma decisão judicial com natureza vinculante precedente e quando será **informação**, quer dizer, opinião do juiz sem natureza de precedente. Os precedentes poderão ser interpretados ampla ou estritamente, e afirma-se que a decisão do caminho a seguir em determinado caso é crucial para o direito. Logo, se interpretado do modo mais estrito possível um precedente impuser a decisão, tal nova decisão **será** fundamentada no precedente. Do contrário, se for interpretado o precedente de modo amplo, a decisão não será fundamentada pelo precedente em si, mas sobre o que **deverá ser** o precedente (POSNER, PJ, 2007b, p. 128). Bem de ver que a **autoridade** dos precedentes tem, pois, **caráter político** na teoria de Posner, como mencionado no item 2.4.2.2.

---

[203] Em defesa de Posner, Leiter diz que o pragmatismo é sincero, porque sabe que o que os juízes dizem que estão fazendo é uma coisa e o que eles realmente estão fazendo é outra. Deste modo, a ideia de que alguém pudesse realmente entender o que os Tribunais estão fazendo apenas utilizando os argumentos jurídicos que apresentam em suas opiniões é uma ilusão. Posner despe a ofuscante doutrina justificatória oferecida pelos juízes para identificar as verdadeiras considerações não-legais que influenciam as decisões (2010, pp. 08-09).

[204] Como se vê da seguinte passagem, Posner concebe que: "[…] the legal profession's use of history is a disguise that allows the profession to innovate without breaching judicial etiquette, which deplores both novelty and a frank acknowledgement of judicial discretion and likes to pretend that decisions by nonelected judges can be legitimated by being shown to have democratic roots in some pastlegislative or constitutional enactment (...). Yet the truth is that, for the most part, **these past settlements of disputes frame and limit, but do not dictate, the outcome of today's cases**" (2000, p. 581).

Portanto, duas considerações são importantes: primeira, porque as leis e os precedentes são fontes de informações potencialmente valiosas sobre o melhor resultado provável, e segunda, por serem sinalizadores desses resultados, o juiz deve ter cuidado para não destruir aquilo em que as pessoas já vinham confiando neles. E o tipo de consideração do pragmatismo para o passado varia enormemente com o domínio específico do direito em questão e os entendimentos que são por ele regidos[205].

Na realidade, diz Posner, o pragmatismo é apenas "**cético** em relação ao **papel normativo** das decisões passadas no processo decisório". O que faz com que uma decisão precedente seja observada em um caso presente não é necessariamente um poder especial, de semelhança entre os casos, mas de sua distinção. A única função do passado, afirma Posner, é nos lembrar que o fato de que um caso tenha sido decidido há um ano ou há um século atrás, por si só não autoriza um juiz decidir uma causa atual a ignorá-lo. A Corte deve ter um motivo para ignorá-lo, assim como deve ter uma razão para ignorar qualquer outra fonte de orientação possível para decidir o caso concreto (POSNER, 2000c, p. 588). Deste modo, essa continuidade com o passado é, de fato, um valor social, não um sentido de dever com o passado.

Como considera adiante,

> "Compromisso, confiança, informação, mesmo inércia, são razões para manter decisões tomadas no passado. Mas chamar o próprio passado de normativo é uma mistificação. Pode ser uma mistificação indispensável se o público em geral acredita nele, porque então a legitimidade das decisões judiciais poderá depender de os juízes aceitarem o jugo da história. O público em geral acredita em algo assim – que as decisões presentes devem estar 'enraizadas' em fontes autorizadas do direito –, mas é bem 'casual' sobre as fontes. Desinteressado e desinformados sobre a história, é pouco provável que o público exija que os casos atuais sejam decididos de forma coerente com os textos antigos e os precedentes"(POSNER, 2000c, p. 589).

A abordagem do item 2.4.1.1 deste trabalho invoca os **precedentes de forma política**, sendo parte de uma análise de políticas públicas, e não o produto de uma metodologia específica de raciocínio jurídico (POSNER, PJ, 2007b, p. 179).

Como vimos, em *How Judges Think*, essa aproximação feita por Posner se torna ainda mais clara, quando ele passa até mesmo a tratar o formalismo como legalismo (HT, 2008, pp. 01-15), confirmando o que havia dito em *The Problems of Jurisprudence*, quando concluiu que o direito norte-americano contemporâneo é fortemente objetivo nos

[205] Cf. também Ross (2001, pp.11-12).

casos fáceis, decidido por técnicas e convenções formalistas, e fracamente objetivo nos casos difíceis, cuja objetividade é conversacional e, portanto, política (PJ, 2007b, p. 45).

Não se pode dizer, portanto, que a caracterização do pragmatismo jurídico feita por Ronald Dworkin em *O Império do Direito* tenha sido equivocada. Pode-se dizer que a vantagem do pragmatismo reconhecida por Dworkin é negativa, isto é, a vantagem de não tomar os precedentes de modo reverencial, tal como pretendem os defensores do convencionalismo jurídico, mas que, entretanto, dá-lhes um excessivo valor político, fazendo com que as pessoas dependam do pronunciamento judicial, supervalorizado, para saberem se tem ou não direitos.

Uma leitura crítica possível da estratégia "**como se**" e da **mentira nobre** dos juízes seria saber se é possível que os juízes sejam considerados mais sábios ao se munirem desse "disfarce interpretativo" das normas e precedentes, tornando o seu julgamento melhor do ponto de vista pragmático. Como todas as análises "como se", nunca poderemos saber, porque nós experimentamos as consequências práticas apenas quando a decisão é, de fato, tomada e não aquelas que poderiam ser tomadas e não foram adotadas pelos juízes[206], nem qual seria o seu fundamento.

Como esta última observação sugere, a questão mais interessante entre Dworkin e Posner é outra: qual é o papel dos princípios morais e da política na decisão judicial?

Vimos no item 3.1.3.1 que Dworkin que o ceticismo externo costuma aliar a ideia de indeterminabilidade com uma concepção antiteórica do direito (1996, p. 138). É na direção da antiteoria que Dworkin dirigirá a resposta a esta pergunta e as próximas críticas ao pragmatismo jurídico de Richard Posner.

3.3 O pragmatismo antiteórico de Posner

Dworkin compreende que o pragmatismo jurídico é geralmente descrito como uma teoria da decisão judicial, que sustenta que os juízes devem sempre decidir os casos sob uma perspectiva consequencialista e prospectiva. Contudo, diz ele, qualquer versão mais precisa do pragmatismo deve especificar alguma concepção particular de

[206] Cf. também em Huffman (2002, p. 72).

consequencialismo, isto é, **deve especificar como decidir quais consequências de uma decisão seriam as melhores**, isto é, apresentar um vínculo indissociável com alguma teoria moral.

Por exemplo, poderia adotar uma concepção utilitária, que sustenta que decisões políticas individuais devem maximizar a média do bem-estar de uma comunidade, de acordo com alguma concepção específica de bem-estar: a felicidade ou a satisfação dos desejos. Ou outra concepção que define as melhores consequências em termos de eficiência econômica ou maximização de riqueza (2006, p. 21). O juiz pragmático, diz Dworkin, deve estar sempre com um olhar instrumental sobre os limites que requerem que ele observe as leis e os precedentes, e isso é ínsito à concepção moral do que sejam as melhores consequências.

De acordo com o pragmatismo, os juízes devem obedecer às regras e manter a fé nas decisões passadas porque o Poder Legislativo e as instituições judiciais asseguram a eficiência ou a estabilidade, e esse Poder seria enfraquecido se os juízes ignorassem as decisões do passado proferirem novas decisões. Porém, se a eficiência for mais bem servida pela ignorância ou releitura de decisões passadas, o pragmatista não hesitará em agir de outra forma (2006, p. 22). Nesse sentido, a própria AED (item 2.1), também é considerada uma teoria interpretativa pragmática por Dworkin: afirma que as Cortes do direito anglo-saxão tem decidido de forma a maximizar a eficiência econômica.

A versão acadêmica mais influente de pragmatismo, na opinião de Dworkin, é menos filosófica e mais prática. Sustenta que qualquer preocupação que os juízes tenham com proposições verdadeiras e objetivas no direito é uma distração inútil da finalidade que eles perseguem, que é a melhoria de sua comunidade política. Essa forma de pragmatismo se desdobra na ideia de teoria da decisão judicial: não precisa de etapas primárias, isto é, não leva em consideração nenhuma visão a respeito do conceito doutrinário de direito ou sobre como as práticas contemporâneas do direito são justificadas, ou ainda a condição de verdade das proposições jurídicas. Todo o aparato de filosofia do direito se esvai, diz Dworkin, "no vento prospectivo, instrumental e de cálculo de meios e fins" (2006, pp. 23-24).

Como vimos ao longo do primeiro capítulo deste trabalho, o século XX foi uma batalha de ideologias e que, ao final, passou-se uma grande desconfiança na **ideia de teoria**. Formou-se, nas palavras de Dworkin, "um grande batalhão de antiteóricos" (2006, p. 57). "O espírito de nosso tempo", conduz em direção à abordagem prática e antiteórica,

e Posner é exemplo disso (1997, p. 431) e a visão de ciência que ele contempla é outra mostra do mesmo (2006, p. 76).

Qual o **sentido de teoria**, para Dworkin? No artigo *In Praise of Theory*, ele procura esclarecer o papel da teoria no raciocínio jurídico e na prática do direito. Inicia o seu argumento ao propor a seguinte questão: o que torna uma pretensão jurídica verdadeira ou falsa? Qual o modo apropriado de raciocinar ou arguir sobre a verdade das pretensões de direito? Para Dworkin, são duas respostas possíveis para essa pergunta:

i) a abordagem da "**teoria-forte**" (ou apenas forte), segundo a qual o raciocínio jurídico traz à tona uma vasta rede de princípios jurídicos ou de moralidade política. Oferece como teste àquelas decisões alguns padrões que tratam como parte de um todo (uma teoria do governo), e insiste que ela é sempre importante para alcançar ou defender uma decisão conclusiva, para apresentar maiores e maiores porções de uma teoria do todo, muito embora não seja a mais apropriada para os fins sociais.

Essa abordagem teórica é consistente, diz Dworkin, com qualquer teoria de Justiça. É consistente não apenas com o liberalismo igualitário, mas também com versões de consequencialismo político, incluindo utilitarismo, tão logo este seja concebido como forma de explicação geral de moralidade política (RD, 1997, p. 431). Na prática, diz Dworkin, não se pode pensar sobre a resposta correta a não ser que se tenha "pensado por" ou se "esteja pronto para pensar" por meio de um vasto e importante sistema teórico de princípios complexos sobre a natureza do direito em questão (IT, 2006, p. 50);

ii) a abordagem prática, oposta à abordagem teórica, que entende a decisão judicial é uma ocasião política, e juízes, advogados e todas as pessoas que pensam sobre o direito deveriam direcionar sua atenção aos problemas práticos imediatos colocados por qualquer ocasião política. A abordagem prática, por sua vez, nega a necessidade, em princípio, de explicações gerais normativas desse tipo: insiste que as decisões judiciais sejam testadas em bases casuísticas, perguntando se uma decisão particular parece ter consequências aceitáveis, ou se pode servir como base de consenso social ou político, mas sem explorar qualquer outro teste de consequências que devem ser tomadas como aceitáveis, ou qual base de consenso é consistente com a justiça (RD, 1997, p. 431). A única questão que importa é: como fazer as coisas melhores? Para tanto, deve-se conhecer muito sobre as consequências das diferentes decisões para responder à questão prática satisfatoriamente, até mesmo sobre economia para medir estas consequências. Mas, para

Dworkin não há a necessidade de ler volumes de filosofia política para isso (IT, 2006, p. 50).

Dworkin defenderá, então, a opção da "teoria forte". Ele afirma que os princípios são fortes na nossa prática jurídica. Justificamos nossas pretensões jurídicas mostrando que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificativa da prática jurídica geral na área em que o caso surge.

É claro, Dworkin como reconhece, que advogados e juristas vão discordar sobre quais princípios garantem melhor justificativa para a forma geral de qualquer parte considerável do direito. Todavia, como uma pretensão jurídica tem o mesmo efeito ruim para a pretensão, então, qual princípio garantirá **a melhor justificativa** para a prática jurídica? E **melhor** em que sentido? Melhor no **sentido interpretativo**, melhor porque se adapta à prática jurídica melhor, sob a melhor luz (IT, 2006, p, 52).

Qualquer argumento jurídico é, portanto, vulnerável àquilo que Dworkin chama de "**escalada justificatória**". Isto quer dizer que para nenhum argumento jurídico seja sempre possível que um princípio particular em que confiamos "seja inconsistente com o algum outro princípio que invocamos para justificar alguma outra parte maior do direito". Quando essa "subida" é realizada adequadamente, ou seja, como "interpretação construtiva", produzem-se os resultados que justificam o exercício do poder coercitivo do Estado.

Isto não quer dizer, diz Dworkin, que a ameaça da "**escalada justificatória**" sempre ou quase sempre se materializará. Essa "escalada justificatória" estará sempre à mão: não podemos simplesmente desconsiderá-la porque nunca sabemos quando uma pretensão jurídica que parecia tola e mesmo indisputável pode, de repente, for desafiada por um ataque novo e potencialmente revolucionário de um nível mais alto (DWORKIN, IT, 2006, p. 54). A escalada justificatória pode ser rara, mas o ponto crucial é que não há um grande teste *a priori* para decidir quando ela é necessária. Um juiz pode bem seguir pensando sobre a questão antes de saber se vai mergulhar num argumento mais teórico ou não (DWORKIN, IT, 2006, p. 55).

A visão da "teoria-forte" é uma descrição do raciocínio jurídico, isto é, de como arguimos sobre afirmações do que é o direito. É também uma descrição de qual o conteúdo de verdade dessas afirmações. Dworkin alerta que não é uma afirmação automática sobre a responsabilidade dos juízes em casos comuns ou mesmo em casos constitucionais, embora

isso seja óbvio. Muitas pessoas rejeitaram essa visão da "teoria forte" por autorizar os juízes a se engajarem em "incursões teóricas". Mas isso não se segue automaticamente do fato de que a correta identificação de qualquer tipo de direito envolva um exercício interpretativo vulnerável à escalada justificatória ou que a qualquer autoridade deveria ser dada a responsabilidade de conduzir esse exercício em qualquer tipo (DWORKIN, IT, 2006, p. 56).

Dworkin diz que Posner considera suas visões sobre a decisão judicial como livre de qualquer vínculo, especialmente de considerações filosóficas. Então as atitudes de Posner contrastam com aquelas representadas pela teoria forte do raciocínio jurídico, embora seja difícil de sustentar da sua lista de virtudes (prático, instrumental, de visão para o futuro, ativista, empírico, cético, antidogmático, experimental[207]).

Segundo Dworkin, Posner exige não se fechar a ideias estranhas, para atender às consequências das decisões, e do contrário, conduz nossas atividades intelectuais e legais de forma sábia. Esse é um aviso de Posner valioso: **o dogmatismo** é uma falta grave, e se nós sucumbirmos a ele, seriamente devemos responder a isso. Mas, para Dworkin, não é isso que faz a filosofia do direito, e embora Posner deixe claro que ele não aprova a teoria dworkiniana da decisão judicial, ele diz muito pouco sobre o porquê ou como ele é diferente de Dworkin (IT, 2006, p. 61).

Dworkin aponta duas virtudes do pragmatismo de Posner que parecem bastantes substanciais e digna de atenção:

i) o **caráter prospectivo** do pragmatismo. Dworkin imagina que Posner tenha dois contrastes em mente ao caracterizar o pragmatismo desta forma: **a)** ou ele quis dizer que o raciocínio jurídico deveria ser consequencial e não deontológico; **b)** ou que deveria ser assistencialista ao invés de consequencialista de alguma outra forma. Nesse passo, enquanto um consequencialista argumenta que nós nunca somos moralmente impelidos a agir de uma forma que produza as piores consequências um deontologista nos diz que nos é exigido produzir as piores consequências algumas vezes (2006, p. 61).

Ora, diz Dworkin, Posner não compreendeu bem a sua "**teoria forte**", que é plenamente consequencialista, e não deontológica, pois visa a estrutura do direito e da comunidade que é igualitário, no sentido explanado na obra *O Império do Direito* (IT, 2006, p. 61). E é consequencialista no detalhe: cada argumento jurídico interpretativo tem

[207] Cf. Posner (OL, 2009, p. 10).

a proposta de assegurar as *situações que são superiores, de acordo com os princípios fortes de nossa prática*.

Para Dworkin, há uma questão central na teoria moral, segundo a qual quando comparamos a melhor situação, deveríamos olhar apenas para o bem-estar das pessoas naquela melhor situação. E a teoria mais popular a respeito dessa questão é o utilitarismo. O utilitarista argumenta que a decisão judicial melhora a situação apenas se for melhorada a situação da média ou da maioria das pessoas. Alguém que rejeite o utilitarismo supõe que, às vezes, uma situação é melhor que outra mesmo que as pessoas não tenham sua situação melhorada na média, porque direitos são melhores respeitados, talvez, ou porque a situação é mais justa de alguma outra forma. Dificilmente é evidente, ademais, que o progresso consista em fazer as pessoas, em média, mais felizes, ou mesmo, como Posner sugeriu em sua abordagem de AED, mais ricas[208].

Nós devemos, de acordo com Dworkin, sem muita excentricidade, usar a visão prospectiva para descrever o lado utilitarista do argumento, de modo que então se poderia dizer que Posner recomenda esse argumento do raciocínio jurídico deve ser devotado para encontrar decisões que são melhores do ponto de vista **utilitarista** (IT, 2006, p. 62). O argumento da teoria forte, porém, não é necessariamente anti-utilitário, porque a melhor interpretação da prática jurídica mostra o princípio da utilidade em seu centro, diz Dworkin. Mas a teoria forte não está comprometida com o utilitarismo, pressupondo, ao revés, princípios de igualdade e justiça que não podem ser transcritos em bases utilitaristas. Então, se o que Posner quer dizer com prospectivo é ser utilitarista, então está justificada a sua acusação de que o argumento da "teoria forte" não é suficientemente prospectivo.

ii) o caráter **experimental** do pragmatismo. De acordo com Dworkin, Posner condena as abordagens teóricas abstratas como insuficientemente experimentais. Dworkin diz que a abordagem de "teoria forte" também é plenamente experimental: recomenda que a decisão seja imaginativa com os princípios, de sorte que o juiz possa propor a melhor interpretação em uma área do direito, por exemplo, um princípio que não havia sido reconhecido no passado (IT, 2006, p. 63).

---

[208] Há severas críticas a respeito da aplicação da ciência econômica pura ao direito, desenvolvida pelos adeptos da Primeira Geração da Análise Econômica do Direito. A principal delas é que a economia, ausente o padrão ideológico (como a maximização de riqueza) não pode nos dizer o que os nossos propósitos e objetivos devem ser. Não nos diz como gastar o nosso tempo, talentos e dinheiro, se devemos aprender a tocar piano ou snowboard, não apresentando nenhum conselho a respeito da escolha dos fins sociais (KRONMAN, 1998, p. 1751). Cf., a propósito, a discussão de Dworkin sobre o conceito de maximização de riqueza adotado pelos adeptos da AED no capítulo da obra *Uma questão de princípio* (2005, pp. 351-398).

No entanto, pondera Dworkin, há que se considerar qual o sentido de "experimental" que Posner tem em mente. Para Dworkin, Posner quer dizer: não teoricamente experimental, mas **experimental em lugar de teoria**, de modo que os juristas deveriam tentar soluções diferentes aos problemas com que se deparam para ver "o que funciona", sem considerar quais soluções são recomendadas ou endossadas por alguma grande teoria. Eles deveriam concentrar os problemas práticos antes de procurar teorias e perguntar qual solução possível poderia realmente funcionar (DWORKIN, IT, 2006, p. 63).

Mas, alerta Dworkin, **o vazio do argumento** de Posner sobre acima lançado é manifesto[209], uma vez que o juiz deve decidir a verdade sobre uma variedade de questões, como, por exemplo, sobre o que é justo, antes de decidir sobre "o que funciona" e não há padrão independente e externo para significar o que é este "funcionar" (IT, 2006, p. 64).

Suponha-se que uma decisão favorável ao aborto promova melhoras no atendimento médico dado às gestantes e diminua o risco de morte provocada por abortos ilegais. Mesmo isso não provaria que esta decisão "funciona" melhor do que uma decisão contrária, porque permanece em aberto se a decisão que alcança os melhores resultados, ao custo de possibilitar a morte de muitos nascituros, de fato, é desejável.

Dworkin coloca a seguinte questão: como o pragmatismo poderia ajudar supor que nós deveríamos parar de nos preocupar sobre essas questões difíceis e apenas perguntar qual solução pode funcionar?

Para Dworkin, em direito e moral, particularmente, evitar questões que levam a desacordo vendo "o que funciona" não somente é de pouca ajuda, mas é ininteligível (IT, 2006, pp. 64-65). É certo que há hipóteses em que apontar que alguma medida tenha consequências surpreendentes é obviamente útil. Mas tais circunstâncias são raras, e poucos acreditam que os juristas devam ser indiferentes às consequências das decisões jurídicas[210]. Diz-se isto por que muitas vezes a controvérsia não é sobre quais meios vão de fato atingir um fim ou consequência social sobre a qual há consenso, **mas sobre qual fim deve-se buscar consenso** (DWORKIN, RD, 1997, p. 433).

---

[209] No mesmo sentido "pragmatism is empty of substance" e "[p]ragmatism does not say what the good is, how to live, what economic or political system to develop, or anything else of that nature" (TAMANAHA, 1996, p. 328). Também Fish: "[o]ne may intone with great resonance" the 'idea of treating like things alike', but the 'idea is empty without specification of the criteria for 'likeness'; and ... those criteria are political" (1991, p. 49).

[210] Cf. também Luban (1996b, p. 44).

O consequencialismo, expõe Dworkin, é uma posição moral, e uma teoria moral desse tipo poderia parecer indispensável a qualquer versão "não-vazia" disso. Mas Posner insiste que, por conta do raciocínio moral terminar em controvérsia, ele não pode ajudar na decisão. **Consenso em questões de moralidade política pode ser desejável, mas também pode ser impossível**.

É verdade que alguns filósofos concordaram que a falta de consenso em questões morais é uma evidencia forte de ceticismo moral: eles acham que verdade em moral implica demonstrabilidade. Mas Posner, diz Dworkin, rejeita este ceticismo[211]: ele acredita em fato moral como qualquer um, e sua insistência em que a reflexão moral seja um método de argumentação impotente, porque não pode satisfazer a todos, apenas dá continuidade ao dissenso.

O que é importante, para Dworkin, é que Posner não apenas rejeita a filosofia moral como guia para afirmar as consequências a serem perseguidas como necessidades humanas ou fins a serem perseguidos, mas também **não oferece nada para colocar no seu lugar** (RD, 1997, p. 433); não diz quais fatos são importantes ou quais consequências importam, que é o que de fato preocupa o juiz (1997, RD, p. 433; IT, 2006, p. 64).

Dworkin diz que afirmar que "postura modesta" e "antiteórica" sejam a mesma coisa é um engano. O experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina num dos mais ambiciosos e tecnocráticos absolutismos filosóficos, que é **utilitarista e consequencialista** (IT, 2006, p. 73).

Para Dworkin, **modéstia é uma atitude, não um chamado**. Somos modestos não quando abandonamos questões teóricas difíceis, nossos papéis e responsabilidades como pessoas, cidadãos e funcionários públicos, mas quando confrontamos com essas questões com energia e coragem forjadas num vívido senso de nossa própria falibilidade. Nossos julgamentos reflexivos podem nos cobrar com autoconstrição numa centena de dimensões, mas aceitamos isso como um ato de modéstia somente se aquele julgamento for por si mesmo verdadeiro e condutor de reflexão.

Assim sendo, Posner é um **antiteórico**, posto que "não oferece nem mesmo uma explicação rude sobre a teoria política geral contra a qual se pode testar a decisão judicial, e mais dramaticamente, nega que a teoria moral geral poderia ser útil na realização desse teste" (DWORKIN, 1997, p. 431). Ao mesmo tempo, desconhece o quanto sua teoria

[211] OL, 2009, p. 06.

depende de uma explicação filosófica particular – a explicação instrumental descrita como "consequencialismo superficial de direitos" (DWORKIN, 1997, p. 432).

3.3.1 Contra-argumentos teimosos de Posner e respostas duras de Dworkin

Posner se recusa a aceitar essa teoria exposta por Dworkin. Acredita, assim, que quem não está sendo modesto a respeito do que significa teoria é, na verdade, Dworkin. Em *Conceptions of Legal Theory*, Posner, abraçando seu ceticismo e empirismo[212], diz que Dworkin **equaciona teoria a filosofia** ao tratar da Constituição, e por meio da "escalada justificatória" todo o sistema jurídico americano, como uma "estrutura integrada de princípios morais e políticos". Para ele, qualquer um com uma concepção mais modesta do papel da interpretação constitucional não é um teórico (POSNER, CLT, 1997, p. 379).

Teoria, diz Posner, é uma palavra sem conceito fixo ou definitivo no discurso normativo. Cientistas, e até mesmo os cientistas sociais, entendem "**teoria**" como um modelo de relações causais, consistente logicamente, abstrato, aplicável a algum domínio da realidade física ou da prática social, da qual hipóteses podem ser deduzidas, de forma que possam ser confirmadas ou refutadas, com **dados objetivos** gerados por observação experimental ou outra forma sistemática. O sucesso das ciências naturais é que fez com que atuantes em outras disciplinas descrevessem seu trabalho como teoria. Mas, para Posner, o que se deve ter em mente é que, **teoria moral ou jurídica, ou mais precisamente o que esses termos excluem, ainda não foi definido** (CLT, 1997, p. 379).

Algumas teorias morais tem a forma da concepção hipotético-dedutiva de teoria científica. Elas defendem, na visão de Posner, um modelo lógico que tem implicações para questões morais específicas, e eles usam intuições morais de um teórico, ou da comunidade moral teórica, como um dado a confirmar ou refutarem suas hipóteses.

Alguns teóricos morais insistem que mesmo nossas mais profundas intuições morais podem ser modificadas de acordo com a teoria. Porém, diz Posner, uma teoria jurídica é bem mais modesta: uma mera generalização que pretende subsumir os precedentes num campo ou subcampo particular do direito. Teorias jurídicas mais

[212] Cf. sobre a teimosia de Posner também em Luban (1996a, p. 1035).

ambiciosas usam princípios tirados de outros campos discursivos, tais como a teoria econômica ou política, como critério de avaliação de doutrinas jurídicas específicas. Certo grau de abstração e insistência sobre a consistência é fundamental a uma "teoria". Por trás disso não parece possível especificar pré-condições que devam contar como teoria moral ou jurídica (POSNER, CLT, 1997, p. 379).

Por teoria, Posner entende que Dworkin quer dizer sua própria e específica concepção teórica, cuja inspiração na teoria jurídica de Wechsler, Hart e Sacks o leva à imposição de grandes temas, como legitimidade democrática, federalismo, competência, igualdade ou outra particularidade jurídica, concede importância à escalada justificatória (CLT, 1997, p. 379).

Quanto ao argumento de Dworkin de que Posner esboça uma abordagem utilitarista, Posner diz que, ainda que assim fosse isto não faria dele um "**antiteórico**", até porque o utilitarismo é também uma teoria. Isso o faria tão-somente anti-dworkiniano, o que reforça o aspecto do conceito de Dworkin de "teoria" e "antiteoria" (CLT, 1997, p. 382). Como afirmado no item 2.2.3, Posner se mostra hostil a todos os empreendimentos teóricos que não possam guiar à investigação que se dê por meio da **experiência**, o que o faz privilegiar métodos científicos tais como a economia e a sociologia.

Posner diz que não quer ser conhecido como um pós-moderno antiteórico (CLT, 1997, p. 388), No entanto, ele mesmo reconhece o argumento de Dworkin em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, aceitando o rótulo antiteórico, na medida em que "os juízes do sistema anglo-americano tendem a ser antiteóricos por conta da tradição casuística do processo de decisão judicial" (POSNER, PMT, 1998d, p. 1646).

Posner diz que o termo "**prospectivo**" não serve nem para o consequencialismo, nem para o utilitarismo. É usado para contrastar a abordagem **pragmática**, que aspira fazer as coisas melhor para o presente e para o futuro e se importa com o passado apenas se garantir uma direção para o presente e para o futuro. Não sustenta, como visto no item anterior, um poder especial próprio na Corte, digno de reverência. Isso quer dizer, entende Posner, que Dworkin também é preocupado com as consequências, mas não tanto quanto ele (CLT, 1997, p. 385).

Posner concorda com Dworkin, no sentido de que os juízes precisam de regras ou padrões para guiá-los. Porém, diz que não desconsiderou isso ao falar sobre experimentalismo. Para ele, o pragmatista "é mergulhado na ciência experimental, que

urge que temos que fazer surgir uma decisão perguntando, quando surgir um desacordo, que diferença prática, palpável e observável o desacordo faz para nós?" Essa passagem avisa aos juízes para que eles não entrem em disputas insignificantes, como aquela sobre se o juiz "faz" ou "encontra" direito (POSNER, CLT, 1997, p. 386).

Posner diz não recomendar a criação de regras jurídicas por **tentativa e erro** (Posner, CLT, 1997, p. 386). Mas Posner afirmou, anos mais tarde, em *Law, Pragmatism and Democracy*, que "o **modelo do experimentalismo é a seleção natural**, um processo essencialmente de **tentativa e erro"** (LPD, 2003a, p. 09).

Mesmo quando abordou o caso *Roe vs. Wade*, Posner disse que para saber quais as consequências para cada interesse a melhor forma seria a "**tentativa e erro**" resultante das experiências realizadas (2002, p. 255), caindo, portanto, em mais uma contradição argumentativa.

Para Dworkin, como vimos, ainda que a Corte submetesse o caso **a experimentação**, as pessoas continuariam a discordar apaixonadamente sobre quais experiências teriam sido bem sucedidas, precisamente porque eles continuariam a discordar sobre questões de princípio moral que subjaz a controvérsia. Mesmo que a oposição por alguma solução diminuísse ao longo do tempo isso dificilmente mostraria que a justiça tenha sido feita. Deve haver também razões práticas para se aprofundar em questões constitucionais difíceis de moralidade.

Mas há um custo evidente do pragmatismo de Posner a se notar: o custo moral, no caso do aborto, enquanto os experimentos estão sendo conduzidos pela Corte que vai declarar, quando observar o "experimento" que durou tempo suficiente, que isso foi uma violação dos direitos constitucionais (DWORKIN, RD, 1997, p. 437).

Dworkin acusa Posner de ser um "consequencialista de direitos superficiais", isto é, que supõe que direitos morais e políticos não são trunfos sobre ganhos políticos, mas somente ferramentas instrumentais para melhorar tais ganhos. No caso do aborto, poderia arguir que imaginou o experimento benéfico, mesmo descontando as vidas arruinadas pela sua permissão (DWORKIN, RD, 1997, p. 437). Ademais, como vimos ao final do item 2.5, a fundamentação de Posner contra a filosofia falha, e os "duros" conceitos de economia tornam-se frágeis quando tentam preencher o espaço do discurso normativo que não podemos sequer medir os benefícios e custos do aborto, e que, portanto, a questão seria mais bem resolvida pelo legislativo (OL, 2009, p. 195).

Dworkin acha que a dificuldade acima apontada na teoria de Posner se dá porque o uso de evidências empíricas no direito tem sido feito sem disciplina. Muitas delas são cosméticas e não suportadas pelos fatos. Os acadêmicos do direito não são bem equipados, em treinamento e tempo para produzir pesquisa original ou argumentos sobre questões empíricas, sujeitando-se a confiar na pesquisa ou no argumento de expertos. Mas em muitas questões importantes os especialistas também discordam, e igualmente justificam a confiança num grupo de especialistas e não em outro como demandando uma tarefa. Um acadêmico pode se refugiar em pretensões insatisfatórias que sua visão é suportada "pela maioria" dos expertos, ou pelo "peso da opinião dos expertos" ou algo do tipo (DWORKIN, 1997, p. 443).

Posner acusa a teoria dworkiniana de ser excessivamente abstrata para ser aplicada a um sistema casuístico como o norte-americano, de modo que o que os juízes precisam de fato é uma melhor compreensão das consequências práticas de suas decisões. Se os juízes souberem das consequências práticas de suas decisões talvez seja mais fácil encontrar uma base comum entre eles (POSNER, CLT, 1997, p. 387).

Com relação às teorias constitucionais, por exemplo, Posner diz que a razão pela qual as rejeita é que tais teorias não tem poder para comandar acordo de pessoas que não estejam predispostas ainda a aceitar as prescrições políticas dos teóricos (ACT, 1998a, p. 03).

Para Posner, os juízes não gostam da teoria constitucional. Seu passado acadêmico não leva em consideração incursões teóricas, mesmo que antes tenham sido professores de direito. A maioria dos professores de direito nos Estados Unidos da América é formada por analistas de casos e de doutrina jurídica, mais do que por "propositores" de teorias gerais de legitimidade política ou jurídica, a classe à qual os teóricos do direito constitucional pertencem. E mesmo que o juiz tenha uma bagagem educacional teórica, uma perspectiva teórica é muito difícil de manter quando alguém está imerso na decisão de um caso como parte de um grupo de julgamento (POSNER, ACT, 1998a, p. 10). Posner diz que, por isso, está em desacordo radical com Dworkin, por este insiste que casos nos quais fatos ou consequências possam causar efeito no processo de decisão constitucional são raros, quando, na verdade, não o são (ACT, 1998a, p. 12).

Como visto anteriormente no item 2.2.3.2, Posner diz não negar que a filosofia possa ser útil para esclarecer algumas questões jurídicas, como intenção e nexo causal. Mas pensar que ela possa ser útil nos dizendo para refletir sobre a justiça de se impor

responsabilidade sem a prova do nexo causal mostra ignorância sobre a questão e a magreza (o caráter essencialmente retórico) da invocação "teórica" de Dworkin.

De qualquer modo, embora Posner tenha argumentado contra as críticas de Dworkin, deixou de responder em seu artigo-resposta à questão do que substituiria a filosofia moral como guia para afirmar as consequências ou fins a serem perseguidos. Isto se dá em razão justamente de optar, mas não assumir um método de raciocínio prático, do tipo "tentativa e erro", experimental, cujo conteúdo **não cabe ao pragmatismo dizer**. Não oferece, como constatou Dworkin em sua resposta, "nem mesmo uma explicação rude sobre a teoria política geral contra a qual se pode testar a decisão judicial, e mais dramaticamente, nega que a teoria moral geral possa ser útil na realização desse teste" (RD, 1997, p. 431).

Dworkin acredita que Posner não oferece a seu leitor uma teoria geral sobre quais consequências devem ser perseguidas e quais devem ser evitadas na decisão judicial porque não pensa que qualquer teoria geral seja também possível ou necessária. E, à falta de teoria, nós somos necessariamente remetidos, assim, ao nosso **senso comum**, guiados pelos fatos, intuição e cultura, caso a caso. É a **razão prática**, sobre a qual discorremos no item 2.3.1.

Dworkin diz que deu suas razões para achar essa posição vazia, mas concorda que, apesar de haver muitas pessoas que entendem que a ideia de uma teoria explícita não tenha papel importante nas buscas intelectuais, qualquer que seja seu tipo, é extremamente popular agora (RD, 1997, p. 439). Isto será motivo para mais um momento do debate com Dworkin, a respeito do papel da teoria moral no direito.

3.3.2 Problemas com as regras do jogo

Posner, em seu pastiche pragmático, também trata a respeito **de jogos de linguagem**. Em *The Problems of Jurisprudence*, ele diz que "ainda que as regras de um jogo passem por transformações de tempos em tempos, é impensável (em um jogo 'sério') mudar uma regra durante um jogo" (PJ, 2007b, p. 66) Para ele, todo jogo tem uma área sem restrições, na qual o jogador pode demonstrar sua estratégia e sua tática. As regras,

muito embora não determinem o resultado da partida, restringem o desempenho dos jogadores e fazem daquela atividade um jogo, e não uma competição livre.

Ele faz uma analogia com as regras jurídicas. Por exemplo, as regras de direito de propriedade, facilitam o investimento e a operação comercial; as regras do direito contratual permitem que os compromissos de compra e venda se desdobrem no tempo, em vez de realizar-se no mesmo instante, entre outras. Contudo, tais regras não definem de modo completo as atividades cujo desempenham tornam possível ou facilitam, de tal sorte que essas atividades perderão sua finalidade se as regras forem alteradas ou enquanto as atividades estiverem sendo realizadas (POSNER, PJ, 2007b, p. 67).

Para Posner, o dever de "jogar conforme as regras" no direito, todavia, não é tão imperativo quanto nos jogos ordinários. As regras podem ou não ser utilizadas, de modo que os juízes tem uma licença limitada para "desobedecer" às regras e modificá-las com o jogo já iniciado. O paradoxo disto poderia ser eliminado se dissermos que toda vez que o juiz deixa de aplicar uma regra o faz com o objetivo de obedecer à outra de mais alto nível, mas isso seria mero jogo de palavras (POSNER, PJ, 2007b, p. 67).

Posner diz que a melhor analogia com as regras jurídicas podem ser entre as regras sobre o modo de se vencer o jogo. Do mesmo modo que os operários resolvem obedecer integralmente às regras de seu trabalho, o resultado disso é uma drástica redução do ritmo de atividade, uma vez que as regras não foram criadas para serem obedecidas ao pé da letra. Assim, diz ele, "o juiz que leva as regras exageradamente a sério pode ser apenas um burocrata que se prende a futilidades" (POSNER, PJ, 2007b, p. 68). Se os juízes decidem não aplicar uma regra e se posicionam contrariamente a ela, então, diz Posner, estarão forçando a mudança desta regra, como lhes é permitido fazer, conquanto obedeçam a certas restrições do jogo judicial.

Há uma diferença, no entanto, entre direito, ciência e jogos. Para Posner, direito e ciência se preocupam com resultados corretos, enquanto as regras do jogo consistem em fornecer uma estrutura para se comparar e avaliar o desempenho do adversário em jogo. Além disso, o direito se preocupa com a correção e com a estabilidade, de modo que os três tem, assim, objetivos diferentes que afetam a atitude para com a obediência às regras (PJ, 2007b, pp. 68-69).

Em *Overcoming Law*, Posner esclarece, assim, o objetivo de sua empreitada de comparação entre direito e jogos: "há, nesse sentido [dos 'jogos de linguagem' de

Wittgenstein, isto é, atividades humanas constituídas por um conjunto de regras], um jogo judicial, e um dos principais objetivos [...] é aproximá-lo do **jogo científico**" (OL, 2009, p. 08 – grifo nosso).

E segue, dizendo que às sociedades que se negarem a jogar o "jogo da ciência" reservam-se diversas consequências, tais como os altos níveis de pobreza e incidência de doenças (POSNER, OL, 2009, p. 08). Não há nada *na* regra que nos obrigue a segui-la. Tais regras são as regras institucionalizadas do ato de julgar, e a decisão de obedecê-las vem da coesão, da socialização ou do fato de a regra ser um elemento constitutivo de alguma atividade prazerosa. Não obstante, a maioria das decisões judiciais caracteriza-se por, de fato, se "seguirem as regras" (POSNER, OL, 2009, p. 142). É graças ao fato de que os juízes seguem as regras do jogo judicial que o legislativo controla o seu comportamento (POSNER, OL, 2009, p. 143).

Esclarece-se, aqui, a intenção de Posner sobre o direito: a sua aproximação da ciência. Não é à toa, portanto, que Posner elege a objetividade científica como sendo a mais forte dentre as objetividades por ele identificadas em *The Problems of Jurisprudence*, nem a sua comparação constante da frouxa objetividade conversacional jurídica com a objetividade das ciências empíricas e sociais, especialmente da economia.

O mesmo se dirá, portanto, com relação à moralidade, e à impossibilidade de sua classificação em termos de objetividade científica. Deste modo, explica-se o desprezo por Posner: como princípios morais não são objetivos no sentido científico, não são capazes de garantir o ideal de objetividade científica, quedando no nível da objetividade conversacional, que é superficial e sem utilidade para os propósitos de Posner.

Dworkin critica esse posicionamento de Posner sobre a teoria dos jogos. Se essa ideia prevalecesse, a abordagem de "teoria forte" do raciocínio jurídico por ele defendida ficaria profundamente mal entendida, e deveria ser abandonada por duas razões: **i)** o raciocínio jurídico, de acordo com a **teoria forte**, pressupõe que uma afirmação interpretativa será superior às suas rivais, não apenas na opinião de seu proponente, mas realmente superior e, se não há verdade moral objetiva, nenhuma outra afirmação pode ser realmente superior em qualquer caso difícil; **ii)** os advogados devem estar prontos para apresentar uma justificação teórica de seus julgamentos, pois é injusto submeter alguns cidadãos a um regime de princípio que a comunidade não atende em outras circunstâncias. Poderia se justificar a abordagem teórica justificando-a não por se tratar de uma verdade objetiva, mas por ser verdadeira de acordo com os **jogos de linguagem** da comunidade.

Para Dworkin, **se esses jogos de linguagem existissem, eles dividiriam, não uniriam a sociedade** destituída de verdade (IT, 2006, p. 59).

Portanto, e como esclarece Dworkin, se o argumento de que não há verdade objetiva sobre questões morais faz sentido, sua consequência não é que não há uma verdade para nossa comunidade, mas que há uma verdade distinta para cada um de nós, e não podemos sustentar uma abordagem teórica para a decisão judicial nessas bases (IT, 2006, p. 59).

Posner rejeita a crítica de Dworkin. Para ele, questões sobre as quais há profunda discordância moral são resolvidas às vezes pela força, pela experiência, pelo deslocamento de interesse para novos problemas, mas raramente por meros argumentos. **A argumentação moral é fraca demais como ferramenta intelectual para desalojar convicções morais**[213]. Isso não mostra que não há verdades morais, mas que há debates científicos não resolvidos, e nem por isso deixa de haver verdades científicas. Os debates intermináveis e a falta de progresso em direção a uma solução única mostram que também a moralidade (ou imoralidade) de algo não é uma verdade moral ou que nos faltam ferramentas para determinar se ela é ou não uma dessas verdades (POSNER, CLT, 1997, p. 383).

A moral, para Posner, como vimos no segundo capítulo, é específica a sociedades particulares, não universais. As verdades morais, ao contrário das científicas, são locais. Assim, o aborto será assim considerado se a mãe da criança está em perigo ou se ela não quer ter mais uma filha ou filho, mas isso não quer dizer que a moralidade do aborto seja a mesma em ambos os casos.

Posner entende que é possível mostrar que a prática de uma sociedade é inconsistente com suas premissas. Se isso é demonstrado, e se a sociedade segue propiciando aquela prática, então ela estará agindo imoralmente. E se todas as sociedades tiverem uma norma contra essa prática, aí sim será uma norma moral universal. Posner não nega a existência de norma moral universal, mas apenas que ela é uma construção de verdades locais (CLT, 1997, p. 383). Deste modo, a posição que Dworkin atribui a Posner, de que ele acredita que crenças morais seja apenas questão de opinião, não pode ser sustentada.

---

[213] Posner (CLT, 1997, p. 382).

Dworkin não compreende a questão dessa forma, pois confunde categorias que os filósofos morais levaram anos para distinguir. Para ele, um princípio moral pode ser relativamente abstrato, no sentido de requerer maior elaboração antes de ser aplicado a problemas concretos ou porque incluem alguma especificação de circunstância local. Pode ser simples, no sentido de que pode ser expresso em conceitos gerais que não precisam de qualificação ou elaboração, ou complexidade. Pode o princípio ser também universal, como se estivesse em todo lugar e para sempre, ou pode ser ligado a tempo e espaço específicos. Pode ser objetivamente verdadeiro ou falso. Todas essas são distinções diferentes, mas a discussão de Posner nos confunde. Dworkin acredita que princípios verdadeiros objetivamente podem ser encontrados em todas essas categorias, e esse pensamento não pode ser o que distingue Posner de Dworkin, ou qualquer um que pense que os princípios morais sejam verdadeiros (DWORKIN, RD, 1997, p. 441).

Talvez a rejeição de Posner sobre as teorias morais se dê, para Dworkin, por que Posner acredita que, se os juízes não tem formação filosófica, logo não teriam capacitação para emitir decisões tais quais os acadêmicos da filosofia (POSNER, HT, 2008, pp. 204-229).

De qualquer maneira, diz Dworkin, mesmo juízes que não estudaram filosofia podem adquirir habilidades filosóficas, assim como juízes que não estudaram economia podem entender argumento jurídico que tem base em análise econômica. Em qualquer caso, juízes que não são treinados em filosofia tem opiniões filosóficas que afetam seu trabalho. Posner deve querer dizer que ele mesmo não tem treinamento filosófico formal, mas quase tudo que ele escreve é denso em opiniões e afirmativas filosóficas (DWORKIN, RD, 1997, p. 442) [214].

Segundo Dworkin, isto quer dizer que Posner quer fazer com que os críticos aprovem sua pretensão, mostrando a verdade de, no mínimo, um juiz – particularmente inteligente, que é ele mesmo. Como considerou Rosen ao avaliar os adjetivos dados por Posner ao pragmatismo, "até certo ponto ele [Posner] oferece sua própria personalidade como um substituto para a metodologia [jurídica]" (1995, p. 582)[215]. Se essa é a estratégia,

[214] Nesses termos, adiciona Fried que: "Even if judges have not studied the work of, say, Rawls, Dworkin, or Nozick, some of their law clerks and counsel arguing to them surely have. To the extent that philosophers' arguments have influenced their memoranda, draft opinions, and briefs, that influence is bound to affect the work of the judges. Indeed, it has been one of Posner's complaints that just this chain of influence – from academy to law clerks to judges – is far too powerful" (1998, p. 1744).
[215] Cf. também Noonan (1998, p. 1768), quando diz "Posner does still worship some idols himself".

pode-se concordar que, pela crítica de Dworkin, o buldogue de Posner foi pego na sua própria armadilha antiteórica (DWORKIN, DNB, 2006, p. 75).

3.4 O buldogue e o raciocínio filosófico moral

Vimos até agora que Posner e Dworkin divergem em um ponto crucial e que define o rumo de suas teorias: **a objetividade**. Para Posner, a objetividade jurídica é conversacional, dependente do consenso e tem aspirações científicas, que dão ensejo ao apreço do autor por abordagens interdisciplinares, especialmente de economia e as ciências sociais que possam sustentar de forma mais razoável, o caráter político do processo decisório. Para Dworkin, ao contrário, tal aspiração cientificista não está em seus propósitos para o direito. Ele reconhece a diferença entre as ciências naturais e o empreendimento jurídico, comparando-o à literatura, tendo como ponto forte a busca não por objetividade, mas por coerência, o que envolverá a esfera moral do direito.

Quando Posner diz em *The Problematics of Moral and Legal Theory* que inexiste objetividade moral em razão da existência de muitas "moralidades em competição" e que não há bases morais para escolher entre a moralidade dominante e a dissidente (apesar das afirmativas em contrário do próprio Posner, como vimos anteriormente), pode-se afirmar, nos termos da noção de indeterminabilidade moral esboçado por Dworkin no item 3.1.3.1, que ele está experimentando uma **teoria moral substantiva não-instrumental que ele não reconhece plenamente[216].** Essa teoria é bem diferente do relativismo moral que Posner diz adotar[217], mas explica muito melhor suas várias posições e paixões não assumidas.

Dworkin entende que Posner é o grande buldogue pragmático a atacar a teoria moral. Todavia, seu argumento é ruim pelos seguintes motivos: **i)** está a serviço de um movimento **antiteórico** que é poderoso na vida intelectual americana – a desastrosa visão de ciência que ele contempla é outro exemplo disso[218]. Esse movimento consiste em

[216] Cf. também Nussbaum (1998, p. 1785).
[217] PMT (1998d, p. 1642).
[218] Como vimos, Posner sugere que o "consenso é a única base na qual as pretensões de verdade podem ser aceitas, porque o conceito faz "verdade" e não verdadeiramente força o consenso". Essa visão pós-moderna

chamados vazios para a ação, na perseguição de objetivos que ele mesmo não consegue descrever, nem tampouco justificar; **ii)** embora tente mostrar que tanto pessoas comuns como juízes podem dispensar a teoria moral, seus próprios argumentos caem nessa teoria. Ele falha ao ver essa contradição porque não reconhece a diferença crucial entre filosofia moral e, de outro lado, sociologia moral, antropologia, psicologia, e outros (DWORKIN, DNB, 2006, p. 76).

Para Dworkin, qualquer proposição moral pode cair em domínios intelectuais diferentes. Um deles é a **sociologia moral,** em que se pergunta se a maioria das pessoas no mundo concorda sobre convicções morais importantes e se não, quanto é a diversidade de opiniões. Um segundo domínio é de **antropologia moral**, para o qual serve a questão do que melhor explica como os seres humanos desenvolveram a disposição para fazer julgamentos morais de certo e errado ou se os seres humanos tem capacidade de perceber campos especiais da moral, ou estabelecer contato sensorial com elementos morais que estão "fora" no universo, ou ainda o que melhor explica a opinião que as pessoas têm. Um terceiro domínio é a **psicologia moral**, que indica o que leva as pessoas a mudarem sua opinião moral quando esta está formada, ou a desenvolver novas opiniões e o quão longe podem argumentos ou outras induções levantar a opinião das pessoas sobre algo ser certo ou errado. O quarto e último domínio, a **filosofia moral**, é o da própria moralidade em si. Pergunta se, por exemplo, a clitoridectomia é errada e, se é errada em todos os lugares ou em lugar nenhum, ou apenas em culturas sem certas tradições ou circunstâncias especiais.

É assim, possível para Dworkin, que alguém acredite consistentemente que a clitoridectomia foi aceita em muitas culturas, que foi rejeitada em muitas outras, que reflete apenas necessidades econômicas diferentes, que nenhum argumento mudará a visão de outras pessoas sobre a prática ou que a prática é moralmente odiosa em todos os lugares (DWORKIN, 2006, pp. 76-77).

Na opinião de Dworkin, em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Posner cita situações de diversidade moral a novos conhecedores de explicações evolucionarias de altruísmo e outras atitudes morais. Para Dworkin, não seria necessário que Posner repetisse tantas vezes que aos "moralistas acadêmicos" que cita e que as sociedades e indivíduos tem opiniões morais diferentes. Posner parece desavisado da necessidade de mostrar como essa sociologia, antropologia ou "ficção científica" surtem efeitos na sua "tese forte", a qual é

---

de ciência é apresentada hipoteticamente, mas as repetitivas pretensões de Posner de que a diversidade de opinião demonstra falta de verdade objetiva pressupõem essa visão.

uma pretensão substantiva de moralidade, ou nas várias posições morais substantivas, incluindo o relativismo moral que ele mesmo endossa (DNB, 2006, p. 78).

Ele poderia assumir, diz Dworkin, que os fatos sociológicos e as especulações antropológicas que oferece carregam em si alguma posição moral relativista ou anti-objetivista. Mas Posner deve saber que os escritores que ele critica não aceitam essa ideia de que os fatos carreguem por si próprios valores intrínsecos e que, portanto, ele deveria ter tentado explicar isso e defender essa posição, já que quer chamar atenção para a visão dworkiniana[219]. Dworkin explicou em *Objectivity and Truth: You'd better believe it*, porque esse tipo de afirmativa é um erro e porque o único tipo de argumento que poderia suportar uma posição de moral substantiva, incluindo aqueles posicionamentos que Posner se diz atraído (como o da indeterminabilidade), seja um argumento moral (v. item 3.1.3.1). Mesmo o ceticismo interno, para Dworkin, guarda um posicionamento normativo substantivo enraizado (DNB, 2006, p. 78).

O objetivo oficial de Posner não é a moralidade, com a qual ele diz que concorda, mas algo que, como vimos, ele chama de "**teoria moral**" (PMT, 1998d, p. 1638). Segundo Dworkin, ele acha que a diferença entre julgamento moral ou raciocínio que ocupam as pessoas comuns, e teoria moral, que afeta apenas a um pequeno grupo acadêmico, é uma diferença de tipo. Mas essa diferença, para Dworkin, só pode ser defendida até certo limite.

Dworkin nos apresenta a explicação que segue: as pessoas, em geral, usam o raciocínio moral como resposta a suas incertezas e vulnerabilidades em suas convicções morais. Muitas pessoas têm opiniões iniciais ou intuitivas sobre questões morais ou políticas, como é o caso do aborto. No entanto, não necessariamente se preocupam com o prestígio filosófico dessas opiniões ou se elas são apenas "projeções" de emoções de um mundo moral "neutro", tal qual o pretendido por Posner[220]. Mas, afirma Dworkin, muitas pessoas se preocupam com a solidez de suas convicções. São pessoas moralmente responsáveis, e seu interesse no raciocínio moral é uma consequência natural de seu **senso de responsabilidade**. Querem refletir suas convicções e se satisfazerem de que elas não são inconsistentes com os princípios mais gerais ou ideais que endossaram em outras ocasiões (DNB, 2006, p. 79).

---

[219] Posner (PMT, 1998d, p. 1640).

[220] De acordo com a crítica de Noonan, essa "neutralidade" Posner é matizada. Ele não é niilista, não amoralista. Ele tem a sua própria moral neoliberal (1998, p. 1770). É o que observamos ao longo deste trabalho.

É verdade, concede Dworkin, que há quem seja impaciente com reflexões desse tipo. São pessoas que sabem o que pensam e não querem ser importunadas com sugestões que entendem inconsistentes. Eles não se vêem psicologicamente dispostas a adotar uma "teoria" e Posner é uma dessas pessoas[221].

Contudo, como Dworkin pondera, Posner não pode negar as afirmações das pessoas reflexivas. Dizer, como Posner afirma no item 2.2.2, que a existência de dissenso comprova a falha da teoria moral é muito pouco para provar a sua inutilidade (DWORKIN, DNB, 2006, p. 80).

Pessoas reflexivas, na visão de Dworkin, querem satisfazer a si próprias. E também querem satisfazer outras pessoas, cujos interesses são afetados pelo que elas fazem e que tem papel de teste de convicção e integridade. Então elas tentam explicar suas convicções de forma que mostrem reflexão, sinceridade e coerência, mesmo quando não tem esperança de converter outros às suas convicções. Não querem construir uma filosofia moral ou política, como o utilitarismo ou o kantianismo antes de acreditar ou decidir qualquer coisa de suas vidas. Elas iniciam com um problema particular, e com razões para se preocupar se podem defender suas razões contra as objeções arbitrárias e inconsistentes com suas próprias convicções (DWORKIN, DNB, 2006, p. 80).

É o senso de responsabilidade que dita o quão geral será a "teoria" que essas pessoas construirão. Quando a sua responsabilidade é muito grande (como é para os políticos), explica Dworkin, eles podem entender apropriado testar suas reflexões perante ideias mais compreensivas e desenvolvidas por outras pessoas, incluindo filósofos e morais, que devotam muito tempo se preocupando sobre as questões humanas. Contudo, tais pessoas **não buscam nessas ideias respostas definitivas**, mas tão somente testes rigorosos para suas convicções e definir uma direção teórica que possibilite seguir retrabalhando suas opiniões de uma forma mais acurada (DWORKIN, DNB, 2006, p. 80).

Como disse Kronman sobre este mesmo texto polêmico de Posner, a filosofia moral não é um substituto dos hábitos sociais, mas muitas vezes é a única maneira pela qual uma pessoa pode compreender claramente a circunstâncias materiais e sociais necessárias para uma educação de sucesso moral em sua comunidade e, portanto, muitas

[221] Cf. Posner (HT, 2008, p. 61). Como Dworkin apontou em outra oportunidade "[…] Posner declares, as a matter of a priori psychological dogma, that moral arguments, no matter how sound or powerful, never convince anyone not already convinced anyway, so that unless moral philosophers are "dilettantes" who don't care whether their work has any practical consequences, they are wasting their time" (2000, p. 06).

vezes a única forma de preservar para as próximas gerações a possibilidade de receber uma educação desse mesmo tipo (1998, p. 1758).

Ademais, ao rejeitar o papel das teorias morais no direito por considerá-la abstratas e metafísicas, Posner também descarta a filosofia moral enquanto ferramenta pragmática para transformação das instituições existentes, costumes e normas sociais.

Sem um papel para a teorização filosófica, o pragmatismo de Posner garante menos oportunidades para a crítica e reconstrução das práticas insatisfatórias, as duas principais características da abordagem pragmática clássica[222], e envida mais oportunidades para a afirmação e aceitação do *status quo*[223].

O mesmo se pode dizer com a exclusão da filosofia abstrata. Ainda que tenha o papel de "limpar o terreno", como o próprio Posner considerou anteriormente (v. item 2.2.3.2), a filosofia sempre abrigou ambições maiores do que simplesmente arrumar os argumentos "bagunçados" das pessoas, e se essas ambições são mais do que vaidade pura, algo de valor é sacrificado ao se abjurar a filosofia.

Ao contrário do que pretende Thomas Grey, como visto no primeiro capítulo, a questão sobre se é possível libertar o direito das teorias filosóficas deve ser reformulada para saber se é possível "fazer" o direito sem especularmos o que significa, por exemplo, prender um viciado em heroína, sem decidir sobre a relação entre compulsão subjetiva e responsabilidade[224].

Em suma, a concepção de teoria moral leva o pragmatismo jurídico de Posner a sérios problemas, especialmente, quando trata de orientar os fins que devemos adotar no processo decisório, fazendo com que ele se torne meramente questão de opinião política. E não é isso que se espera dos juízes, pois, do contrário, deles não necessitaríamos, mas apenas de legisladores bem informados.

3.4.1 Duas faces da mesma tese moral de Posner: o liberalismo disfarçado

[222] Como disse Tamanaha "[...] Recall, however, that James and Dewey insisted that abstractions, generalizations and theories are 'essential' to organizing experience and knowledge. Their point was that abstractions should be judged by their instrumental value, and they cautioned against assigned abstractions a higher status than the empirical reality to which they referred" (1996, p. 332).
[223] Cf. no mesmo sentido Sullivan e Solove (2003, pp. 701-702).
[224] Cf. no mesmo sentido Luban (1996b, p. 49-56).

Posner estabelece duas teses em *The Problematics of moral and legal theory*. A **tese forte**, de que nenhuma teoria moral pode dar uma "base sólida" para um julgamento moral, e a **tese fraca**, segundo a qual, ainda que a teoria moral forneça uma base sólida para alguns juízos morais, não deve ser utilizada como base para decisões judiciais (PMT, 1998d, p. 1639).

À semelhança de sua definição sobre o **problema da indeterminabilidade jurídica** enquanto proposição substantiva, verificada no item 3.1.3.1, Dworkin diz que a **tese forte** de Posner é um julgamento moral do tipo teórico, pelo que se pode inferir qualquer tipo de pretensão moral que garantir uma "base sólida" para outra pretensão, será, por si mesma, uma questão moral (DNB, 2006, p. 82).

Para Dworkin, Posner poderia defender sua tese forte apenas com uma teoria moral substantiva própria, tal como o niilismo moral, que pretende que nada é moralmente certo ou errado. Mas Posner se nega a ser descrito como niilista (PJ, 2007b, p. 87). Ele se descreve como relativista moral, que acredita que há pretensões morais válidas, nomeadamente aquelas que encontram o "critério de pronunciar uma pretensão moral válida" (Posner, PMT, 1998d, p. 1642).

Porém, diz Dworkin, Posner não tem sucesso em estabelecer uma versão coerente de seu relativismo. E nem mesmo uma forma minimamente plausível de relativismo, entendida como teoria moral substantiva e não como um pedaço de sociologia moral poderia justificar a tese forte de Posner, segundo Dworkin.

Para ele, mesmo que esse relativismo de Posner fosse verdadeiro, então "o código moral particular de uma cultura" daria uma "base sólida" para as pretensões morais daquela cultura. Se fosse assim, muitos relativistas aceitariam como garantidores de uma base pelo menos de parte das pretensões dos filósofos que formulam argumentos morais (DWORKIN, DNB, 2006, pp. 82-83).

Deste modo, conclui Dworkin, Posner não oferece defesa para sua tese forte. Boa parte de seus escritos é levada por uma pretensão diferente: de que nenhuma teoria moral universal pode persuadir alguém a aceitar um julgamento moral que já rejeitava (POSNER, PMT, 1998d, pp. 1640-1642).

Dworkin diz que concorda que nenhum argumento ou teoria moral podem persuadir alguém a não ser que encontre algo em que se fixar em sua imaginação[225]. E a imaginação pode tomar muitas formas, o que demanda uma avaliação de integridade ética e moral. As pessoas querem que suas vidas mostrem suas convicções, e eles querem que suas convicções sejam verdadeiras. Isso é suficiente para explicar os diferentes níveis de reflexão, e mesmo diferentes tipos de teoria moral. Desejam, enfim, uma visão íntegra e coerente de como viver, e isto explica porque a melhor filosofia moral tem sobrevivido por milênios (DWORKIN, DNB, 2006, p. 83).

Quanto à **tese fraca** de Posner, Dworkin diz que ele ignora mais uma vez a relação entre moralidade e direito. Se o pragmatismo que ele endossa não exige que os juízes decidam moralmente os casos difíceis, então é claro que não se exige que consultem teoria moral. Mas se se depara com questões morais, seria um erro, tal como avisar alguém que tem dificuldades com álgebra resolver o problema com um abridor de latas, dizer aos juízes para resolverem essas questões com história, política ou economia ou qualquer outra técnica não-moral (DNB, 2006, p. 84).

É certo que Posner admitiu, posteriormente, que pode parecer que o juiz movido repentinamente ao domínio da teoria moral (PMT, 1998d, p. 1696). De fato, em muitas oportunidades, Posner concede que os juízes que decidem grandes questões constitucionais frequentemente fazem decisões controversas de princípios morais. Também declara que eles devem, fazê-lo e até mesmo lhes diz quais teorias morais eles devem confiar. É o caso de aborto, em que afirmou que os juízes da Suprema Corte deixaram de lado a questão moral e não foi capaz de equilibrar os custos morais (PMT, 1998d, p. 1703; v. item 2.5).

Na visão de Dworkin, ao contrário do que pensa Posner na decisão do caso *Roe*, a Corte não abandonou a questão moral sobre se os estados deveriam respeitar a autonomia individual em questões de moralidade pessoal. Não decidiu dessa forma sem antes decidir outra questão moral: se o feto teria ou não interesses que merecem proteção constitucional, porque a questão não poderia ser estruturada em termos de autonomia individual se direitos fundamentais de outros estivessem em debate (DWORKIN, DNB, 2006, p. 86).

---

[225] Noonan também concorda com esse argumento de Posner, segundo o qual não se pode convencer um adversário de sua ideia por outro argumento. Mas, por outro lado, pode-se pedir ao outro "olhar" com mais atenção, para "ver" o seu argumento. Posner nega que isso possa acontecer, sugerindo que a mera visão não vai mudar nada, se suas intuições já estão intrinsecamente em desacordo com a do outro falante. No entanto, "ver", porém, é mais do que um segundo "olhar" (1998, p. 1774).

Posner, no entanto, esconde seus apelos à teoria moral. Ele declara que suas convicções sobre moralidade política, incluindo suas próprias convicções sobre democracia, não são completamente julgamentos morais: são apenas, como diz, sobre o processo decisório ou político. Por exemplo, em uma questão sobre segregação racial[226], a Corte não precisaria publicar uma dissertação sobre o entendimento kantiano da igualdade humana é superior ao de Bentham, ou sobre qualquer outro tópico filosófico.

Mas isso também não ocorre para Dworkin. Em sua opinião, seria necessário apenas que a Corte colocasse algum princípio identificando o tipo de igualdade que a cláusula de igual proteção deve abarcar, "um princípio que fosse aceito pelos juízes em suas outras implicações" (DWORKIN, DNB, 2006, p. 88)

Posner está ciente de que os juízes que decidem casos difíceis lidam com decisões controversas de princípios morais. Embora negue que seu pragmatismo tenha essa função, ele chega até mesmo a oferecer quais princípios morais se deveria confiar, como no caso da eutanásia[227]. Ele declara que convicções sobre moralidade política não são julgamentos morais no todo: são apenas sobre o "processo político ou jurídico" (POSNER, PMT, 1998d, p. 1701).

Mas essas convicções não são políticas nem no sentido descritivo, segundo Dworkin.. Como ele afirma, **são pretensões normativas** sobre como instituições jurídicas e políticas devem atuar. Não são julgamentos sobre a melhor forma de alcançar ou estipular um fim social, mas **pretensões altamente controversas sobre quais fins sociais a serem perseguidos**. São julgamentos morais sobre como os Poderes do Estado devem ser distribuídos e exercidos e quando esses Poderes devem ser limitados em face do respeito de direitos morais individuais (DWORKIN, DNB, 2006, p. 87).

---

[226] PMT (1998d, p. 1701). Dworkin oferece, como exemplo, a abordagem de Posner sobre o caso *Brown vs. Board of Education* realizada em *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Posner disse que a corte decidiu em bases não-morais da psicologia, segundo a qual a "segregação prejudica a auto-estima dos negros". Mas esse argumento não-moral pressupõe a igualdade política entre negros e brancos, e essa mesma discussão é uma controvérsia moral importante. Ele (Posner) disse que os princípios morais citados em Brown eram de grande consenso. Mas ele dá um exemplo de que o "governo deveria ter uma boa razão para alocar os benefícios no fim das questões raciais, e concede que é controverso se negros são politicamente inferiores aos brancos para, ao final, abandonar sua afirmação de que juízes devem declinar de fazer julgamentos morais controversos em casos constitucionais, adicionando que a Corte deveria simplesmente ter declarado que todos sabiam que a cláusula de igual proteção deveria ser usada para prevenir segregação racial (DWORKIN, DNB, 2006, pp. 87-88).

[227] Posner (PMT, 1998d, pp. 1700-1702). Posner argumenta, aqui, que a Suprema Corte deveria ter votado a favor da legislação contra a eutanásia porque, dado o equilíbrio entre o poder da questão na nação, os valores da democracia estariam melhor servidos se permitido que a batalha pela eutanásia fosse realizada no âmbito da política, assim como propôs no caso do aborto.

Para Dworkin, toda esta confusão teórica se dá porque Posner preferiria que as decisões judiciais fossem fundamentadas em algoritmos ou na ciência, de modo que elas poderiam sempre ser "**resolvidas pelo consenso**". Mas, para Dworkin, por pior que isso possa parecer, os juízes sempre se depararão com questões morais, e recusar a teoria moral não transformará tais questões difíceis em matemáticas ou científicas (DNB, 2006, p. 88).

Pode-se afirmar, ainda, que a própria adoção de um consequencialismo de regras (v. item 3.4.2.1 infra) também aproxima Posner de uma teoria moral substantiva, que é o **liberalismo**[228]. Posner indica sua afeição ao liberalismo clássico em *Overcoming Law*, ao adotar o posicionamento de John Stwart Mill. Segundo ele, o liberalismo está relacionado a uma das versões da economia normativa, que define como mudança eficiente aquela que melhora a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém. Tem também uma relação prática com a ciência econômica, tão elogiada por Posner: facilita o funcionamento do livre mercado, criando condições para a liberdade pessoal e a prosperidade econômica. Fomenta as trocas de informação de que depende o progresso científico e tecnológico (POSNER, OL, 2009, pp. 25-26).

Posner considera, entretanto, que o liberalismo não é uma filosofia completa do Estado e do direito; falta-lhe definir níveis ideais de tributação e clareza sobre a legitimidade de se "comprar" em nome da paz e da sociedade, políticas paternalistas, entre outros (OL, 2009, p. 27).

Seus limites são imprecisos, não obtendo, segundo Posner, "maior sucesso que a ciência econômica ao lidar com questões categóricas tais como o aborto, em que a determinação do caráter 'autorreferenciado' [isto é, que não cause danos palpáveis a outros indivíduos] de um determinado ato depende do indivíduo ser considerado ou não membro da comunidade" (OL, 2009, p. 28).

No entanto, em casos que tratam de direito penal, como é o caso do flagrante preparado, pode se pensar que, se o réu não fosse induzido ao crime, não o teria cometido, devendo, portanto, ser absolvido no processo criminal. Assim sendo, para Posner, o liberalismo exige que o Estado "deixe as pessoas em paz" (OL, 2009, p. 28), o que o leva a

[228] Como indica Atiyah, é, por exemplo, bastante claro, que o conceito de justiça de John Stwart Mill apoia-se sobre as considerações sistêmicas associadas ao utilitarismo de regras, segundo o qual a conformidade do ato com uma regra ou princípio tende geralmente a produzir os melhores efeitos globais (1980, p. 1265). O liberal clássico é aquele que acredita na tolerância e na diversidade, ao mesmo tempo em que sustenta que o Estado deve se manter neutro em escolhas individuais substantivas.

concluir que o "**liberalismo e pragmatismo combinam bastante um com o outro e [...] com a economia**" (OL, 2009, p. 31).

Outra prova de seu comprometimento teórico com o liberalismo está no prefácio de *Law, Pragmatism and Democracy*, em que afirma que "o liberalismo pragmático, com a sua compreensão desiludida da natureza humana e seu ceticismo sobre o efeito restritivo das teorias jurídicas, morais e políticas sobre as ações dos juízes, enfatiza os constrangimentos institucionais e materiais na tomada de decisão pelos juízes em uma democracia" (POSNER, LPD, 2003a, p. I).

Logo, embora Posner rejeite a busca por essencialismos metafísicos de um lado, de outro, seu comprometimento político com a visão liberal clássica o remete às ideias modernas de que a essência do mundo possa ser descoberta com as palavras-chave do liberalismo e a orientação experimental das ciências econômicas[229].

Posner tem, portanto, sua própria teoria moral substantiva. E, como se vê da crítica de Dworkin, a explicação de Posner dada para sua tese fraca é, na verdade, mera camuflagem para sua própria teoria liberal conservadora.

Mesmo o relativismo moral de Posner é contraditório, sugere Dworkin, posto que rejeita a visão vulgar do relativismo moral quando a sua consequência é a simples aceitação do que se passa na cultura particular. E isso ocorre quando Posner mostra sua simpatia ao subjetivismo moral: alguém que rejeite o código moral de sua própria comunidade não é "moralmente errado" porque não "há verdades morais transculturais[230]". Mas, critica Dworkin, um relativista rejeita a necessidade de verdades morais transculturais para tornar julgamentos morais válidos. Posner parece ter percebido essa contradição e tenta reparar o argumento, ao dizer que normas morais válidas se referem não à comunidade de pessoas, mas a um único indivíduo[231]. Mas na outra página ele nega que ele "é um relativista moral que no sentido 'aceita tudo' descrito como subjetivismo moral[232]", caindo novamente em contradição.

---

[229] Em análise de *Overcoming Law*, Minda comparou o objetivo de Posner com o que Mill fez ao utilitarismo: tornar o pragmatismo mais útil. Só que, para isso, precisaria rejeitar os elementos fundacionais do direito, como "liberdade", algo que não está na obra de Mill. Dessa forma, ao seguir os passos deste, Posner volta, ainda que não assuma, para os fundamentos que ele deseja superar. (MINDA, 1995a, p. 378).
[230] Cf. Dworkin (DNB, 2006, p. 89).
[231] Posner (PMT, 1998d, p. 1643).
[232] Posner (PMT, 1998d, p. 1642).

3.4.2 O buldogue darwiniano adaptado

Posner declara em *The Problematics of Moral and Legal Theory* que o relativismo sugere uma concepção de **moralidade adaptacionista**, na qual a moralidade é julgada (não-moralmente) por sua contribuição para a sobrevivência ou outros fins sociais (PMT, 1998d, p. 1641). Seu raciocínio sobre a **moral** procura provar ser esta um processo **interminável e frustrante**, levando a um aumento pequeno do consenso e determinante da objetividade jurídica que, em qualquer caso, todas as intuições que são necessárias para fazê-la evoluir podem ser explicadas satisfatoriamente sob fundamentos amorais, ou às vezes evolutivos[233]. Mas como uma "concepção adaptacionista" de moralidade poderia ser não-moral?

Para Dworkin, não podemos avaliar a moralidade perguntando *se ela ajuda* a sociedade a sobreviver, pois a moralidade adotada pela sociedade pode determinar a forma *pela qual* ela sobrevive. Nem a referência a "outros fins" ajuda o argumento de Posner. Apenas se eles forem incontroversos em uma determinada sociedade é que a analogia funcionará. Mas é claro que não são incontroversos na nossa comunidade: ao contrário, **nossos argumentos morais mais controversos são aqueles sobre quais fins temos a perseguir** (DNB, 2006, p. 91).

Posner disse que nosso fim último seria tornar as pessoas mais ricas, quando estava no ápice da primeira geração da AED. Diante de sua "virada pragmática", Posner concorda que isso foi um engano, mas **não oferece um substituto para fins sociais anteriormente estabelecidos, especialmente a maximização de riqueza**. Então se pode dizer que Posner também **não faz uma teoria moral padrão**, pois deixa a sua concepção sem um fim a ser perseguido (Dworkin, DNB, 2006, p. 91).

Para Dworkin, **Posner se depara com o dilema pragmático padrão**. Os pragmatistas argumentam que qualquer princípio moral pode ser afirmado apenas contra o padrão prático: adotar o princípio torna as coisas melhores. Mas, se eles estipulam **um fim**

[233] Cf. Fried (1998, p. 1749).

social qualquer, eles subestimam essa pretensão, porque o **fim social** não pode ser justificado instrumentalmente sem uma arguição circular[234] (Dworkin, DNB, 2006, p. 91).

Em adição a Dworkin, Jeremy Waldron, coloca que, uma vez que Posner adota uma visão que diz que a finalidade primária do direito é "fazer as coisas melhores", deve igualmente ser capaz de nos oferecer uma maneira de argumentar sobre **o que significa** esta "**melhoria**" (quando houver desacordo sobre isso) e um modo de discutir sobre questões de distribuição e justiça para os casos em que "fazer as coisas melhor" para algumas pessoas signifique tornar as coisas piores para outras (2000, p. 601).

Assim sendo, Dworkin reafirma a sua crítica de que o pragmatismo é uma teoria vazia: encoraja a visão para o futuro na busca de um futuro que ele mesmo não consegue descrever.

No entanto, o **darwinismo** oferece uma nova esperança ao pragmatismo[235], na opinião de Dworkin. Assim, inclinações naturais podem ser consideradas mais sábias e as metas que elas nos direcionam podem ser afirmadas como apropriadas, a não ser que sejamos persuadidos de que nossas assunções irrefletidas são baseadas em informações factuais falsas. Esse **pragmatismo darwiniano é uma atitude moral substantiva**, porque pressupõe que certos tipos de vidas humanas e certos estados da sociedade humana sejam intrinsecamente superiores a outros. É instrumental apenas no sentido que propõe meios particulares para identificar e alcançar esses estados. O instrumentalismo não faria sentido para maiores assunções de que há estados de vida intrinsecamente superiores da natureza a descobrir, isto é, que esses estados não são superiores apenas porque eles são o que a natureza, corrigida por erros factuais, produz (DWORKIN, DNB, 2006, p. 92).

A afirmação de que o pragmatismo darwiniano é a intuição de Posner e resolve todos os mistérios descritos acima por Dworkin. Isso explica sua relutância em condenar qualquer coisa como imoral ou que pareça expressão natural das convicções morais. Posner está mergulhado no espírito do relativismo, que nos instrui a respeitar os códigos

---

[234] O posicionamento de Dworkin está correto ao afirmar que temos de justificar os fins que selecionamos para orientar nossos julgamentos, adequando-se até mesmo aos pressupostos do pragmatismo defendido pelos autores clássicos mencionados no primeiro capítulo desta dissertação. Ademais, uma vez que os cidadãos não votam em cada questão como membros do legislativo, e que estamos ligados por uma Constituição que circunscreve nossa legislação ordinária, é importante que os juízes demonstrem a legitimidade dos princípios, fins e ideais que invocam. Para fazer isso, eles precisam explicar duas coisas: i) porque acreditam que um conjunto de fins sociais oferece a melhor explicação de nossas práticas atuais e do que somos como povo, e; ii) quais as implicações dessa explicação para resolução dos problemas que enfrentamos e nossas escolhas sobre quem somos. Cf., a propósito, Sullivan e Solove (2003, p. 697).

[235] Em *How Judges Think*, de 2008, Posner dirá que a alternativa pragmática se relaciona ao darwinismo e a ascensão do olhar científico como modo de entendimento e controle (HT, 2008, p. 234).

morais à força, mas não por sua condenação ao impulso natural de chamar código morais que diferem dos nossos de errados ou corretos (DWORKIN, DNB, 2006, p. 92).

A **hipótese darwiniana** de Dworkin explica porque Posner não consegue resistir a nenhum ceticismo quanto à moralidade: ele entende que a moralidade tem sua força natural evolutiva enquanto se sentir como a própria moralidade. Então declara que há uma questão local sobre pretensões morais, da mesma forma que discutir sobre a temperatura de uma cidade, e que é um relativista moral. Contudo, ao mesmo tempo é cauteloso com qualquer justificação instrumental sobre a moralidade que as pessoas adotam e então, páginas depois, insiste que está entrando no realismo que ele mesmo abraça. Explica a diferença entre o raciocínio moral inarticulado por ele proposto e o "moralismo acadêmico", no sentido de que o primeiro é natural, enquanto o segundo é intervencionista e perigoso (DWORKIN, DNB, 2006, p. 93).

Entretanto, como afirmou Dworkin, seus argumentos mostram justamente o contrário: que a teoria moral não pode ser eliminada, e que a perspectiva moral é indispensável, mesmo para o ceticismo ou o relativismo (DNB, 2006, pp. 93-94).

3.4.2.1 A inescapabilidade do consequencialismo de regras

Vimos no item 2.4.2.1 que, para Posner, embora o formalismo jurídico e o pragmatismo jurídico sejam opostos, o juiz pragmático, em algumas circunstâncias, pode decidir adotar uma retórica formalista em suas decisões, abraçando-a como uma **estratégia pragmática e não apenas como uma retórica pragmática** (LPD, 2003a, p. 19). Ao indicar que o juiz pragmático deve se pautar não apenas pelas consequências específicas, mas também pelas consequências sistêmicas, que incluem respeito pelas normas e precedentes que compõem o sistema jurídico, Dworkin diz que Posner, na verdade, adota uma estratégia de **consequencialismo de regras** (DNB, 2006, p. 101).

O consequencialismo de regras[236] significa a utilização de técnicas formalistas a casos específicos, em favor do grande-retrato do pragmatismo, a fim de manter a

[236] Em certa medida, o "consequencialismo de regras" se assemelha ao "utilitarismo de regras" a que Posner aludiu também no item 2.4.2.1, o qual estipula que uma ação será correta se determinada ou permitida por uma regra, em que a regra, se obedecida por todos a quem ela se aplica, terá as melhores consequências (ou

previsibilidade do direito ou a integridade institucional do Judiciário. Tal estratégia pressupõe que as pessoas produzam as melhores consequências no longo prazo, ao seguirem uma regra cuidadosamente construída pelo legislativo, produzindo, daí, as melhores consequências ao longo do tempo (POSNER, LPD, 2003a, p. 69).

Esse "consequencialismo de regras", sob o olhar de Dworkin, dá um argumento para não julgar as consequências caso a caso, mas para decidir de acordo com as regras fixadas pelo legislador[237]. Mas Posner propõe algo diferente: um processo híbrido no qual os juízes decidem avaliando as consequências, mas adotando a regra que lhes pede para que se extraiam as "melhores consequências", as quais não lhe cabem definir (DWORKIN, DNB, 2006, p. 102).

Conquanto o pragmatismo jurídico esteja "na ordem do dia" para Dworkin, uma vez que os juízes discordam sobre o valor relativo das diferentes consequências possíveis de suas decisões, "dizer-lhes para decidir sopesando as consequências é um convite para decidir sem direito" (DNB, 2006, p. 103).

Assim, em casos difíceis como o caso *Roe*, o pragmatismo não ajuda simplesmente dizendo que o juiz deve pensar sobre as consequências. Estas consequências são inescapáveis ao juiz, quer seja ele pragmático, quer não. O ponto nevrálgico da controvérsia não é pensar, mas **como julgar essas consequências** (DWORKIN, DNB, 2006, p. 103). Não basta dizer que a avaliação será dada por preferências pessoais e de políticas públicas. Isso seria o mesmo que retroceder ao problema da discricionariedade judicial já levantado pelo positivismo jurídico, com o qual Dworkin longamente já havia debatido em sua obra[238]

Para Dworkin, o pragmatismo de Posner é, portanto, irresponsável. Isto porque ninguém mais supõe que juízes decidam por meio de um método algorítmico que leve a um processo formal e lógico de "*uma única decisão correta*", utilizando apenas os materiais canônicos de decisão judicial, como leis, texto constitucional e precedentes. É certo que os juízes devem levar em conta as consequências de suas decisões em

---

pelo menos as melhores consequências), comparada com qualquer outra regra que regule o mesmo ato (HARRIS, 2004, pp. 43-44). Cf. também Cantu, quando diz que "Posner directs that although the purpose of rules is to truncate inquiry and curtail judicial *consideration* of consequences, judges should consider the consequences of not considering consequences before deciding whether or not to consider consequences" (2010, p. 14).

[237] Como Fish também coloca, as regras, de acordo com Posner, em vez de constranger os juízes, oferecem-lhes a oportunidade de se envolver em atividades de temperamento preferenciais, permitindo-lhes tanto limitar como ampliar o olhar judicial (1990, pp. 1447-1450).

[238] V. especialmente capítulos 01 e 02 de *Levando os Direitos a Sério*.

consideração, mas eles podem fazê-lo **direcionados por princípios do direito** como um todo, princípios que decidem quais consequências são relevantes e como essas devem ser sopesadas, mais do que suas próprias preferências políticas e pessoais (DWORKIN, DNB, 2006, p. 104).

Como Dworkin argumenta, o juiz não deve simplesmente reconhecer que goza de um poder discricionário quase legislativo como propõe Posner, mas sim trazer o processo decisório para uma vasta rede de princípios de derivação coletiva ou de moralidade política.

Em suma, o apelo coxo de Posner a um suposto consenso judicial sobre valores importantes confirma que seu pragmatismo jurídico é, ao final, vazio de substância, quando diante de um choque de valores (DWORKIN, 2000, p. 07). Nas palavras de Dworkin:

> "[...] Sem dúvida alguma divisão do trabalho intelectual é necessária; no entanto, Posner pode optar por concentrar o seu trabalho acadêmico sobre as questões empíricas que melhor se adaptem a seu gosto. Quando ele [Posner] não é movido por sua fúria anti-intelectual, ele é um comentador perspicaz sobre os fenômenos jurídicos e sociais, um desmistificador útil da escala da esquerda e da direita, e um porta-voz do prolífico e interessante para a cultura jurídica" (2000, p. 08).

3.5 Posner: o buldogue que ladra, mas não morde a filosofia moral

Posner tem consciência de que seu desacordo com Dworkin não seja meramente paroquial, sendo de grande interesse a respeito do tema pragmatismo x filosofia moral como guias do processo decisório. Além disso, entende que o debate é importante porque revela algo sobre "o nível em que os acadêmicos estão infiltrados na mídia, como de interesse geral em revistas e na Internet" (2000a, p. 1024).

Ele oferece um texto de resposta aos críticos de *The Problematics of Moral and Legal Theory*, especialmente Dworkin. Entretanto, tal texto não oferece argumentos teóricos tão profundos quanto os ofertados por Dworkin, como se verá a seguir.

Dworkin, segundo Posner, diz que a proposta relativa aos juízes usar a teoria moral para decidir os casos poderia causar desconforto se substituída a "teoria política" por "teoria moral"; Dworkin teria apontado, na leitura de Posner, que "a teoria política e a

teoria moral são similares". Na verdade, diz Posner, a proposta de Dworkin é equivocada, pois poderia causar desconforto se ele argumentasse politicamente ao invés de em termos morais, isso é, se ele soubesse que Dworkin estivesse postulando às Cortes para realizar sua agenda de política liberal de esquerda (RPMT, 1998c, p. 1799).

Essa crítica de Dworkin implica, na opinião de Posner, acreditar que o pragmatismo possa resolver os desacordos morais entre os campos pró-vida e pró-escolha no aborto, por exemplo. Ao contrário, diz Posner, o pragmatismo reconhece que os desacordos morais são insolúveis e espera usar esse reconhecimento como ponto de partida quando decide o que significa debater sobre o aborto, e se há algum direito, ao final, para ser reconhecido (RPMT, 1998c, p. 1799).

Todavia, como vimos no 3.4.1, Dworkin nada disse a respeito de substituição de teorias; pelo contrário, afirmou que Posner faz parte de um movimento antiteórico norte-americano, e que mesmo quando pede para que os juízes deixem que a sociedade, o legislativo e a política resolvam a questão controversa naturalmente, está, como vimos na crítica de Dworkin, endossando uma afirmação moral normativa, e não meramente descritiva do processo político e jurídico.

Ao deslocar o julgamento do Judiciário para os Poderes Executivo e Legislativo, em razão da indeterminabilidade da questão jurídica, Posner **promove também um julgamento moral**, no sentido de demonstrar como os poderes do Estado devem ser distribuídos e exercidos, e quando estes devem ser limitados em respeito aos direitos individuais.

Posner se propõe a responder alguns argumentos de Dworkin. **O primeiro** deles é que todos raciocinam moralmente e fazem-no, começando com uma intuição e, em seguida, defendendo-a contra outros argumentos, e que tudo o que os "moralistas acadêmicos" fazem é levar este processo de expansão de justificação ou de subida para níveis mais elevados de abstração (v. item 3.4.1). Para Posner, essa não é a forma como o "homem comum" raciocina, pois não faz da filosofia moral sua profissão para chegar a suas opiniões morais.

Posner insiste que os argumentos morais, mesmo quando transmitidos por alguém com as habilidades analíticas como Ronald Dworkin, são frágeis demais para mover as pessoas a oferecerem algumas provas em apoio de sua tese: nem muito frágeis moralmente, mas ao menos frágeis epistemologicamente. Isto não quer dizer que o utilitarismo ou

kantismo, ou qualquer outra posição normativa moral, no todo ou em parte, não sejam sólidos, mas apenas que os argumentos favoráveis ou contrários a tais teorias são muito flácidos para induzir uma pessoa sensível a mudar suas crenças ou comportamento (RPMT, 1998c, p. 1801).

Poucas pessoas de fora do âmbito acadêmico falam no estilo do "moralismo acadêmico" ou podem entender os argumentos dispostos desta forma. Posner diz que, definir uma pessoa moralmente responsável é dizer como uma pessoa se comporta moralmente. Ser moral não é ser reflexivo, nem tampouco estar em tensão, como pretende Dworkin (RPMT, 1998c, p. 1802).

Assim, por exemplo, ainda que muitas pessoas compreendam e sejam movidas pelos argumentos de Dworkin sobre aborto, uma vez que estas pessoas sejam expostas a contra-argumentos, poderiam ser deslocadas de volta para onde eles tinham estado antes de ter contato com o argumento de Dworkin. Cada movimento no argumento moral normativo pode ser verificado por um contramovimento. E, dessa forma, Posner retoma sua concepção de objetividade jurídica, repisando que "**o discurso da teoria moral é interminável porque indeterminado**" (POSNER, RPMT, 1998c. p. 1802).

Mas, como visto anteriormente, Dworkin não sugeriu isso em sua crítica a Posner, o que indica o erro de leitura posneriano. Há, aqui, uma exigência de objetividade moral que Dworkin não oferece e tampouco acha cabível ao empreendimento jurídico. Não se trata de falar em dissenso ou de persuasão por argumentos, mas de coerência dos argumentos jurídicos e morais. Como Dworkin enfatizou, os juízes não precisam publicar uma dissertação sobre se o entendimento kantiano da igualdade humana é superior ao benthaminiano; basta colocar algum princípio identificando o tipo de igualdade que a cláusula de igual proteção deve abranger que assim se dará o julgamento moral (DNB, 2006, p. 88).

O segundo argumento atribuído por Posner a Dworkin é que este tenta refutar o ceticismo moral pragmático, alargando a definição de teoria moral para enquadrar todos os argumentos normativos, de forma que um juiz poderia ter menos argumentos quando evitasse fazer teoria moral (POSNER, RPMT, 1998c, p. 1802). Posner segue em sua contra-argumentação, dizendo que o mais simples argumento normativo, o argumento com referência a fins estipulados, escapa à definição de Dworkin. Esse tipo de argumento, para Posner, não pode ser entendido como moral. Por exemplo, se houver um **consenso de que o objetivo** da lei de acidentes é minimizar a soma dos custos de acidentes e prevenção de

acidentes, deixando os mercados de seguros amenizar os efeitos da riqueza de acidentes, então será possível avaliar a doutrinas do direito impugnado, sem entrar no território da moral (POSNER, RPMT, 1998c, pp. 1802-1803).

Em contrapartida, diz Posner, argumentos de política são onipresentes, mas nada devem à teoria moral. Posner volta a afirmar que o **consenso sobre os fins ou metas** é encontrado em algumas áreas do direito, mas não em todas. **Quando se trata de questões como o aborto e a eutanásia, não há consenso sobre os fins**, e portanto, os problemas devem ser resolvidos pela força, pelas eleições, pelo compromisso, pelo Legislativo, pelos valores pessoais dos juízes, pela opinião pública, pela distração por outras questões, pelas mudanças na crença religiosa ou na demografia ou em tecnologia, considerações de viabilidade, ou apelos emocionais. Enfim, para Posner, a teoria moral não vai jogar um papel essencial na decisão judicial (RPMT, 1998c, p. 1803). O que Posner não concede é que a filosofia moral seja apenas mais um dos domínios do raciocínio humano, conectado indissociavelmente aos outros domínios por ele defendidos, como a sociologia, a antropologia e a psicologia.

Posner diz que Dworkin confunde a questão da moral, dividindo o campo normativo em teoria moral de um lado e "considerações estratégicas e instrumentais" do outro. Mas instrumental e estratégico não são a mesma coisa? Estratégico é um dos totens da teoria dos jogos. **A distinção importante está em raciocinar sobre os fins e raciocinar sobre os meios**. Posner argumenta que raciocinar sobre os meios é mais produtivo e raciocinar sobre os fins é menos produtivo (RPMT, 1998c, p. 1803).

Todavia, como vimos ao longo do capítulo segundo, não raramente o próprio Posner alterna tais expressões ("estratégicas" e "instrumentais") ao tratar do formalismo jurídico, da economia e da aplicação de regras e precedentes. Deste modo, seria desonesto imputar essa crítica a Dworkin quando ele mesmo considera o direito a partir da teoria dos jogos (v. item 3.3.2) e também pela análise econômica do direito, reduzida ao instrumento da análise de custo e benefício (v. item 2.2.3.1 desta dissertação).

Ele se questiona, então, se pode haver uma forma de raciocínio sobre os fins morais, sem usar a teoria moral. Posner acha que não, posto que, para ele, **não há fundamentação sobre os fins**, embora exista uma escolha frequente entre os **fins**, que é determinada, no entanto, por outras coisas que não o "peso" dos argumentos contrários (RPMT, 1998c, p. 1803). Mas Posner não determina o que sejam estas "outras coisas" em sua resposta, o que nos sugere que estas "coisas" correspondem à análise das

consequências sistêmicas e particulares do caso, da manutenção da estabilidade do sistema e de sua ruptura da forma mais amena possível. Mais do que isso, seriam as preferências pessoais e políticas de cada juiz.

Posner continua o debate em um **terceiro** argumento, dizendo que Dworkin argumenta que um relativista moral, admitindo que existam verdades morais (mesmo que seja só local e não universal) também deve conceder um papel, ainda que local, às teorias morais. Mas neste ponto, Posner entende que Dworkin falha ao distinguir o raciocínio sobre os fins do raciocínio sobre os meios. Se existe um consenso dentro de uma comunidade sobre algum princípio moral, então os argumentos sobre a validade do princípio desaparecem, e o problema torna-se apenas correta aplicação do princípio. Porém, Dworkin está interessado, segundo Posner, nas áreas onde não há consenso. O teórico da moral quer adotar os princípios controversos que determinam seu resultado preferido, ou escolhe os princípios sobre os quais há consenso e desenha uma linha arbitrária para conectá-los a esse resultado (RPMT, 1998c, p. 1804).

Este contra-argumento soa um tanto estranho, pois o próprio Posner, ao argumentar sobre a aplicação do pragmatismo face ao formalismo no item 2.4.2, diz que o primeiro só poderá determinar a decisão judicial *algumas vezes*, quando o pragmatismo deverá se render ao formalismo não-pragmático, vestido sob o manto da "estratégia pragmática"[239]. Desse modo, se apenas as áreas onde há consenso, como no formalismo, é que comportam atenção, então o próprio empreendimento do pragmatismo jurídico de Posner estaria prejudicado, posto que atuante apenas na hipótese de dissenso.

Em **quarto** lugar, Posner critica o argumento de Dworkin de que questões morais são inescapáveis na decisão judicial. Avaliando essa premissa, ele diz que nós devemos distinguir três possíveis relações entre a questão moral e um caso concreto: **i)** a questão jurídica deve ter significância moral a alguma parte da comunidade, de modo que, por exemplo, a questão moral dos direitos sobre aborto tem significância moral para as pessoas pró-vida e pró-escolha; **ii)** juízes devem decidir alguns casos sob bases morais; **iii)** juízes devem decidir alguns casos usando os métodos argumentativos do academicismo moral.

Posner diz que alguns princípios jurídicos, como aqueles de direito penal, são formados por opiniões morais da comunidade. Todavia, a aplicação do princípio moral à questão jurídica não pode ser confundida com a tomada de posicionamento em uma

[239] Como afirmou Luban, a diferença prática entre o pragmatismo jurídico e o formalismo jurídico acaba parecendo ser mais de motivação do que de raciocínio jurídico (1996b, p. 45).

questão moral ou o uso da filosofia moral normativa para resolver essa questão. Essa é a relação entre direito e moral que Posner questiona. Para ele, não se encontrará teoria moral em recursos de acusados de estupro ou homicídio, mesmo que a criminalização do estupro e do homicídio seja fundada em princípios morais; e a falta da indicação do princípio moral não é uma perda para o processo decisório (RPMT, 1998c, p. 1804).

Posner volta a afirmar que há falsas questões morais no direito. Ele diz que Dworkin argumenta que, quando os juízes usam termos morais como "justiça", como eles fazem com frequência, eles devem estar usando teoria moral. Mas, diz Posner, como Holmes aponta em *The Path of Law*, a mesma palavra pode ser usada em sentido moral e jurídico, e os dois sentidos não precisam coincidir (RPMT, 1998c, p. 1804).

Posner propõe o seguinte exemplo: suponha que haja na Constituição um artigo que permita o aborto e o Legislativo decide extirpar esse artigo. Um caso que questione essa nova proibição aparece na Suprema Corte. A Corte pode até dar a vitória àqueles que querem a proibição do aborto, mas nem por isso vai resolver a questão moral sobre o aborto; para Posner, ela vai permanecer, independentemente da decisão tomada. Ela estará decidindo a questão jurídica do direito ao aborto, mas não a questão moral sobre tal direito (POSNER, RPMT, 1998c, pp. 1804-1805). O que Posner rejeita, enfim, é que suas visões morais possam ser melhoradas pela imersão em teoria moral, ou que decisões judiciais forneçam respostas corretas a questões morais, como os direitos morais do feto[240] (RPMT, 1998c, pp. 1805).

Mas Posner parece não ter compreendido a explicação de Dworkin. Como vimos no item 3.4.1, para Dworkin, no caso do aborto, a Corte não abandonou a questão moral sobre se os Estados deveriam respeitar a autonomia individual em questões de moralidade pessoal. Não decidiu dessa forma sem antes decidir outra questão moral: se o feto tem ou não interesses que merecem proteção constitucional, uma vez que a questão não pode ser estruturada em termos de autonomia individual se há direitos fundamentais de outras pessoas também em questão (DWORKIN, DNB, 2006, p. 86). No caso da eutanásia, em que Posner também acredita que as Cortes abandonaram a questão filosófica, Dworkin também demonstrou que a manifestação de vários "filosóficos da moral" a respeito do caso

[240] A questão da segregação racial abordada em *Brown v. Board of Education* não era científica ou moral, sustenta Posner, mas política. E o problema de "igual proteção" hoje é que o princípio anti-segregação não funciona em áreas como aborto e direitos dos homossexuais. E a teoria moral também não ajuda nesses casos não tem finalidade em nenhum tipo de caso.

continha várias afirmações morais[241], as quais foram objeto de análise na Suprema Corte norte-americana, o que torna a crítica de Posner sobre os efeitos da filosofia moral nas Cortes também questionável.

Em suma, como o próprio Posner descreveu em *Tribute to Ronald Dworkin*, a **diferença fundamental** entre ele e Dworkin é que este acredita que há algo como *raciocínio moral* e que ele pode guiar os juízes, enquanto ele (Posner), por mais que não duvide que exista algo como "moralidade" e que isso influencia o direito, acredita que o "raciocínio" moral é apenas um nome fantasia para desacordo político (POSNER, TRD, 2007c, pp. 10-11).

À pergunta extraída da crítica de Dworkin sobre como poderia um juiz decidir um caso com outro fundamento que não fosse a sua própria crença no que é a resposta correta para aquele caso[242]Posner respondeu evasivamente: para o juiz, a obrigação de decidir o caso (e com despacho razoável) é primária. Ele não escolhe os casos a decidir, ou a sequência em que eles são apresentados a ele, ou o grau de tempo livre que terá para se debruçar sobre ele (POSNER, 2006, pág. 1054). Isso é algo que os acadêmicos têm dificuldade de entender, uma vez que escolhem os temas sobre os quais vão falar e não os abandonam deles até que estejam satisfeitos com que esteja tudo a contento (POSNER, TRD, 2007c, p. 12; HT, 2008, p. 249).

Posner disse que, como juiz, já sentiu que em alguns casos em que teve de oferecer decisões de "vida ou morte", estava "patinando no gelo", mas que não se poderia dar ao luxo de decidir até que uma máxima certeza lhe surgisse (HT, 2008, p. 251). E, ainda que a investigação empírica endossada pelo pragmatismo não resolva completamente os debates sobre valores morais, pode auxiliar os juízes quando a **comunidade atingir consenso** sobre os fins que deseja perseguir, embora não haja um método ótimo para alcançá-los.

No grau recursal em que Posner atua, diz ele que os juízes concordam sobre algumas premissas das decisões (por exemplo, que a finalidade do direito contratual é proporcionar a eficiência das transações), e quando isso acontece, uma decisão fundamentada na razão prática é possível.

---

[241] São argumentos enumerados por Dworkin: i) que indivíduos são competentes para ter o direito de decidir por eles mesmos como viver; ii) mesmo se reconhecesse tal direito haveria uma diminuição do isco de que outros pacientes fossem forçados a escolher a morte contra sua saúde, que o aumento de risco não justifica a recusa a reconhecer o direito. Dworkin diz que três juízes da Suprema Corte rejeitaram o primeiro argumento e cinco rejeitaram a segunda (DNB, 2006, pp. 85-86).

[242] E que ele repete a si mesmo em *How Judges Think* (2008, p. 249).

A questão que se levanta é que, **quando houver consenso** sobre regras e precedentes, o próprio Posner afirmou que o pragmatismo utilizará o **formalismo** enquanto estratégia adjudicatória (item 2.4.2), de sorte que o espaço em que um "**pragmatismo puro**[243]" como o descrito no item 2.4 teria alcance adjudicatório ainda mais nebuloso em sua teoria.

Contudo, Posner defende que o pragmatismo pode ajudar o processo de raciocínio processual, convidando os juízes a considerar as consequências práticas. E Dworkin perguntou a Posner, certa vez, sobre os casos em que não há consenso dos juízes quanto às premissas da decisão. Como o pragmatismo poderia ajudá-los?

Posner respondeu que tais são os casos difíceis, que estão na área aberta, onde as fontes conhecidas do direito para o processo de decisão não são suficientes e os juízes, se devem decidir o caso ao invés de lavar as mãos, **são compelidos a fazer um julgamento legislativo**. Tal julgamento inevitavelmente irá refletir as preferências do juiz-legislador, e então nós poderíamos perguntar como as preferências dos legisladores são formadas quando estes não estão sob pressão de seus eleitores, quando tem, como no basquete, um tiro livre. E Posner responde a Dworkin, reafirmando que os legisladores na área aberta são guiados por seus valores, temperamento, experiência de vida e sua concepção do escopo e dos limites de sua função legislativa, E disso não se pode escapar (TRD, 2007c, p. 12).

Para Posner, pode até se discordar dos julgamentos de outrem, mas raramente dizer que eles estão errados. Se entender que estão errados, é no Judiciário que isso vai ser avaliado como certo ou errado. O que está claro para Posner é que nós queremos legisladores pensando seriamente nas consequências de suas leis, e deveríamos querer que os juízes fizessem o mesmo quando o poder legislativo lhes for confiado (TRD, 2007c, p. 13).

Mas o ponto pelo qual o pragmatismo se torna incoerente na crítica de Dworkin permanece sem resposta. Uma vez rejeitada a teoria moral e, portanto, o fundamento teórico para as suas posições, Posner não apresenta nenhum outro modo pelo qual pode sustentar suas ideias, tais como a sua afirmação de que o pragmatismo é melhor porque ela atinge a melhores "fins". Mesmo a ideia de "melhores" assume algum tipo de teoria moral, o que é uma contradição da retórica pragmática.

[243] Cf. também Green (2010, p. 630); Edwards (2002, p. 385).

E se Posner não pretende oferecer claramente um **fundamento** pelo qual devemos agir pragmaticamente, mas tão somente descrições sobre atitudes judiciais em que há indícios de seu viés liberal, então ele escapa ao desafio mais importante do pragmatismo em um contexto jurídico: **a definição dos fins e necessidades sociais a serem perseguidas**. Afinal, debates sobre o que torna as coisas melhores e debates sobre a distribuição justa de "melhorias" são inevitáveis no âmbito jurídico. É simplesmente uma "petição de princípio" pensar que tais debates podem ser substituídos por um compromisso de boa índole pragmática para a melhora da sociedade. Uma índole que se refere apenas ao juiz sobre a qual a sociedade tem o controle pelos constrangimentos internos e externos de sua profissão.

Portanto, se o pragmatismo não pode nos ajudar a avaliar a "bondade" e a "maldade" de nossos objetivos ou fins, então parece justo dizer que o pragmatista simplesmente aceita (ou herda) os fins sociais de forma acrítica, em nome das supostas vantagens de um Judiciário mais diversificado[244]. Isso reduz a contribuição do pragmatismo a meramente auxiliar a seleção dos meios para atingir fins particulares, escolhidos pessoalmente pelo juiz. Quando perguntado sobre o fim da diversidade e do liberalismo inerente ao posicionamento que acaba de escolher, Posner não tem nada a nos dizer, além de apresentar suas próprias convicções liberais.

Assim como reconhecemos ao final do primeiro capítulo a influência neopragmática no pragmatismo jurídico enquanto movimento antiteórico, podemos reconhecer, também, em Posner, que o pragmatismo jurídico desconectado de seus impulsos filosóficos, compra sua independência à custa de condenar-se à insignificância. O buldogue ladra, mas não consegue espantar a teoria moral.

3.6 Por um pragmatismo de fins (e não de meios)

Como visto ao longo deste trabalho, o pragmatismo jurídico defendido por Posner se aproxima dos pragmatistas clássicos, e espera utilizar das teorias (econômica, sociológica, antropológica) desde que elas sejam capazes de orientar estudos empíricos,

[244] Posner (LPD, 2003a, p. 120).

isto é, meios de apresentar consequências e conduzir aos "melhores fins sociais". Seu pragmatismo configura a pretensão empírica e consequencialista, enquanto a economia serve como maior instrumento para os estudos empíricos dos fenômenos sociais e, o liberalismo, garante o alinhamento moral que determina o bem-estar da comunidade. Ao mesmo tempo, Posner se afasta do pragmatismo clássico em direção ao neopragmatismo, e rejeita teorias morais e filosóficas por acreditar que tais teorias não levam ao consenso desejável da ciência jurídica, isto é, não são objetivas, embora haja evidências de sua predileção pelo liberalismo clássico enquanto teoria fundacional.

Na (des)articulação pragmática de Posner sobre como os juízes decidem os casos difíceis, viu-se que ele descreve o pragmatismo como um método que é útil para analisar se os meios que selecionamos são suficientes para sustentar os nossos fins. Sob um olhar mais generoso, o jurista pragmático investiria na busca pelas consequências como **metateoria**, "utilizando os efeitos sistêmicos da aplicação de certas teorias [...] como critério para escolher qual teoria deve ser adotada pelos juízes"[245].

Entretanto, Posner provocou a inversão da ordem de prestígio estabelecida pelo pragmatismo clássico, isto é, à **prioridade dos fins sobre os meios**. Foi isso que tornou a economia, por exemplo, com a sua exatidão e rigor, subordinada ao empreendimento menos exato da filosofia moral, uma vez ausente o critério normativo que determina o que é uma boa ou má decisão econômica. A economia deve gozar de maior prestígio, não porque seja capaz de orientar nossa escolha de fins (o caso *Roe* demonstrou o limite teórico da economia), mas porque a filosofia é impotente para esta tarefa, o que leva o argumento de Posner ao colapso, de acordo com a crítica dworkiniana lançada acima (v. item 3.4.2 especialmente).

O aparente agnosticismo de Posner para com os fins, que dá de ombros para as preferências de resultados da sociedade em nome d'o "que funciona", embora possa parecer reforçar os valores sociais, transfere a disputa para outras esferas do poder como o legislativo e até mesmo a opinião pública, reduzindo o direito a uma análise de custo e benefício, fundamentada nos valores econômicos e liberais existentes[246]. Nesse passo, se o pragmatismo jurídico de Posner não se mostra confiável para determinar os fins de todas as decisões judiciais, a depender do uso da economia ou do formalismo jurídico, então o pragmatismo posneriano, da mesma forma, não determinará sequer quais as decisões

[245] Cf. também Arguelhes; Leal (2009, p. 211); Green (2010, p. 633).
[246] Cf. também em Rosenfeld (1996, p.151).

judiciais devem ser consideradas pragmáticas, já que este não é definido enquanto um fim em si mesmo.

A prática do direito nos mostra que os juízes ocupam um papel no qual a necessidade de **reflexão sobre os fins** (incluindo os fins morais) que é mais evidente do que em qualquer outra profissão. Eles são continuamente confrontados com lacunas normativas e conflitos do tipo que o resto de nós enfrenta apenas ocasionalmente e, para resolvê-los, devem se perguntar o fim do próprio empreendimento jurídico.

Ora, os juízes são obrigados a fazer o que podem para preservar a forma de vida social que o direito expressa, e isto lhes exige um entendimento mais amplo, mais reflexivo do que a maioria dos cidadãos. Sua tarefa é descobrir e articular os nossos valores coletivos como um povo, e não apenas decidir os casos um por um. Para tanto, **a reflexão moral** sobre os fins sociais é uma técnica essencialmente importante e parte dela está contida, não apenas na política, mas também nos princípios jurídicos.

Contudo, como vimos no início deste terceiro capítulo, Posner, ao contrário de Dworkin, não coloca os princípios jurídicos em primeiro plano, dada a sua vinculação à controversa dimensão moral de nossos atos, voltando o olhar de sua concepção sobre o direito para a política e outros métodos eficazes e externos ao direito, aos quais não cabe ao pragmatismo direcionar, tratando-se a decisão judicial de um ato meramente político.

Sob este ângulo, considerando que, para Posner, o juiz deve decidir levando em conta a diferentes consequências práticas de sua decisão, pode o pragmatismo de Posner também determinar qual das alternativas disponíveis devem ser perseguidas? É o pragmatismo "cotidiano" autossuficiente ou é meramente parasitário de certas concepções constestáveis dos fins sociais?

Pelo que se viu do último capítulo, a resposta é negativa. A abordagem do pragmatismo promovida por Posner tem problemas graves quando se trata de orientar aos fins normativos a serem adotados[247].

Há quem entenda[248], porém, que o pensamento dos pragmatistas clássicos, apresentado no primeiro capítulo, corresponde a uma melhor teoria e prática e fornece orientações mais pertinentes sobre a escolha dos fins do que o pragmatismo posneriano.

---

[247] Como explica Noonan, um dos problemas possíveis é que uma clara divisão entre meios e fins sociais não pode ser sustentada. Com a mudança de contextos e perspectivas, muitos fins se tornam meios e mais meios se tornam fins. Assim, por exemplo, a busca de dinheiro para obter educação, a procura por educação para conseguir mais dinheiro e assim por diante (1998, pp. 1772-1773).

John Dewey, por exemplo, atacou o instrumentalismo excessivo ao supor que os fins e meios poderiam ser separados. Conforme explicou, os meios são, eles próprios, parte das consequências de uma decisão e, portanto, devem ser apreciados ao fazer uma escolha. Por exemplo, uma "boa Constituição política e um Poder Judiciário competente, são meios de vida prósperas da comunidade, porque são integrados a porções da vida" cotidiana. Eles não são, em outras palavras, simplesmente formas de promover outros benefícios sociais, mas também são *os* benefícios sociais.

Para nos apoiarmos na ideia que Posner defendia como análise econômica do direito, suponhamos que uma sociedade seja dividida igualmente entre aqueles que defendem que a maximização da riqueza é o bem maior e aqueles que afirmam que a sociedade deva exercer a solidariedade social, acima de tudo. Suponhamos, ainda, que um juiz desta sociedade seja confrontado com a tarefa de interpretar uma disposição sobre igualdade formulada na Constituição, e que ele sabe que uma interpretação plausível vai realmente promover a maximização de riqueza em detrimento da solidariedade social, enquanto outra interpretação plausível, sem dúvida, conduzirá ao resultado oposto. Nesse caso, não há dúvida de que ambas as interpretações plausíveis levariam a efeitos palpáveis e empiricamente verificáveis, mas o pragmatismo de Posner não oferece nenhuma ajuda a este juiz para escolher entre as alternativas. Apenas confia que o magistrado, munido de seu sentimento intuitivo de razoabilidade, escolha politicamente a decisão que conduzirá à melhor política pública. Assim, o juiz teria de recair sobre os valores contestáveis, a fim de justificar qualquer das alternativas disponíveis[249]. Exclui, daí, como vimos na crítica de Dworkin, o importante papel das teorias e filosofias morais no direcionamento do raciocínio jurídico, especialmente na persecução do que se considera como fins sociais.

Posner toma um rumo errado, portanto, ao tomar a filosofia moral exclusivamente como o trabalho dos departamentos acadêmicos em universidades, rejeitando a filosofia como um todo. A prática da filosofia é muito mais ampla do que a prática dos professores em instituições acadêmicas, e mesmo a filosofia acadêmica está longe de ser monocromática. Embora a prática acadêmica da filosofia muitas vezes possa ser excessivamente técnica e desvinculada dos problemas da sociedade, isso não implica que a filosofia deva ser abandonada.

---

[248] Cf. também em Sullivan e Solove (2003, p. 693).
[249] Cf. também Rosenfeld (1996, pp. 100-101).

Mas, em que pesem as críticas acima indicadas por Dworkin, há de se considerar, ainda, que a abordagem de Posner, deriva, primeiramente, **de um equívoco influenciado pela reconstrução neopragmática da relação entre teoria e prática**.

No modelo clássico da relação teoria e prática, a teoria é vista como detentora de uma base para a prática. Deve-se aprender a teoria e colocá-la em prática. Mas os pragmatistas, como Dewey, nunca esperaram que a teoria orientasse a prática desta forma e não veem a prática independente da teoria. Uma vez que seu objetivo era rejeitar dualismos da Modernidade tais como este, entre teoria e prática, os pragmatistas clássicos procuraram tornar a prática mais inteligente e mais crítica, reconhecendo a sua dimensão teórica. Isso não exige uma razão teórica capaz de determinar seus objetivos fora de práticas tradicionais, mas sim, **uma abordagem crítica e reconstrutiva para as instituições e práticas sociais**[250].

O risco da aversão às abstrações de Posner é que ele cala uma discussão significativa da comunidade. Como vimos no primeiro capítulo, conceitos como "justiça" e "igualdade" não fazem parte da metafísica, mas parte de nossa experiência cotidiana. Não são utilizados apenas na esfera acadêmica, mas também no discurso social popular[251]. Muitas pessoas falam sobre bens intrínsecos e entendem a "liberdade como a capacidade de satisfazer os seus desejos", ainda que não seja de forma idêntica aos moralistas acadêmicos rechaçados por Posner, o que não quer dizer que o que eles pensem não faça parte, de alguma maneira, da filosofia moral.

Se o pragmatismo clássico[252] nos oferece ferramentas para reconstruir o significado desses termos, dando prioridade a experiência, Posner, em contrapartida, nos aconselha, como visto acima, a evitar tais termos, dada a dificuldade de obtenção de consenso ou opiniões homogêneas sobre eles. O resultado pode ser que eles continuem a ser mal compreendidos por conta do isolamento da atenção da crítica, e isso não nos parece indicar uma visão de futuro melhor ou mais razoável.

Ao eliminar a teorização filosófica, Posner também descarta ferramentas pragmáticas para transformar as instituições existentes, costumes e normas sociais. Como já dito anteriormente, sem um papel para a teorização filosófica, o pragmatismo de Posner

---

[250] Cf. também em Sullivan; Solove (2003, p. 701).
[251] Cf. Edwards (2002, p. 320).
[252] As Dewey observed, "[W]e institute standards of justice, truth, esthetic quality, etc., in order that different objects and events may be so intelligently compared *with one* another as to give direction to activities dealing with concrete objects and affairs (...)" (*apud* Sullivan; Solove, 2003, pp. 701-702).

garante menos oportunidades para a crítica e reconstrução das práticas insatisfatórias que se lhe apresentam, afirmando, ao revés, o *status quo*, nos ofertando pouca ou nenhnuma escolha que não seja aceitar a-criticamente as ideias dominantes da sociedade. Sua abordagem pragmática assenta-se como conservadora, podendo ser denominada de "tudo, menos de neutra"[253].

Já o pragmatismo clássico previu uma investigação mais frutífera sobre nossa seleção de fins. Sob sua abordagem, vê-se a filosofia como forma de investigação crítica, que visa desestabilizar hipóteses do *status quo* e, assim, fornecer orientações para projetos de reconstrução social. Dewey observou que, muitas vezes, agem por hábito, que é "uma habilidade [...] formada através de experiências passadas" (*apud* SULLIVAN; SOLOVE, 2003, p. 703). Costumes sociais, por exemplo, são hábitos, que podem se tornar inertes e levar à estagnação social. A investigação filosófica, segundo Dewey, pode tornar os hábitos mais inteligentes e controláveis, o que leva à crítica e à reconstrução das instituições face às circunstâncias cambiantes.

O pragmatismo clássico tem, portanto, algo a dizer sobre os nossos fins. O pragmatista justifica o seu compromisso com os valores, em parte, por meio da análise de sua gênese histórica. Ideais orientadores, tais como "justiça", "equidade" e "liberdade" devem ser analisados criticamente, olhando a experiência do passado, e não a experiência contrafactual do futuro, como pretende Posner. Posner reclama que tais ideais são abstrações vazias, inúteis para nos ajudar nas decisões. No entanto, são inúteis, não porque são abstrações, mas porque não são envidados esforços suficientes para explorar criticamente sua gênese e as consequências de sua aplicação nos vários contextos.

Isso também se relaciona com as restrições que Posner tem com o passado jurídico. Enquanto para Posner as regras e precedentes apenas podem ser utilizadas como fins estratégicos, se uma visão particular de justiça ou de democracia é favorecida, deve sê-lo por conta de suas **consequências passadas e à luz das suas previsões para as consequências futuras**.

Dada uma avaliação de nossas experiências e práticas passadas, poderemos então nos questionar, por exemplo, se devemos preferir uma abordagem da democracia que procure aumentar a participação de todos os cidadãos ou porque deveríamos adotar uma abordagem para tentar minimizar tal participação. E isso é um questionamento

[253] Cf. no mesmo sentido Sullivan; Solove (2003, p. 702).

eminentemente filosófico, "abstrato", do ponto de vista de Posner, é indispensável para a seleção dos fins sociais que desejamos, quaisquer que sejam os meios (empíricos ou teóricos, no sentido pejorativo adotado por Posner) empregados para o seu estudo.

Ao notar que as pessoas, especialmente os juizes, dificilmente abandonam seus preconceitos e ideologias, Posner não parece acreditar que a discussão sobre nossos fins socias seja muito proveitosa, mas que apenas demonstrações empíricas seriam capazes de demover aqueles que ainda não tivessem um posicionamento extremo sobre determinado tema. A seleção de fins se torna produto da escolha individual e política de cada juiz, e independe da análise crítica ou teórica.

Mas o pragmatismo proposto pelos clássicos, como vimos no primeiro capítulo, exige a avaliação crítica dos nossos fins e se questiona "de onde eles vêm? quais as condições que eles respondem? quais foram os resultados? quem se beneficiou de sua adoção? quem tem sofrido? eles foram eleitos democraticamente?". A interpretação histórica não deve ser relegada a uma estratégia decisória, e deve estar presente na prática e nos hábitos do juiz. Há uma necessidade de avaliação contínua da experiência social coletiva, não se restringindo a contingências sistêmicas ou de um caso concreto. Tal **investigação histórica é, especialmente, crítica**. Trata-se de compreender as origens de nossos objetivos, as razões da sua existência, e se estas razões justificam a sua lealdade hoje, se ela apenas sobreviveu por inércia ou se as razões de sua existência já não se aplicam à nossa situação presente.

Posner poderia refutar tais argumentos ao dizer que os juízes se preocupam com o passado, circunscrito às consequências sistêmicas de suas decisões, cuja observação se dá em função das constrições que são impostas à atividade judicial, enunciadas no item 2.4.2.3 deste trabalho. Mas, ainda que argumentasse pragmaticamente em favor das constrições judiciais, Posner teria de justificar, com base na experiência do passado e de acordo com uma análise dos nossos problemas atuais, se a manutenção das constrições é a resposta mais adequada neste momento de nossa história. E isto implica, como visto na crítica de Dworkin, a assunção de uma teoria moral substantiva.

De outro lado, o fato de que os pragmáticos reconhecem as virtudes do método experimental das ciências econômicas e sociais não significa que se possa endossar a experimentação em todas as formas e contextos, incluindo os casos difíceis, simplesmente por apresentarem controvérsias morais "abstratas" e de difícil consenso, uma vez que apenas este poderia corresponder, para Posner, à esperada "objetividade" jurídica.

É certo que o pragmatismo, mesmo para os clássicos, tem um compromisso com um método experimental e mantém as suas conclusões em testes de experiência. Mas não é um compromisso com a experimentação por si mesma, como defende Posner em sua teoria, ainda que ela seja inconclusiva. Ao propor tal argumento, Posner **incorre no mesmo equívoco** que aponta em relação aos formalistas estritos, quando estes se comprometem com o passado jurídico por seus próprios termos.

Portanto, **o máximo que o pragmatismo de Posner pode nos ajudar é a nos concentrarmos na seleção dos meios mais eficientes para atingir os nossos fins dados aprioristicamente, correspondendo a uma exortação a sermos mais empiristas para avaliar a eficiência dos nossos meios**.

Todavia, como observado anteriormente, questões jurídicas e políticas muitas vezes não podem ser resolvidas sem examinar os nossos fins, especialmente nos casos difíceis. Posner chega a conclusões sobre estas questões, mas não chega até elas de forma pragmática, mesmo "em seus próprios termos", como pretende defender seu pragmatismo. Na verdade, ao rejeitar o questionamento filosófico sobre nossos fins, ele acaba se apoiando numa visão que, no final, é muito mais conservadora das práticas cotidianas em que nos envolvemos, como a distribuição adequada das possibilidades e recursos que ele resolve a partir do instrumental da AED, especialmente da análise de custo e benefício.

Nesse sentido, se, independentemente dos muitos fins possíveis a serem perseguidos pela sociedade, se os mesmos meios forem chamados para atingi-los, então um conjunto singular de meios será sempre consistente com uma pluralidade de fins, ainda que eles estejam em constante mobilidade.

Porém, tal rigidez relativa aos meios resultará em um dogmatismo escondido por uma mudança na direção dos fins para os meios, uma vez que garante a todos fins da mesma forma contingente e arbitrária.

É certo que nenhum método de investigação seja, de fato, neutro. Toda investigação se inicia com uma determinada direção, uma noção pré-concebida do que está sendo procurado. A investigação não é um processo aberto, que pode levar a qualquer lugar. Ao adotar um método de investigação, já se está voltado, ou como o próprio Posner disse, **inclinado** a uma determinada direção (2000c, p. 1021). Os pontos de partida da investigação pragmática devem ser posturas críticas em relação ao *status quo*. Isso não significa que se deve rejeitar [sempre] o *status quo*, mas requer investigação sobre certos

pressupostos básicos e instituições sociais com que Posner não compromete diretamente (v. item 3.4.2). No final, uma das consequências do pragmatismo de Posner é que [ao contrário do que pretende] desestimula a compreensão debate sobre os fins sociais como importante atividade crítica, e, portanto, consolida últimos resultados, isolando as estruturas sociais dominantes da crítica[254].

Em suma, as preocupações de uma sociedade pluralista pressupõem necessariamente um compromisso com determinados fins, principalmente a promoção da cooperação social e da coexistência pacífica, sem com isso acabar com a diversidade baseada na busca legitima de concepções concorrentes de bem.

Há de se pensar, portanto, em um pragmatismo jurídico crítico com relação aos fins desejados pela sociedade, o que implica comprometimento com posições morais e políticas substantivas, representadas pela filosofia e pela teoria moral.

Tal forma de pragmatismo jurídico endossado por Posner pode até ajudar os juízes a reconhecer e rejeitar as interpretações jurídicas que são praticamente inviáveis, ou que provocariam inevitavelmente consequências práticas incompatíveis com o que foi planejado pelo legislador.

Mas, em casos em que há um grande número de interpretações possíveis e que levam a diferentes resultados práticos, o pragmatismo de Posner por ser a-crítico, continuará a ter um papel diminuto, posto que a interpretação judicial deverá contar com considerações normativas teóricas, que incluem a filosofia moral defendida na crítica dworkiniana. Do contrário, apenas contribuirá "mascarando conflitos e tensões que poderiam se beneficiar do combate em campo aberto" (ROSENFELD, 1996, p. 149).

Nesses termos, o desafio colocado pelo pragmatismo está em descobrirmos fundamentos teóricos consistentes com as vicissitudes e a pluralidade de concepções do bem e, ao mesmo tempo, capaz de reconciliar a justiça de acordo com o direito e a justiça além do direito, proporcionando um manuseio satisfatório com o problema da interpretação jurídica e do processo decisório. Um pragmatismo posneriano será sustentável, portanto, quando estiver atento e assumir os seus próprios fins, sob pena ser reduzido a mais uma teoria dentre aquelas que pretende superar.

[254] Cf. também Sullivan; Solove (2003, p. 714).

CONCLUSÃO

A questão sobre como os juízes decidem os casos difíceis é surpreendentemente difícil e controversa. Exige a definição não apenas das características essenciais do que *é* o julgar, mas também a apresentação dos aspectos distintivos do que os legisladores e autoridades executivas fazem. Isto há muito tem irritado os juristas, bem como leigos, líderes políticos, e especialmente os acadêmicos, que tem gasto muito tempo e energia na tentativa de descobrir exatamente como os juízes tomam as decisões. Estudiosos amplamente exploram, em outras palavras, se, ou em que medida, os juízes fundamentam suas decisões estritamente no direito e em considerações políticas.

Richard Posner é dos autores mais conhecidos do direito norte-americano, tendo se proposto, ao longo de sua carreira acadêmica, a compreender o espinhoso problema sobre como os juízes decidem os casos difíceis. A partir da década de 1990, Posner promove sua "guinada" da Análise Econômica do Direito em direção a uma perspectiva pragmática muito particular, resultante das releituras do pragmatismo na filosofia e no direito realizadas durante o século XX, do pós-modernismo e da influência das ciências econômicas. Ele se dedica a repensar as possibilidades e os limites da economia em geral e a sua aplicação ao direito. Ao mesmo tempo, invoca a importância de outras abordagens, tais como a psicologia, sociologia ou antropologia.

Insistindo na complementaridade das diferentes abordagens interdisciplinares que tratam de questões jurídicas, a nova visão de Posner parece ser mais radical do que a teoria da eficientista inicial. Sua proposta para integrar a abordagem econômica do direito em uma teoria mais ampla enfraqueceu o imperialismo econômico típico para a análise econômica padrão de direito.

Mas a virada pragmática de Posner, como visto no item 2.2.3.1 não foi total, mas apenas parcial. Isto porque embora tenha excluído a maximização da riqueza como elemento fundante do direito, manteve os métodos típicos da teoria microeconômica, especialmente a análise de custo e benefício.

O pragmatismo de Posner será composto, portanto, do *pastiche* de teorias e concepções jusfilosóficas apresentados no primeiro capítulo. Reunidas em seus trabalhos,

darão forma a um pensamento particular e rico em autocontradições, o que demonstra que é, na verdade, o vigor intelectual comprovado pela quantidade de publicações de Posner e o seu desejo ostensivo de tentar se aprofundar naquilo que é essencial à sua própria atividade como juiz que explicam por que aqueles que discordam dele continuam comprando seus livros e adotando seu eclético pragmatismo como "curinga" para suas decisões e opiniões judiciais.

Dois são os pilares a partir dos quais Posner defenderá o pragmatismo enquanto teoria interpretativa do direito que foram apresentados no item 2.2.1: a **objetividade** e **rejeição à autonomia do direito**.

Pela rejeição à autonomia do empreendimento jurídico, Posner pretendeu demonstrar que o direito não poderia mais ser tratado como disciplina autônoma, mas como parte das ciências das humanidades em um sentido mais amplo. A própria AED já lhe indicara essa possibilidade de trânsito de conhecimentos de outras áreas do saber, especialmente de técnicas de resolução de conflitos, estes cada vez mais especializados, não sendo mais possível ao jurista o isolamento na "torre de marfim" das Academias de direito. Deste modo, não há que se falar em raciocínio jurídico, mas simplesmente em razão prática, como visto no item 2.3.1.

Pela objetividade, Posner se aproximou do neopragmatismo, suscitando a impossibilidade de caracterização total do direito enquanto empreendimento objetivo na forma esperada pelas ciências exatas. Esta, segundo Posner, é capaz de garantir resultados mais claros e menos refutáveis, e é por ele desejada, como se nota de seu argumento interdisciplinar, mas é limitada pelo desenho institucional do empreendimento jurídico, como também reconheceu. Ao direito enquanto atividade interpretativa e argumentativa cabe uma objetividade frouxa, diz Posner, a chamada objetividade conversacional, estabelecida apenas no âmbito do debate jurídico e da qual depende o **consenso**, isto é, o estabelecimento e a fixação de conceitos jurídicos.

O papel do consenso, para Posner, não se dá pela rejeição à metafísica em si, mas sim pela intangibilidade da prática interpretativa dos estudiosos do direito como aquela que "reflita" a verdade do mundo "lá fora". Posner não nota que, na verdade, ao tomar o consenso como tábua de salvação da objetividade jurídica, está querendo fundar o empreendimento jurídico algo tão metafísico e volátil quanto aqueles conceitos que pretende rejeitar, tais como a "justiça" e a "liberdade".

Foi assim que Posner paradoxalmente justificou o seu ceticismo em relação a teorias morais e filosóficas, desenvolvido nas seguintes premissas: **i)** as pessoas divergem e

divergirão infinitamente sobre temas morais sobre "justiça", "igualdade", "liberdade", temas estes recorrentes da filosofia e das teorias da moral; **ii)** dada a inatingibilidade de consenso, não se pode falar em objetividade moral, quanto menos em objetivdade da filosofia moral, porquanto a objetividade seja desejável para o direito; **iii)** logo, se as diferentes teorias morais impossibilitam a criação de uma base firme e objetiva em que se possam fundar as decisões judiciais por não serem capazes de determinar uma resposta correta para a questão jurídica, há de se desconsiderar a sua utilização que não sirva apenas como guia de uma abordagem mais empírica e experimental do direito.

Perde-se, aqui, o vínculo anteriormente estabelecido pelo pragmatismo clássico entre teoria e prática, assumindo-se indiretamente a existência dos "balões metafísicos" surgidos com os dualismos Modernos, contidos agora em um desejo de consenso, tão abstrato e intangível quanto os ideais metafísicos modernos que se propõe a combater. Este propósito está contido na reificação de valores morais em fatos brutos, os quais, à semelhança do entendimento da Modernidade, expresso no item 1.1.1, apresenta uma concepção fisicalista da realidade.

Posner levanta a bandeira do "**pragmatismo cotidiano**", semelhante àquele que os jornalistas expressam quando descrevem como um "político pragmático", isto é alguém que não deixa "os princípios jurídicos atrapalharem o caminho da decisão judicial". O pragmatismo cotidiano tem princípios (a preservação das consequências sistêmicas indicadas no item 2.4 é um grande exemplo deles), mas entende que não se deve segui-los à risca. Ele também respeita a lógica, mas não tem nenhuma afinidade com as pessoas que tomam idéias sensatas "para sua conclusão lógica", o que é algo impraticável diante da inarticulação de nossas narrativas e da própria metanarrativa jurídica.

O flexível pragmático cotidiano respeita aos princípios e a lógica como instrumentos que são, por vezes, úteis para resolver problemas, mas que podem ser descartados sem nenhum arrependimento do momento em que já não são úteis. O mesmo se pode dizer com relação ao tratamento dos precedentes (item 2.4.2.2), o qual adentra o cálculo de custo e benefício indicado pela abordagem em quatro passos, mais em razão de sua utilidade e autoridade política do que por sua força epistêmica.

Tendo em vista a sua concepção de direito enquanto atividade dos juízes, Posner atribui o coração de seu pragmatismo jurídico à decisão judicial, cujo argumento pode ser sintetizado da seguinte forma: decisões judiciais *devem ser* fundamentadas em uma comparação de custo e benefícios, realista, empiricamente informada e preferivalmente quantitativa. As decisões jurídicas *devem* se referir ao bem-estar da sociedade de sorte que

integridade ou elegância intelectual doutrinária são desejáveis apenas se contribuirem para este bem-estar. A teoria jurídica, o corpo sistematizado de conceitos jurídicos deverá igualmente ser realista, informado empiricamente e desvinculado de pressões intelectuais por sua própria sobrevivência. Deve ser, ao mesmo tempo, contextual e adaptável ao sistema; deve preferir as consequências a argumentos teóricos e abstratos. Em suma, deve se ater aos meios para realização dos fins sociais do que para a própria definição destes, dado o seu caráter eminentemente divergente.

O formalismo é o espantalho contra o qual Posner opõe o seu pragmatismo, caracterizando-o pela crença de que o direito consiste em um sistema fechado de regras e precedentes, capaz de atribuir respostas corretas a todos os problemas jurídicos. Um inimigo que o próprio Posner reconhece (item 2.4.2.1) não ter sequer feição atualmente e que passa a compor ao longo de sua obra a grande área do direito sobre a qual repousa o consenso. O mesmo consenso que pretende atribuir a todo o ordenamento, minando o própro sentido da existência do pragmatismo jurídico, já que ele se concentrará em certas áreas do direito, especialmente áreas que se aproximam da economia e do liberalismo norte-americanos, como o direito contratual, antitruste, regulação de mercados, entre outras. São áreas a que se atribui um consenso sobre valores e, assim, sobre os fins sociais a serem perseguidos.

E, diante de casos difíceis, situados na área de indeterminabilidade do direito, ausente o recurso à dimensão filosófica e à teoria moral, Posner defenderá a **razoabilidade**, a intuição e o senso comum como "guias" da decisão judicial. Esta é a única resposta que permanece acessível a alguém que, como Posner, rejeita a noção de objetividade como incompatível com o próprio direito: a razoabilidade se refere, pois, às características pessoais e às preferências políticas de cada juiz, e não tem qualquer pretensão persuasiva que não seja do próprio sujeito julgador.

Nestes casos difíceis, as preferências políticas de um juiz serão, portanto, determinantes do processo decisório, mas não serão ilimitadas, notadamente porque os juízes estão constrangidos pela possibilidade de uma intervenção, dado os limites de conhecimento e de competência dos Tribunais, pelos efeitos sobre a estabilidade do direito e até mesmo sobre a reputação do Tribunal, caso sua atitude para com o texto das normas e dos precedentes seja considerada arrogante (POSNER, 2006, p. 1053). E, dada a diversidade de posicionamentos ideológicos dos juízes que compõe as Cortes, cabe à sociedade conhecer melhor seus magistrados, escolhê-los de forma mais apurada e garantir-lhes

formação acadêmica e pessoal mais adequada aos propósitos da sociedade, aos quais não cabe ao pragmatismo jurídico definir ou defender.

A abordagem do caso *Roe v. Wade* por Posner foi representativa das dificuldades provocadas pela exclusão da dimensão teórica moral do direito. Uma vez que os métodos experimentais interdisciplinares utilizados por Posner (estatística, análise de custo e benefício) apenas trouxeram à baila resultados inconclusivos, isto é, consequências que dependeriam de ampla discussão e valoração moral, principalmente a respeito de que fins ou consequências eram, de fato, desejados pela sociedade.

Neste sentido, a pretensão antiteórica que Posner sustenta paradoxalmente em sua teoria da adjudicação limita radicalmente a discussão proposta na introdução desta dissertação entre o direito que "é" com base no que "deve ser". Suas idéias apenas se tornam mais amenas, no entanto, quando deixa transparecer sua própria ideologia liberal econômica, ganhando uma aparêcia de "pragmatismo de meios especiais para permitir uma perspectiva diferente sobre alguns fins" (ROSENFELD, 1996, p. 101).

Algumas questões podem ter restado sem resposta da apresentação do pragmatismo jurídico de Posner: que aparência tem o direito, se ele é tratado apenas como uma lógica de meios, desistindo de qualquer busca de sentido ou finalidade? Afinal, tendo em conta a realidade do processo decisório desejada por Posner, torna-se extremamente difícil a mera empresa de encarar uma filosofia do direito positiva, sem direcionamento substantivo. Será que estas características evitam qualquer possibilidade de compreensão sistemática do direito?

É nessa toada que se desenvolveu o terceiro capítulo, com a apresentação da descrição e da crítica ao pragmatismo posneriano promovida por Dworkin. A controvérsia entre os dois autores é evidenciada na raiz de suas matrizes teóricas. Enquanto Posner propõe, ainda que de forma velada, que o direito *deve ser* objetivo, para Dworkin, o direito deve ir além deste postulado já guerreado na Modernidade; *deve ser*, sobretudo, coerente.

Embora não seja objetivo deste trabalho defender a plausibilidade da posição dworkiniana, há de se considerar que, munido dos argumentos com os quais construiu sua teoria, Dworkin apresentou um importante contraponto àquilo que considera "a moda pragmática". Se, por um lado, Posner acredita que há no direito uma área aberta e indeterminada, a qual deve ser preenchida pelas preferências pessoais e de políticas públicas dos juízes, Dworkin, tomando em consideração sua concepção de direito como integridade, amalgamou o sistema jurídico com princípios morais, fazendo desnecessário o

apelo posneriano a métodos externos ao empreendimento jurídico e à figura do juiz legislador, armado de suas preferências sobre políticas públicas.

Da mesma forma, ao propor a coerência do sistema jurídico e em desfavor da ultrapassada busca pela objetividade científica no direito, almejada desde a Modernidade, Dworkin apresentou argumentos filosóficos mais consistentes contra as teorias céticas, do direito, especialmente as céticas externas, as quais apresentam elementos do paradoxo neopragmático abordado no primeiro capítulo desta dissertação, e as céticas internas, as quais apresentam uma ameaça ao significado do direito. Dworkin atestou que tal procura pela objetividade em um empreendimento como o direito, em que o dissenso lhe é indissociável não é algo interessante, favorecendo apenas a conservação do *status quo*.

Vimos ainda que Posner se aproxima do ceticismo interno ao argumentar pela indeterminação do direito e afasta-se dele em direção ao ceticismo externo, ao postular a inviabilidade da aplicação da filosofia e da teoria moral às decisões judiciais, principalmente dos casos situados na área aberta do direito. De outro lado, Posner mostra uma postura não cética, ao afirmar que há certas áreas do direito em que há consenso, e que podem ser tratadas objetivamente por meio das regras e precedentes jurídicos.

Disto se extraem as duas grandes críticas a Posner, formuladas por Dworkin. A **primeira** diz respeito à adoção de um consequencialismo de regras, decorrente da gradual aproximação entre pragmatismo e formalismo jurídico, que ameaça reduzir sobremaneira o pragmatismo a uma avaliação das consequências de se adotar as regras jurídicas e precedentes como melhor consequência possível para o sistema jurídico. Viu-se que Posner também está ciente desta dificuldade, mas confia, ainda assim, na caracterização pragmática de decisões claramente formalistas.

A **segunda** e mais importante, é a da inviabilidade de uma abordagem antiteórica do direito, e da dependência da solução dos casos mais complexos das preferências políticas e pessoais do juiz. Dworkin demonstrou que, mesmo na esfera da razão prática e da razoabilidade sustentadas por Posner há teoria moral, ainda que esta esteja subentendida na aparência inarticulada do raciocínio do juiz.

Não se pode pensar, portanto, como Posner dá a entender ao rejeitar o papel da teoria moral e da filosofia no direito, que um juiz decida invocando Kant ou mesmo Mill, nem tampouco que se busque o consenso sobre a aplicação de uma única teoria moral, qualquer que ela seja, para todos os casos que se lhe apresentam, ou mesmo que os juízes, por desconhecerem as peculiaridades da linguagem filosófica possam relegá-la a um plano externo do direito.

Como já afirmamos anteriormente, a filosofia é o desenvolvimento de métodos críticos e reconstrutivos, direcionados à compreensão dos problemas da experiência por nós vivida. Filosofia é algo que todo mundo faz, ou pelo menos pode fazer, não se restringindo somente àqueles isolados na torre de marfim das Academias. Ela mostra, portanto, que antes de dar solução a algo, é preciso saber o que *é* este algo e, assim, lhe dar um fim digno, o que *dever ser*.

Como visto da crítica de Dworkin, pragmatistas como Posner são antifilosóficos, não por razões teóricas, uma vez que isto implicaria a assunção de uma postura teórica semelhante àquela que rejeitam, mas simplesmente porque lhes falta capacidade para levar a sério os impulsos mais básicos do filósofo: aproveitar todas as oportunidades para a reflexão e impulsioná-la para encontrar um conjunto coerente de princípios que organizarem experiência intelectual.

Logo, se Posner complementasse sua "concepção adaptacionista" do direito estabelecendo quais metas ele entendesse apropriadas, apenas ofereceria uma teoria moral padrão, como qualquer outra teoria jurídica; e se não fez isso, não disse nada de especial que pudesse fazer frente aos argumentos morais defendidos por outras teorias.

Se hoje Posner concorda que impor a maximização de riqueza como o fim último da sociedade foi um engano, não nos oferece um substituto claro para os fins sociais, insistindo na utilização de métodos da economia, mesmo para a solução de casos difíceis. Como se viu no item 2.5, insistir em argumentos econômicos não foi o suficiente para justificar a escolha por uma opção pró-vida ou pró-aborto em nenhuma das hipóteses apresentadas.

Nem mesmo as respostas apresentadas às críticas de Dworkin, como vimos, sustentam o pragmatismo enquanto metateoria. Posner segue sustentando a indeterminabilidade das questões morais, com a consequente rejeição das teorias morais e da definição *a priori* de fins sociais. Posner não se dá conta de que a própria indeterminabilidade é, por si só, um posicionamento substantivo. Rejeita, assim, termos como "justiça", "liberdade" e "igualdade" por considerá-los parte da metafísica, desconsiderando a lição do pragmatismo clássico sobre a construção experimental do conhecimento a respeito desses conceitos. Não é a metafísica, com suas "verdades objetivas" que direcionam a ação, mas a própria filosofia, sem a qual o pensamento e a ação tornam-se um fim em si mesmo, sem qualquer significado.

Cremos que a mudança pragmática operada por Posner, longe de destruir a empresa da Análise Econômica do Direito. Propôs apenas uma forma mais adequada de

compreensão da evolução do direito do que foi o modelo de eficiência mecânica social. Em particular, a ênfase na heterogeneidade e multiplicidade das fontes de aprendizagem (jurídicas e extrajurídicas) poderia tornar-se uma maneira de reintroduzir um entendimento econômico de uma reflexão pragmática jurídica, evitando o formalismo mecânico do modelo social maximização da riqueza.

Na nova visão pragmática de Posner, há espaço para inovações e melhorias. Aprender de fato implica corrigir os erros, rever as decisões e rotinas, adequando-os às novas circunstâncias. Envolve também a difusão do conhecimento e da transmissão de experiências, não rejeitando a utilização de instrumentos econômicos para estudar o fenômeno jurídico. Posner simplesmente mostra que a fé naquilo que a economia pode fazer já não é mais a mesma.

Em suma, pode-se concluir que, à ideia pragmática inescapável, defendida por Posner, de que os juizes devam ter a mente aberta e descompromissada da adesão a um único raciocínio mecânico como o formalismo, dificilmente haveria oposição, dada a sua trivialidade no mundo jurídico. Serve apenas para apontar que os juízes são *práticos* no sentido comum do termo, que inevitavelmente se preocupam com as consequências de suas decisões, mas não necessariamente que as tomem como o meio pelo qual avaliam os fins decisórios.

Como o próprio Posner reconheceu, seu pragmatismo jurídico não é panacéia para os problemas do direito norte-americano, mas direciona os juízes a considerarem as consequências de suas decisões, cujo sopesamento é resultado da interação de fatores como razoabilidade, inclinações políticas e ideológicas, experiência profissional e outras regras implícitas no jogo judicial, tais como as constrições institucionais da profissão (HT, 2008, pp. 376-377).

Há de se considerar que não há na hermenêutica contemporânea "nem quem defenda a completa liberdade do juiz nem quem encare sua atuação como resultado irretorquível da lógica da aplicação da lei[255]". A própria teoria do direito dworkiniana, com seu arquétipo de juiz hercúleo, é ciente de que cabe apenas ao juiz interpretar e escrever o rumo de nossa história jurídica. E tal interpretação é, antes de tudo, pessoal e intransferível, devendo respeito aos princípios que o guiam e lhe dão os limites.

[255] Cf. também em Campilongo (2002, p. 58).

Imaginar que possa haver uma teoria única e objetiva que explique tudo o que é "jurídico" é, de fato, lutar contra moinhos de vento, e não é preciso ser um adepto do pragmatismo para enxergar essa dificuldade. Pressupor que os juízes devessem solucionar objetivamente controvérsias morais e, porque não tem esse dom não podem utilizar da teoria moral é, no mínimo, um olhar contraintuitivo e metafísico de seu próprio papel na construção do direito que não nos leva muito longe.

De qualquer modo, Posner nos diz como decide enquanto juiz, mas sua matriz pragmática não fornece muita ajuda ou orientação sobre como os juízes que não o próprio Posner decidem. Sua prolixa abordagem é, mais do que qualquer outra coisa, uma defesa de sua própria concepção de julgar. Não é suficiente sugerir que os juízes são realmente diferentes entre si e que julgam de forma diferente do que apregoam ser.

Dizer que alguém adota uma atitude pragmática sem fundamentos continua a "dizer pouco", como considerou o próprio Posner. Sem uma definição mais clara sobre o significado do próprio empreendimento jurídico a que os juízes se propõem, sem experimentar criticamente argumentos em sua medida teórica, o pragmatismo jurídico não alcançará o seu propósito de estar sempre voltado para o futuro. Ao contrário, diante da crítica que lhe foi apresentada, pode-se agora afirmar, como fizemos na epígrafe deste trabalho, que "o pragmatismo jurídico desconectado de seus impulsos filosóficos, compra a sua independência à custa de condenar-se à insignificância[256]".

[256] Cf. Luban (1996b, p. 65).

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Fábio Martins. O Poder Judiciário e a governabilidade: Comprometimento ou independência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, nº 2375, 01. jan.2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14109/o-poder-judiciario-e-a-governabilidade>. Acesso em 13. ago.2010.

ANUÁRIO da Justiça 2010. São Paulo. ConJur Editorial, 2010. 322p.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp.171-212.

ATIYAH, Patrick S. From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law. **Iowa Law Review**, v. 65, pp. 1249-1272, 1980.

BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Entrevista: Para presidente do STJ, juízes devem pesar as consequências econômicas e sociais de suas decisões. Judiciário Favorece aumento de juros, diz Nelson Jobim. **Valor Econômico**. São Paulo, versão eletrônica, 13.dez.2004.

BERTRAN, Maria Paula Costa. **Interpretação contratual e análise econômica do direito**: o caso da revisão dos contratos de *leasing*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 160p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política***, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad. 2002. 193p.

CANTU, Edward. The path of Posner's pragmatism. **Selected Works of Edward Cantu**. Ago, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1653590> Acesso em 28.ago.2010.

CARVALHO, Lucas Borges. **Jurisdição constitucional e democracia**: integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007. 273p.

CHOI, Stephen J.; GULATI, G. Mitu. Mr. Justice Posner? Unpacking the statistics. **New York University Annual Survey of American Law**, v. 61, pp. 19-44, 2005.

DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007, 243p.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. pp. 650-654.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico** – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, 301p.

DWORKIN, Ronald M.. Darwin's New Bulldog. . In **Justice in robes**. London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. pp. 75-104.

_____. Does law have a function? A comment on the two-level theory of decision. **Yale Law Journal**, v. 74, pp. 640-651, 1965.

_____. **Domínio da vida**: aborto, euthanasia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 362p.

_____. In praise of theory. . In **Justice in robes**. London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. pp. 49-74.

_____. Judicial discretion. **The Journal of Philosophy**, v. 60, nº 21, pp. 624-638, out.,1963.

_____. Introduction: Law and Morals. In **Justice in robes**. London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. pp. 01-35.

_____. Law as Interpretation. **Texas Law Review.** v. 60, pp. 527-550, 1982.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

_____. Objectivity and truth: You'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, nº 2, pp. 87-139, 1996.

_____.Order of the coif lecture: reply, 29, **Arizona State Law Journal**. v. 29, pp. 431-458, 1997.

_____. Philosophy & Monica Lewinsky. **New York Review of Books**, v. 47, nº 4, mar., 2000.

_____. Pragmatism and Law. . In **Justice in robes**. London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. pp. 36-48.

_____. Pragmatism, right answers and true banality. In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp.359-388..

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593p.

EDWARDS, Matthew A. Posner's pragmatism and Payton home arrests. **Washington Law Review**, v. 77, pp. 299-396, 2002.

EISENBERG, José. Pragmatismo Jurídico. In BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopolo: Unisinos, 2006. pp. 656-657.

FARBER, Daniel A. Legal pragmatism and the Constitution. **Minnesota Law Review**, v. 72, pp. 1331-1378, 1988.

_____. Reinventing Brandeis: legal pragmatism for the twenty-first century. **University of Ilinois Law Review**, vol. 1995, pp. 163-190, 1995.

FELDMAN, Stephen M. **American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism:** An intellectual voyage. New York: Oxford University Press, 2000, 272p.

FISH, Stanley. Almost pragmatism: Richard Posner's jurisprudence. **University of Chicago Law Review**, v. 57, pp. 1447-1476, 1990. Também publicado In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp. 47-81.

FLANDERS, Chad. A Review of "How Judges Think" by Richard A Posner. **Saint Louis University School of Law**. Legal Studies Research Papers Series, Law and Humanities, nº 01, pp. 118-122, 2009.

FRIED, Charles. Philosophy matters. **Harvard Law Review**, v. 111, pp. 1739-1750, 1998.

GERHARDT, Michael J. How a judge thinks. **Minnesota Law Review**, v. 93, pp. 2185-2204, 2009.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007. Coleção Primeiros Passos, nº 323. 145p.

GREEN, Craig. What Does Richard Posner Know About How Judges Think? **California Law Review**, v. 98, pp. 625-666, 2010.

GREY, Thomas C. What Good is Legal Pragmatism? In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp. 09-27.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, 313p.

HAACK, Susan. On legal pragmatism: Where does "The path of law" leads us? **American Journal of Jurisprudence**, v. 50, pp. 71-105, 2005.

HARRIS, J. W. **Legal philosophies**. 2º ed. New York: Oxford University Press, 2004. 318p.

HERDY, Rachel. Gilmar Ferreira Mendes e o "pensamento do possível": um pragmatista no Supremo Tribunal Federal? . **Boletim CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade** [on-line], out., 2007. Disponível em <http://cedes.iuperj.br>. Acesso em 03.set.2009.

_____.O pragmatismo jurídico 'levado a sério'. **Boletim CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, out/nov 2008, pp. 15-23. Disponível em <http://cedes.iuperj.br>. Acesso em 03.set.2009.

HUFFMAN, James L. Like the Supreme Court, Posner is right for the wrong reasons. **Law, probability and risk**.v. 01, Oxford University Press, 2002, pp. 67-74.

HULSHOF, Monique. O critério da verdade e a Ação Moral no Racionalismo e Empirismo. In MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Curso de filosofia política:** do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 385-426.

KRAMER. Matthew H. The Philosopher-Judge: Some Friendly Criticisms of Richard Posner's Jurisprudence. **The Modern Law Review**, v. 59, nº 03, pp. 465-478, mai. 1998.

KRONMAN, Anthony. T. The value of moral philosophy. **Harvard Law Review**, v. 111, pp. 1751-1767, 1998.

LEITER, Brian. In praise of realism (and against 'nonsense' jurisprudence). **University of Texas School of Law**, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, v. 138, p. 01-37. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113461>. Acesso em 19.out.2010.

LUBAN, David. The Posner Variations (Twenty-Seven Variations on a Theme By Holmes). **Stanford Law Review**, v. 48, nº 04, pp. 1001-1036, abr. 1996a.

_____. What's pragmatic about legal pragmatism? **Cardozo Law Review**, v. 18, pp. 43-73, 1996b.

MACCORMICK, Neil. Ronald Dworkin – Mr. Justice: Dworkin's troubled search for respectful politics, a moral law, and fundamentals of democracy. **The Times Literary Suplement**. London, 05.dez.2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Posner e a Análise Econômica do Direito**: Da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. Capítulo para a obra Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia, no prelo pela Editora Saraiva (publicação em 2010).

MAGGE, Bryan. **História da Filosofia.** Tradução Marcos Bagno. São Paulo: Edições Loyola, 1999. 240p.

MANNING, John F. Statutory pragmatism and Constitutional Structure. **Harvard Law Review**, v. 120, pp. 1161-1174, 2007.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**: from Posner to postmodernism and beyond. 2ª ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006. 385p.

MINDA, Gary. One Hundred Years of Modern Legal Thought: from Langdell and Holmes to Posner and Schlag. **Indiana Law Review**, v. 28, pp. 353-390, 1995a.

_____. **Postmodern legal movements:** law and jurisprudence at century's end. New York: New York University Press, 1995b. 350p.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 179p.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 676p.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2ª ed. Campinas: Milennium Editora, 2008. 372p.

NOONAN, John T. Jr. Posner's Problematics. **Harvard Law Review**, v. 111, pp. 1768-1775, 1998.

NUSSBAUM, Martha C. Still worthy of praise. **Harvard Law Review**, v. 111, pp. 1776-1795, 1998.

POGREBINSCHI, Thamy. Dworkin e o pragmatismo jurídico. **Boletim CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade**. Disponível em <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf> Acesso em 29.ago.2010.

_____. O que é pragmatismo jurídico? **Boletim CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade**. Disponível em: <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf> Acesso em 07.set.2009.

POSNER, Richard Allen. A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law. **Hofstra Law Review**, v. 09, pp. 775-794, 1981.

_____. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review**, v. 73, nº 01, pp. 01-22, abr., 1998a.

_____. Conceptions of legal "theory". A response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**, v. 29, pp. 377-388, 1997.

_____. Conventionalism: the key to law as an autonomous discipline? **University of Toronto Law Journal**, v. 38, pp. 333-354, 1988a.

_____. Dworkin, polemics, and the Clinton impeachment controversy. **Northwestern University Law Review**, v. 94, pp. 1023-1047, 2000a.

_____. **Economic analysis of law**. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007a. 787p.

_____. **Frontiers of legal theory**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004a. 453p.

_____. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. 387p.

_____. Judicial autonomy in a political environment. **Arizona State Law Review**, v. 38, pp. 01-14, 2006a.

_____. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003a. 398p.

_____. Legal pragmatism. In **Metaphilosophy**. Oxford, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd. v. 35, ½, pp. 147-159, jan.2004b.

_____. Legal Scholarship today. **Harvard Law Review**, v. 115, pp. 1314-1326, 2002a.

_____. On the alleged "sophistication" of academic moralism. **Northwestern University Law Review**, v. 94, nº 03, pp. 1017-1021, 2000b.

_____. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 627p.

_____. Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship. **University of Chicago Law Review**, v. 67, nº 03, pp. 573-606, 2000c.

_____. Pragmatic Adjudication. **Cardozo Law Review**, v. 18, pp. 01-20, 1996.

_____. Pragmatic Liberalism Versus Classical Liberalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 71, pp. 659-674, 2004c

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. 647p.

_____. **Public Intellectuals:** a study of decline. 3rd ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004d. 456p.

_____. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. **Michigan Law Review**, v. 101, pp. 952-971, 2003b.

_____. Reply to the critics of The problematics of moral and legal theory. **Harvard Law Review**, v. 111, pp. 1796-1823, 1998b.

_____. **Sex and Reason**. 4th print. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998c. 458p.

_____. Some uses and abuses of economics in law. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, nº 02, pp. 281-306,1979a.

_____. Statutory interpretation – in the classroom and in the courtroom. **The University of Chicago Law Review,** v. 50, pp. 800-822, 1983.

_____. The decline of law as an autonomous discipline. **Harvard Law Review**, v. 100, pp. 761-780, 1987a.

_____. The deprofessionalization of legal teaching and scholarship. **Michigan Law Review**, v. 91, pp. 1921-1928, 1993a.

_____. The ethical and political bias of the efficiency norm in common law adjudication. **Hofstra Law Review**, v. 8, pp. 487-507, 1980a.

_____; LANDES, William. The independent judiciary in an interest-group perspective**. The Journal of Law and Economics**, v. 18, pp. 875-901, 1975.

_____. The jurisprudence of skepticism. **Michigan Law Review**, v. 86, pp. 827-891,1988b.

_____. The law and economics movement. **The American Economic Review**, v. 77, nº 2, pp. 01-13, mai.1987b.

_____. The problematics of moral and legal theory. **Harvard Law Review**, v. 111, pp. 1637-1717, 1998d. Também publicado em: **The problematics of moral and legal theory**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002b. 320p.

_____. The role of the judge in the twenty-first century. **Boston University Law Review**, v. 86, pp. 1049-1068, 2006b.

_____. The Supreme Court 2004 Term – Foreword: a political court. **Harvard Law Review**, v. 119, pp. 31-102, 2005.

_____. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. **The Journal of Legal Studies**, v. 09, pp. 243-252, 1980b.

_____. Tribute to Ronald Dworkin – And a note on pragmatic adjudication**. New York University Annual Survey of American Law**, v. 63, pp. 09-13, 2007c.

_____. Utilitarism, economics and legal theory. **The Journal of Legal Studies**, v. 08, pp. 103-140, 1979b.

_____. Wealth maximization revisited. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**. v. 02, pp. 85-105, 1985.

_____. What do judges and justices maximize? (The same thing everybody else does). **Supreme Court Economic Review**, v. 3, pp. 01-41, 1993b.

_____. What has pragmatism to offer law? In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp. 29-46.

RAKOWSKI, Eric. Posner's Pragmatism. **Harvard Law Review**, v. 104, pp. 1681-1704, 1991.

RORTY, Richard. The banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp. 89-97.

ROSA, Alexandre Morais; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law and Economics.** Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009. 275p.

ROSEN, Jeffrey. Overcoming Posner. **The Yale Law Journal**, v. 105, pp. 581-610, 1995.

ROSENFELD, Michel. Pragmatism, pluralism and legal interpretation: Posner's and Rorty's justice without metaphysics meets hate speech. **Cardozo Law Review**, v. 97, pp. 97-151, 1996.

ROSS, Steven L. Taking Posner Seriously. **The Philosophical Forum**, v. 32, nº 01, pp. 01-23, spring 2001.

RYERSON, James. The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner. In **Lingua Features** – The review of academic life online. v. 10, nº 04, mai, 2000. Disponível em: < http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/Posner.html> Acesso em: 19.nov.2009.

SADEK, Maria Tereza. Ativismo judiciário a pleno vapor. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 01.set.2008. Disponível em: <http://www.estado.com.br/suplementos/ali/2008/08/31/ali-1.93.19.20080831.8.1.xml>. Acesso em 19.ago.2010.

_____ ; Beneti, Sidnei Agostinho; Falcão Joaquim. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 140p.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *In:* LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia.** São Paulo: Saraiva, 2010. No prelo, Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em 15.ago.2009.

_____. Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner. **Fundação Getúlio Vargas.** Direito GV, São Paulo, ago, 2008. Disponível em < http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30>. Acesso em 15.ago.2009.

SHAPIRO, Fred S. The most-cited legal scholars. **University of Chicago**. Journal of Legal Studies, v. 29, p. 409, 2000.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, v. 97, nº 04, pp. 509-548, mar., 1988.

SULLIVAN, Michael e SOLOVE, Daniel J. Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. **Yale Law Journal**, v. 113, pp. 687-741, dez., 2003.

TAMANAHA, Brian Z. Pragmatism in U.S. legal theory: its application to normative jurisprudence, sociolegal studies, and the fact-value distinction. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 41, pp. 315-355, 1996.

TAYLOR, Charles**. As fontes do self:** a construção da identidade moderna. 2ª ed. Tradução Adail Ubirajara Sobral; Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 2005. 670p.

WACKS, Raymond. **Philosophy of law**: A very short introduction. New York: Oxford University Press, 2006. 127p.

WALDRON, Jeremy. Ego-Bloated Hovel: The Problematics of Moral and Legal Theory, **Northwestern University Law Review**, v. 94, nº 02, pp. 597-601, 2000.

WEST, Cornel. The limits of pragmatism. In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp. 121-126.

WHELAN, Edward. How Judge Posner thinks judges should think – an unpersuasive case for pragmatism. **National Review Online**. Abr/2008. Disponível em: <http://article.nationalreview.com>. Acesso em 05.ago. 2009.