



A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA INTRODUÇÃO AO PRAGMATISMO “ANTITEÓRICO” DE RICHARD ALLEN POSNER.

Bruno Farage da Costa Felipe¹

O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência do “caráter local” do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da “verdade”, da conseqüente 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 ação sociais sejam válidos como instrumentos a serviço de objetivos humanos tido em alto apreço, e não como fins em si mesmos. – Richard A. Posner

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo explicitar as características gerais e contornos da forma de se abordar casos jurídicos e proferir decisões judiciais denominada abordagem judicial pragmática, disseminada pelo magistrado e professor norte-americano Richard A. Posner. Além disso, pretende-se apresentar uma das características centrais da abordagem pragmática posneriana que vem sendo moldada nos últimos anos: a tese antiteórica (ou antiteoria) a qual se ergue a partir de uma repulsa pela teorização abstrata e pelos debates e argumentos morais na decisão judicial.

Palavras-Chave: Decisão Judicial; Pragmatismo; Antiteoria.

¹ Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. Email: brunoffelipe@gmail.com.

ABSTRACT

This article aims to explain the general features and contours of the way to approach legal cases and render judgments called Pragmatic Adjudication, which is disseminated by the magistrate and American professor Richard A. Posner. In addition, it is intended to present one of the central features of Posnerian pragmatic approach that has been shaped in recent years: the anti-theoretical thesis (or Antitheory) which rises from a rejection for abstract theorizing and the moral debates and arguments in the judicial decision.

Keywords: Judicial Decision; Pragmatism; Antitheory.

INTRODUÇÃO

As características principais da abordagem pregada por Posner são, resumidamente: uma abordagem que se diz prática, instrumental, voltada para frente, ativista, cética, antidogmática e experimental. Ela é fruto de um pragmatismo cotidiano, do dia a dia, que valoriza a visão prática das ações e que dá peso crucial às melhores consequências e ao uso da razoabilidade e racionalidade, ao invés de se importar com debates teóricos que possam levar a uma posição consensual ou “verdade moral”. Recorre constantemente à intuição para captar as “necessidades da época” - elevando a opinião pública a um patamar de destaque como guia para a decisão judicial - assim como, à orientação científica (empírica) dos juízes para suprir as lacunas inerentes aos casos difíceis que emergem no direito.

Entretanto, apesar do pragmatismo posneriano ser hospitaleiro a certas teorias que tenham algum suporte na cientificidade, ele é, por outro lado, totalmente hostil à ideia de utilizar a teoria moral ou qualquer outra teoria considerada por ele “abstrata” para a orientação do processo de tomada de decisão judicial. Denominamos essa fundamental característica de “antiteoria”, seguindo o tratamento dado por aquele que consideramos seu principal crítico e rebatedor, o jusfilósofo Ronald Dworkin².

² Em “A Justiça de Toga”, Dworkin (2010, p. 37) diz que Posner pertence a uma corrente de pensamento “antiteórica”. A expressão passa a ser recorrente. Na mesma obra, mais adiante, ele diz, por exemplo, que “os argumentos de Posner estão a serviço de um movimento antiteórico” (DWORKIN, 2010, p. 108). Devido a tal designação, optamos por denominar essa característica da abordagem pragmática posneriana de “antiteoria”.

As linhas que se seguem têm a pretensão de apresentar uma introdução a esse estilo de abordagem defendido pelo professor Posner.

1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO PRAGMATISMO POSNERIANO

“Pragmatismo” é um termo que não abarca somente um conceito. A expressão não delimita um sentido único, mas um conjunto de ideias que reflete em diversas searas. Destaca-se, por exemplo, o pragmatismo entendido como corrente filosófica³, defendido por pensadores como Richard Rorty, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.

Para o presente artigo, importa o pragmatismo aplicado ao direito, o pragmatismo jurídico. É bem verdade que a própria terminologia “pragmatismo jurídico” tem sido empregada nos últimos anos sob diferentes rótulos e por diversos autores, sendo que, de acordo com Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal (2009), pode representar: i) uma maneira de compreender o fenômeno jurídico diante de outros fenômenos sociais que o afetam e são por ele influenciados; ii) uma meta-teoria que pode nos orientar no diálogo entre diferentes teorias e abordagens sobre problemas jurídicos; iii) uma teoria descritiva sobre quais os fatores que efetivamente levam os juízes a decidir desta ou daquela maneira; iv) ou, ainda, uma teoria normativa sobre a decisão judicial, um esforço de apresentar parâmetros que indiquem como um juiz deve tomar uma decisão em um dado ordenamento jurídico.

Pretende-se apresentar as principais características e contornos do pragmatismo jurídico defendido pelo magistrado e professor norte americano Richard A. Posner, também denominado de pragmatismo legal, adjudicação pragmática⁴, ou simplesmente abordagem

³ São várias as ramificações e desdobramentos do pragmatismo filosófico, sendo que cada tipo possui seus contornos próprios. Mas, de forma sucinta, é possível destacar três características básicas comuns. Segundo Diego Arguelhes e Fernando Leal (2009, p. 176), o pragmatismo filosófico clássico pode ser entendido como uma concepção do pensamento humano que envolve três características: *antifundacionalismo* (rejeição de qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento); *contextualismo* (ênfata o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e *consequencialismo* (expressa a ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas – o que leva a uma atitude *empiricista* e *experimentalista*).

⁴ Atenção, contudo, para a terminologia “adjudicação”. Neste artigo ela possui um significado diferente do conhecido pelo direito civil no sistema jurídico brasileiro. Enquanto no direito civil pátrio adjudicação é entendido como o ato judicial que tem por objetivo a transmissão da propriedade de uma determinada coisa de uma pessoa para outra, neste artigo utilizo o termo pensando em *adjudication*, que representa um processo judicial no qual o juiz ou outro tomador de decisões avalia as evidências e argumentos, assim como as razões

pragmática do direito, a qual se destaca não somente como teoria descritiva, mas principalmente enquanto teoria normativa da decisão judicial⁵. Ou seja, Posner defende uma maneira específica segundo a qual os juízes devem abordar um caso jurídico e apresentar argumentos para a aplicação do direito.

Inicialmente, cumpre salientar que não há uma conexão necessária entre o pragmatismo jurídico de Posner enquanto teoria descritiva e normativa da decisão judicial com o pragmatismo filosófico, embora existam características em comum entre ambos⁶.

O pragmatismo jurídico defendido por Posner é desdobramento não de uma filosofia pragmática complexa, mas sim de um pragmatismo cotidiano⁷. Tem relação intrínseca com uma visão prática das ações, direta em suas propostas no intuito de alcançar certo fim e que desdenha das teorias e das pretensões intelectuais “abstratas”.

Nesse sentido, Elizabeth Anderson (1998, p. 17) destaca as principais características do pragmatismo cotidiano, as quais têm relação direta com a investigação judicial pragmática: i) os pragmatistas evitam apelar para princípios éticos que residem em um nível de abstração elevado demais a partir de dados da experiência humana; ii) os pragmatistas não aceitam a justificação de princípios éticos supostamente verdadeiros “em todos os mundos possíveis ou válidos para todos os seres racionais”; iii) ao contrário, os princípios éticos pragmáticos são contingentes e refletem as circunstâncias da cultura, local e história; iv) os pragmatistas conduzem suas indagações junto com investigações empíricas a respeito de características particulares das instituições, práticas e categorias das quais agentes reais participam, que eles constroem e com as quais se confrontam; v) a justificação funciona demonstrando a

jurídicas apresentadas pelas partes e litigantes e, por meio delas, alcança uma decisão que determina direitos e obrigações às partes envolvidas (FARLEX, 2005). “Adjudicação” no sentido utilizado neste trabalho, portanto, está mais relacionado ao processo de tomada de decisão.

⁵ Posner vem defendendo que o pragmatismo é a melhor descrição do *ethos* judicial norte americano e também o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial – e, dessa forma, a melhor teoria normativa, assim como positiva do papel judicial. Nesse sentido: “A palavra que melhor descreve o juiz norte-americano comum em todos os níveis de nossas hierarquias judiciais e produz a melhor visão sobre o seu comportamento é o pragmatismo”. Do original: “The word that best describes the average American judge at all levels of our judicial hierarchies and yields the greatest insight into his behavior is ‘pragmatism’ (POSNER, 2008, p. 30).

⁶ O pragmatismo filosófico pode encorajar um pensamento cético na busca de certezas e verdades e também fazer o indivíduo repensar suas decisões por um critério do “que funciona” e não por correspondência com algum critério “abstrato” validador de certa ação com base na verdade. A ênfase na experiência, denominada por pragmatistas filosóficos como “prioridade do empírico” também é uma característica visível na abordagem judicial pragmática.

⁷ Conforme o próprio Posner (2010, p. 38-39), “O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra “pragmático”, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje (sic) o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar. É a atitude que predispõe os americanos a julgar pelo critério do que funciona [...], julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e prosperidade da pessoa”.

superioridade prática da solução proposta para as alternativas finitas e concretas imaginadas no momento.

O importante é que fique claro que, apesar de certas compatibilidades, o pragmatismo jurídico não implica em uma conexão necessária com o pragmatismo filosófico. Posner acredita que a grande contribuição da filosofia pragmática para a abordagem pragmática do direito foi a de ajudar a perceber que utilizar a teoria abstrata para guiar e restringir a ação política e judicial não passa de um “sonho”⁸. Acrescenta-se o fato de esclarecer aos juristas e juízes que a “neutralidade da ciência” nas elaborações doutrinárias e a decisão judicial “mecanicista” – do simples casamento dos fatos com a lei – são apenas mitos (ARGUELHES; LEAL, 2009).

Para Posner (2010), os magistrados e outros tomadores de decisões devem pensar sempre em termos de consequências, sem levar a sério a retórica do formalismo legal⁹ e “sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática”.

A abordagem judicial pragmática de Posner enquanto teoria normativa atribui às consequências práticas das decisões judiciais um fator decisivo nas considerações dos juízes. Duas frases emblemáticas do próprio magistrado traduzem a essência dessa preocupação com os resultados das decisões, são elas: i) “o pragmatismo deve ser entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações” e; ii) “os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado” (POSNER, 2012, p. 358 e 380).

⁸ Nesse sentido, “se a ação política for para ser restringida, isso tem que ser por fatores psicológicos, profissionais e institucionais em vez de por uma conversa que leve a um consenso moral e político. Devemos aceitar a pluralidade irreduzível de metas e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea [...] e prosseguir a partir desse ponto” (POSNER, 2010, p. 42-43)

⁹ As expressões “formalismo legal”, “formalismo jurídico” ou simplesmente “formalismo” são constantemente utilizadas por Posner. É necessário clarificar em que sentido o autor utiliza essas palavras. Segundo Posner (2010), o formalismo significa a negação do componente político-ideológico e de políticas do direito. Ele, o formalismo, retrata o direito como um sistema de normas e decisões judiciais como resultado de dedução, com a norma aplicável fornecendo a premissa maior do silogismo e os fatos do caso específico sua premissa maior. Posner alega que o direito continua sendo formalista quando se pensa que os resultados são determinados por princípios imanentes dentro da lei bem como por normas, apesar de os procedimentos intelectuais usados para conectar os princípios e casos sejam complexos e menos definidos do que o silogismo. Portanto, o formalismo jurídico tanto no sentido de normas quanto no sentido dos princípios está muito ligado à ideia de autonomia do direito – ou sua integridade, conforme nomenclatura utilizada por Ronald Dworkin (2007). Nesse sentido, para os formalistas, o direito é uma disciplina autônoma, isolada. Para os pragmatistas, por outro lado, o direito é o campo do conflito social. Suas “leis” de mudanças são sociológicas ou econômicas, em vez de jurisprudenciais. Segundo Posner (2010), essas “leis” pragmáticas podem até ditar uma fase formalista do direito, se a prioridade mais alta do sistema jurídico for a criação de regras claras e uniforme, mas isso será tão somente uma fase e, conforme as prioridades da sociedade mudem, o direito pode passar para uma fase pragmática.

Em relação à assertiva i), cabe dizer que a preocupação exacerbada do pragmatismo posneriano com a busca das melhores consequências nas decisões judiciais fez com que certos críticos taxassem a doutrina de “consequencialista”¹⁰. É o caso do jusfilósofo Ronald Dworkin, o qual chega a afirmar que “o experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista”¹¹ (DWORKIN, 2010, p. 104).

Entretanto, Posner (2010) defende que embora exista uma ênfase em considerar as consequências das decisões judiciais, o seu pragmatismo jurídico não deve ser taxado de consequencialista. Isso porque um dos ramos do consequencialismo é o utilitarismo¹² que, apesar de compartilhar algumas características com o pragmatismo, é distinto deste. Para Posner, o pragmatismo preocupa-se com as consequências, inclusive com as consequências para a utilidade (bem-estar), enquanto o utilitarismo está comprometido com uma estratégia que pode levar a absurdos dogmáticos que os pragmatistas tentam evitar.

Não quer dizer que não haja aproximações¹³, mas o utilitarismo distingue-se do pragmatismo principalmente por uma questão de objetivos. Por exemplo: Posner acredita que

¹⁰ O “consequencialismo” pode ser definido como o conjunto de doutrinas filosóficas que avalia ações pelo valor de suas consequências e prega que a melhor ação é aquela que tem as melhores consequências. Conforme a enciclopédia de filosofia *Routledge Encyclopedia of Philosophy*: “O Consequencialismo avalia a correção ou incorreção a partir da valoração de suas consequências”. Do original: “Consequentialism assesses the rightness or wrongness of actions in terms of the value of their consequences” (CRAIG, 1998, p. 1756).

¹¹ Para Posner, contudo, “é curioso que Dworkin, bem conhecido por acreditar que os juízes devem se engajar em deliberação moral e filosófica – que deveriam basear decisões em princípios, que ele vê como tendo um caráter totalmente diferente de políticas, que estão no domínio do pensamento utilitarista (e assim do consequencialismo) -, insiste que a tomada de decisão pragmática deve ser sempre consequencialista em caráter. Como tenho me esforçado para explicar, nada no pragmatismo decreta que a análise de custo-benefício ou maximização da utilidade ou outros métodos consequencialistas serão o único método legítimo de tomada de decisões. A deliberação pragmática, como o próprio Dworkin bem sabe, e de fato insiste, não pode assim ser restringida. Os pragmáticos clássicos não eram consequencialistas, não há motivo para que os avatares da atualidade devam ser” (POSNER, 2010, p. 263)

¹² Ao contrário da concepção kantiana – segundo a qual o valor moral da ação não se organiza a partir de seus resultados, mas a partir da intenção que anima – o utilitarismo, inscrevendo-se numa tradição que remonta a Hobbes e que se inspira em Epicuro, é uma doutrina que coloca a utilidade como critério ou princípio da atividade do ponto de vista moral: a moral utilitarista é a teoria racional que permite determinar as técnicas que garantem o máximo da felicidade individual. Trata-se, em primeiro lugar, da doutrina de Bentham, que se reduz quanto ao essencial a uma aritmética dos prazeres, ou seja, a um cálculo egoísta da maior quantidade possível de felicidade individual, o que leva aliás – por um cálculo inteligente – a visar o máximo de felicidade para o maior número. O utilitarismo altruísta de Stuart Mill leva ademais em consideração a qualidade dos prazeres e conclui que o indivíduo por interesse deve finalmente querer a felicidade de todos (DUROZOI; ROUSSEL, p. 478, 1993).

¹³ Apesar de Posner (2012) deixar bem claro que o pragmatismo jurídico é um método de abordagem, não um algoritmo moral, jurídico ou político e, portanto, incapaz de resolver um desacordo moral, não obstante, o próprio Posner (2010) diz possuir opiniões acerca de como alguns desses desacordos morais devam ser resolvidos. Possui preferência especial pelo utilitarismo vago – ou liberalismo clássico “suave” – associado aos pensamentos de John Stuart Mill, especialmente o Mill de *On liberty* (Sobre a Liberdade). Esse é um aspecto secundário do pragmatismo posneriano, mas considera-se importante essa ressalva justamente devido ao fato de que um dos principais críticos do pragmatismo é Ronald Dworkin. Ora, Dworkin teve ascensão na teoria do direito justamente ao combater duas teorias clássicas até então predominantes no raciocínio jurídico: o

se alguém decide por atravessar a rua no sinal, a pessoa está pensando num sentido significativo, pesando custos e benefícios. Essa atitude aproxima-se, de forma crua e básica, do pragmatismo de Posner. Contudo, ao fazer isso, ela não está privilegiando o ato em contraposição ao utilitarismo de normas, pensando se a utilidade média ou total deveria ser a máxima do indivíduo, muito menos se a dor e o prazer de animais deveriam fazer parte do cálculo utilitário, nos papéis relativos de preços de oferta e demanda num sistema de maximização da riqueza e em outras questões filosóficas do consequencialismo.

É por isso que, apesar da valorização das melhores consequências, Posner (2010) prefere que a abordagem pragmática do direito defendida por ele não seja taxada de consequencialista. Seria preferível, em sua perspectiva, dizer que o termo *razoabilidade*, ao invés de “melhores consequências”, define mais precisamente o padrão pragmático para avaliação de decisões judiciais. Assim, a partir de um viés pragmático posneriano, crê-se que um procedimento é “justo” se ele equilibra de forma razoável o risco de erro em relação ao custo de reduzir o erro. Da mesma forma, o tratamento é “injusto” num sentido ofensivo se as consequências globais desse tratamento forem ruins.

Em contraposição, Dworkin (2010) afirma ser desconcertante supor que o juiz possa se desviar de questões de justiça nos casos concretos, considerando como “justo” o que alcançou o melhor equilíbrio na análise *custo versus benefício*. Para ele, no direito, o conselho de evitar “questões espinhosas” mediante a tentativa de ver “o que funciona”¹⁴, analisando somente as melhores consequências, não é apenas inútil, mas também incompreensível. Uma ilustração clara dada por Dworkin que destaca essa forma de pensamento é o caso da mulher que toma medicamentos genéricos diversos, de empresas distintas e sofre efeitos colaterais graves¹⁵.

Como a mulher não sabe ao certo qual medicamento de qual empresa lhe fez mal, o magistrado deverá decidir no caso concreto qual das empresas é responsável pelos danos, ou

positivismo e o utilitarismo. Embora o utilitarismo tenha sido importante, por um lado, para o desenvolvimento do bem estar social, também é certo que na teoria do direito de Dworkin ele é considerado como um obstáculo. Isso porque as doutrinas utilitaristas não respeitam da maneira devida os direitos individuais e, para Dworkin, o bem estar social só existe quando fundamentado sobre tais direitos. O utilitarismo acaba por definir uma forma de se fazer direito com base na satisfação da maioria, mas o direito individual só existe quando triunfa sobre um objetivo social ou sobre a maioria. É nesse sentido que o utilitarismo não “leva a sério”, parafraseando uma das obras de Dworkin, os direitos individuais porque propugna uma teoria política baseada em objetivos sociais benéficos. O bem estar social, ou, a felicidade, é o critério supremo e logo abaixo dele estão todos os outros valores entre os quais os direitos individuais que não podem preponderar sobre a felicidade. Dworkin opõe à filosofia utilitarista uma teoria baseada nos direitos individuais fundamentada na teoria de John Rawls, atacando o pseudoigualitarismo e as atrocidades que as doutrinas utilitaristas podem conduzir (CALSAMIGLIA, 1985).

¹⁴ Vide nota 6 supra.

¹⁵ Dworkin refere-se ao caso como o caso da “Sra. Sonenson”. Embora seja um exemplo fictício, litígio judicial semelhante aconteceu em *Sindell vs. Abbot Labs* (1980).

se elas possuem responsabilidade solidária. Para Dworkin, em situações como esta, tentar descobrir “o que funciona”, ao invés de se preocupar com o que é verdadeiro, é inútil, pois nessas situações necessariamente o juiz terá que refletir a respeito do que é justo, com base em uma gama de princípios e questões de moralidade

Em relação à assertiva ii) a seguinte observação é pertinente: nota-se a diferença entre um juiz positivista tradicional – no sentido forte, ou seja, aquele que acredita que o direito é um sistema de normas estabelecidas pelo poder legislativo e meramente aplicadas pelo juiz – com o juiz pragmático. Para Posner (2012), o juiz positivista tradicional possui uma grande preocupação em respeitar as fontes do direito e assegurar a coerência com as decisões passadas¹⁶, ao passo que o juiz pragmatista só se ocupa em assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro.

A partir de uma perspectiva pragmatista posneriana, isso não implica em dizer que o juiz tenha desinteresse pela jurisprudência, pela legislação e outras fontes tradicionais do direito, mas sim que o juiz pragmático possui outras prioridades. Ele encara a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: i) como fontes de informação potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e ii) como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, eis que as pessoas e os juristas os tomam como pontos de referência.

Porém, o juiz pragmatista enxerga essas fontes do direito somente como mais uma das várias informações e como restrições parciais à sua liberdade de decisão, não sendo totalmente dependente delas para alcançar uma conclusão, que pode ser inteiramente inusitada em relação a um caso.

Daí extrair que apesar do respeito do juiz pragmático pelas fontes usuais do direito, ele não se limita a ela, recorrendo também, e dando grande valor, “a fontes que tenham relação direta com a sabedoria da norma que se pede que ele confirme ou modifique” (POSNER, 2012, p. 382).

¹⁶ O nosso direito pátrio também respeita, em grande medida, a jurisprudência, principalmente se ela é proveniente de tribunais superiores. Mas essa característica é ainda mais marcante no sistema de direito em que Posner está inserido, o *Common Law* norte americano, no qual, devido à grande valorização do direito consuetudinário, a força dos precedentes é altíssima. A força dos precedentes também é característica marcante no pós-positivismo de Ronald Dworkin, o qual valoriza as decisões passadas como referências cruciais para se entender o direito como um todo coerente.

O pragmatismo jurídico de Posner também possui suas preferências de abordagem ao enfrentar *hard cases*¹⁷: acredita que o juiz ou outro tomador de decisões em matéria de direito, quando se depara com um espaço aberto no qual as fontes tradicionais do direito – como os precedentes e os textos claros da legislação ou da constituição - não ditam qualquer orientação sólida para a decisão judicial, ele deve recorrer: i) às noções derivadas da condução de negócios públicos; ii) ao senso comum; iii) aos valores profissionais e pessoais; iv) à intuição e à opinião, principalmente a opinião pública bem informada ou cristalizada¹⁸.

Pelo viés pragmático, a intuição e a opinião são instruídas pela análise circunstancial detalhada. Posner (2012) fala em “imersão nos fatos”. “Fatos”, todavia, não no sentido limitado do direito probatório, mas em um sentido que engloba os métodos analíticos, as técnicas empíricas e as descobertas das ciências sociais, inclusive da história.

A ciência, aliás, é considerada um dos guias de maior relevância para a abordagem pragmática posneriana da decisão judicial. Embora seu principal crítico, Ronald Dworkin (2010), afirme que a concepção que Posner tem da ciência seja desastrosa¹⁹, este acredita que quando os métodos tradicionais do positivismo jurídico não são capazes de resolver satisfatoriamente uma questão, os juízes devem se orientar pela ciência.

2. ALGUNS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA NA CONCEPÇÃO DE POSNER

Tentar esgotar todas as características e contornos da adjudicação pragmática proposta por Posner, taxando-as com base em certo padrão invariável não é uma iniciativa prudente. Primeiro porque a caracterização do que seja uma abordagem pragmática “ideal” das decisões

¹⁷ Por caso difícil, ou *hard case*, entende-se, conforme Dworkin (2002, p. 131), como uma situação a ser decidida pelo magistrado em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção.

¹⁸ Essa perspectiva de Posner é, de certa forma, herança do pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr., o qual, na obra *The Common Law*, destacou, logo na primeira página, que: “as necessidades que a época percebe [...] as políticas prevalentes, as intuições da condução dos negócios públicos, expressas ou tácitas, até mesmo os preconceitos que os juízes partilham com seus semelhantes – tudo isso tem um papel muito mais importante que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados”. Do original em inglês: “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed” (HOLMES, 1923, p.1).

¹⁹ Segundo Dworkin, “Posner sugere que o consenso é a única base sobre a qual as pretensões à verdade podem ou devem ser aceitas, pois é o consenso que cria a ‘verdade’, e não esta que força a criação de uma posição consensual. Esta concepção ‘pós-moderna’ da ciência é apresentada como hipótese, mas as reiteradas (ainda que as vezes contraditórias) afirmações de Posner de que a diversidade de opinião demonstra falta de verdade objetiva pressupõem esse ponto de vista” (DWORKIN, 2010, p. 108).

judiciais é um projeto que Richard Posner vem aperfeiçoando ao longo dos anos (ARGUELHES; LEAL, 2009). Segundo porque o raciocínio pragmático aplicado ao direito se reconstrói a cada caso em concreto, sempre na persecução da razoabilidade e das melhores consequências.

Entretanto, o próprio magistrado Posner - na obra *Law, Pragmatism, and Democracy* (2003)²⁰ - especificou certos “princípios” que norteiam a abordagem pragmática proposta por ele. Destacam-se alguns. São eles:

Em primeiro lugar, diz-se que a adjudicação pragmática *considera as consequências sistêmicas* e não apenas as específicas do caso judicial em análise. Isso quer dizer que ela desencoraja decisões *ad hoc*²¹, as quais priorizam as melhores consequências imediatas, sem considerar as consequências futuras.

Para Posner (2003), considerar as consequências de forma sistêmica significa respeitar, em certa medida, os limites da “*rule of law*”²². Não quer dizer que o pragmatista esteja preso a um formalismo legal no sentido de uma conformidade cega às normas preexistentes, a qual poderia acarretar em uma renúncia da flexibilidade, criatividade e adaptabilidade judicial, mas sim que é necessária uma consideração pelo valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais. Considerar esses valores é fundamental para que a estabilidade proporcionada pelo direito não seja abalada.

Nesse sentido, desencorajar decisões *ad hoc* é um instrumento contra a insegurança. Como bem salienta Diego Werneck e Fernando Leal (2009), se os juízes começarem a decidir única e exclusivamente com base na melhor solução prática possível para o caso em análise, o efeito sistêmico da generalização dessas decisões sobre os atores públicos e privados será nocivo, pois aumentará a insegurança jurídica.

²⁰ Traduzida em 2010 para o português com o título de: “Direito, Pragmatismo e Democracia”.

²¹ *Ad hoc* é uma expressão latina que significa "para esta finalidade" ou "com este objetivo". Geralmente se refere a uma solução destinada a atender a uma necessidade específica ou resolver um problema imediato - e apenas para este propósito, não sendo aplicável a outros casos.

²² A *rule of law* não deve ser entendida como a norma jurídica no sentido estrito. Nos Estados Unidos da América, a terminologia foi moldada ao passar dos séculos e, apesar da difícil definição, normalmente é utilizada para demarcar os limites impostos pelo Estado democrático de Direito. Diz-se que a *rule of law* é caracterizada por quatro princípios fundantes: i) um sistema de autogoverno em que todas as pessoas, incluindo o próprio governo, estão submetidas à lei; ii) um sistema baseado em leis justas, públicas e estáveis; iii) um processo legal justo, robusto e acessível, no qual os direitos e responsabilidades são baseados na lei e uniformemente aplicados; iv) existência de Juízes e advogados diversos, competentes e independentes. A *rule of law* também é entendida como a limitação justa do poder político, ou "os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da idéia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder" (MIRANDA, 1997, p. 130).

Daí extrai-se que a melhor leitura para a preocupação com as consequências do pragmatismo de Posner seja uma leitura que não se restrinja ao imediatismo da melhor consequência momentânea, mas sim a que se preocupa com as consequências globais para o sistema jurídico como um todo, a longo prazo.

Em segundo lugar, o critério definitivo da adjudicação pragmática posneriana é a *racionalidade*. Posner afirma que não há algoritmo para se alcançar o equilíbrio correto entre as consequências sistêmicas baseadas na *rule of law*, por um lado, e as específicas do caso, por outro. Nesse sentido, “não há muito a dizer para o juiz com inspiração a ser pragmático do que proferir a decisão mais razoável que puder, pesando todos os prós e os contras” (POSNER, 2010, p. 50).

Os prós e os contras incluem não apenas as consequências específicas da decisão, desde que possam ser discernidas, mas também o material legal padrão e a deseabilidade de preservar os valores da *rule of law*. Posner vai além: diz que incluem, também, considerações psicológicas e ponderações tão variadas que tornam a enumeração exaustiva impossível. Talvez a melhor descrição dessa racionalidade seja a feita por Holmes (1923) – grande inspiração de Posner- o qual afirma que o bom juiz pragmático coloca a “experiência” acima da “lógica”: “as necessidades sentidas do tempo, intuições de políticas públicas, declaradas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juizes compartilham com seus pares”.

Terceiro, o pragmatismo jurídico *não considera a aceitação das decisões passadas como um dever ético*, antes como uma necessidade qualificada. Por se considerar “voltado para o futuro”, o juiz pragmático não está preso a uma submissão irredutível aos precedentes passados. Posner (2004) afirma que quando os precedentes e as decisões legislativas são honradas por um juiz pragmático quando da solução de um caso em concreto, essa obediência tem como fito tão somente atingir finalidades sociais relevantes²³.

²³ Posner (2010) acredita, contudo, que essa orientação pragmática não acarreta em um aconselhamento para a desobediência dos juizes ao juramento exigido no artigo VI da Constituição norte americana, o qual estabelece que as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituem a lei suprema do país. O pragmatismo posneriano acredita que tal juramento não deve ser interpretado como exigência de obediência ao texto literal ou às decisões judiciais estabelecidas. Isso porque, para Posner, as decisões judiciais são constantemente revogadas e o próprio texto constitucional é frequentemente “reescrito” pela Suprema Corte à guisa de interpretação. Assim reza o artigo VI, da Constituição dos Estados Unidos da América: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”. Do original em língua inglesa: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding” (FREEDOM, 2014).

A obediência “cega” aos antecedentes seria uma derrota para o formalismo, o qual somente se satisfaz quando a decisão obedece ao *pedigree*²⁴, no sentido de observar as decisões passadas já existentes no sistema. Nesse princípio pragmático visualiza-se mais uma contraposição clara com Dworkin, que prega – principalmente em *O Império do Direito* (2002) - a necessidade de observância às decisões passadas como requisito para fazer do direito um todo coerente, conforme sua teoria do “Direito como Integridade”.

Nesse sentido, Posner (2010) acredita que o pragmatista deve desconfiar – em certa medida - dos métodos lógicos e analógicos utilizados pelos advogados e operadores do direito que tentam fazer uma ponte entre os casos já decididos, textos de leis e outros materiais convencionais de raciocínio legal com o caso concreto a ser decidido. Isso porque tais métodos seriam notoriamente inadequados para resolver algumas questões jurídicas genuinamente novas. Por isso, a abordagem judicial pragmática deve ser *historicista*, mas não no sentido de que se deve considerar as decisões passadas, assim como as doutrinas jurídicas particulares, como verdades atemporais, mas sim como “vestígios históricos”. Historicista, portanto, no sentido de se fazer um uso crítico da história.

Quarto, o pragmatismo jurídico é *empiricista*. Da mesma forma que o raciocínio prático comum – ou cotidiano – o pragmatismo jurídico diz-se empírico em sua orientação. Isso não significa que todo caso deve, necessariamente, acionar seus fatos únicos, pois as consequências sistêmicas – conforme mencionado - da adjudicação pragmática também são questões levadas em consideração pelos pragmáticos.

Na perspectiva de Posner (2010), não quer dizer, também, que uma orientação empírica rejeite os princípios jurídicos. Na verdade, a investigação empírica incorpora certos princípios. Entretanto, são princípios que os pragmatistas consideram menos abstratos que os utilizados, por exemplo, pelos teóricos constitucionais. Os princípios que organizam a investigação empírica seriam distintos de princípios projetados para suplantá-la, como “justiça”, “imparcialidade”, “liberdade”, “autonomia”, a “santidade da vida” e outras abstrações normativas de alto nível.

²⁴ A terminologia *pedigree* também é utilizada por Dworkin na descrição do positivismo jurídico com o intuito de demonstrar que, na teoria positivista, a validade de uma regra é extraída não de seu conteúdo, mas com base em sua origem, sua fonte. O teste de *pedigree* seria o instrumental a ser usado para dizer se uma regra é válida ou não. Conforme Dworkin, “O Direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem haver(*sic*) com seu conteúdo, mas com seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir pelo poder público” (DWORKIN, 2002, p. 27-28).

O princípio jurídico da negligência – o princípio de que uma falha em exercer um cuidado razoável dá ensejo à responsabilidade civil, caso um dano resulte dessa falha - por exemplo, orienta o magistrado para os fatos e para a relação entre os fatos que determinam o resultado do caso particular. A negligência, na perspectiva de Posner, retrata o tipo de princípio útil para a adjudicação pragmática. Princípios desta estirpe seriam mais úteis que os princípios jurídicos “abstratos”, pois orientam em vez de suplantarem a investigação factual, sendo a investigação necessária para decidir o caso.

É bem verdade que os juízes, quando diante de casos jurídicos, com frequência pouco sabem acerca dos fatos e dados empíricos e, assim, muitas das vezes caem no palpite, na intuição e em experiências pessoais que podem ser enganosas. É por isso que, em uma perspectiva pragmatista, informar melhor os juízes é um grande desafio para o Judiciário.

Mas não quer dizer que o déficit do conhecimento das circunstâncias possa ser sanado com alternativas que apelem para generalizações e abstrações. Por exemplo, para a abordagem pragmática, caso os juízes se deparem com o questionamento sobre se deve haver um direito ao suicídio assistido por médico, tal questão não deve ser resolvida a partir de uma perspectiva focada no conflito entre o princípio constitucional da autonomia e o princípio da “santidade da vida”, muito menos como uma questão de interpretar a palavra “liberdade” nos termos da Constituição.

Para o pragmatismo posneriano, o importante é entender o sentido das consequências factuais do suicídio induzido por médico - por exemplo, pelo estudo dos efeitos da prática nos Países Baixos, região em que a prática é completamente legal²⁵. O conhecimento de tais consequências é crucial para o pragmatismo posneriano e certamente afetará os julgamentos dos magistrados de maneira positiva.

O empiricismo (ou empirismo) enquanto guia para a abordagem pragmática do direito é influência, em grande medida, do pragmatismo filosófico que começa a ganhar força com a ascensão da sociedade comercial e que coloca em evidência o *experimentalismo*. John Stuart Mill²⁶, na obra *On Liberty*, afirma que o progresso intelectual e social é impossível sem

²⁵ A prática da Eutanásia vem sendo discutida em países como a Holanda desde a década de 1970. Neste país em especial, a prática é legalizada. A lei de Eutanásia, aprovada na Câmara Baixa e no Senado holandês, tornou a morte assistida (eutanásia ou suicídio assistido) um procedimento legalizado nos Países Baixos, alterando os artigos 293 e 294 da lei criminal holandesa. A legalização foi aprovada em 10 de abril de 2001, entrando em vigor em abril de 2002 (GOLDIM, 2003).

²⁶ Embora não seja essencialmente um pragmatista, mas sim um liberal defensor do utilitarismo, Posner (2010) acredita que o pragmatismo possui uma “dívida” com Mill, reconhecida pela dedicatória de William James em seu livro *Pragmatism*. Conforme o título inicial da dedicatória de James: “Em memória de John Stuart Mill, com quem eu aprendi pela primeira vez acerca da abertura pragmática da mente, sendo aquele que gosto de fantasiar como nosso líder caso estivesse vivo hoje”. Do original: “To the memory of John Stuart Mill, from whom I first

experimentação (MILL, 1998). Posner descreve um exemplo simplório para entendermos o experimentalismo pragmatista: imaginemos a situação de um homem que pretende se casar. Faria mais sentido formular um conceito de esposa ideal e depois buscar a melhor aproximação para ele no mundo real ou, sem preconceções, tentar conhecer várias mulheres solteiras disponíveis – no sentido de idade e formação – e, por meio desse processo exploratório, descobrir que tipo de mulher com quem esse homem seria mais feliz casado? Para Posner (2010), a segunda opção faz mais sentido e caracteriza o processo pragmático de busca. Essa opção é, em sua opinião, mais sensata na atualidade, assim como também era a trinta mil anos atrás. Apesar do exemplo ser simplista, para mero entendimento, Posner acredita que esse posicionamento é adequado em diversas situações para a resolução de problemas, inclusive em questões políticas e jurídicas.

A ênfase na experiência também é denominada pelos pragmatistas de “prioridade do empírico”. Posner (2010) ressalta, por exemplo, que se um indivíduo crê fortemente nas bases teóricas em mercados livres, mas também considera a Rádio Pública Nacional²⁷ muito superior a qualquer rádio comercial, então as convicções desse sujeito o levam a qualificar a sua ideologia de livre mercado e, conseqüentemente, ele prioriza a experiência, o empírico. Por outro lado, se a ideologia desse mesmo indivíduo o fizesse decidir que ele prefere a rádio pública às rádios comerciais, não por experiência própria, mas simplesmente por “ter um parafuso a menos”²⁸, então ele está priorizando a teoria.

Quinto, *o pragmatismo jurídico não é um mero suplemento ao formalismo e também se distingue do positivismo jurídico de H.L.A Hart*. Posner (2010) defende que a abordagem pragmática não deve ser utilizada somente quando se esgotam as fontes usuais de aplicação dos direitos em casos difíceis, daí não ser somente um complemento ao formalismo.

Acredita, também, que ela não se assemelha ao positivismo de Hart, principalmente na questão relacionada à discricionariedade, entendida no sentido “forte” da expressão, conforme trabalhada por Dworkin (2002)²⁹. Para o positivista, direito é, em seu sentido mais básico,

learned the pragmatic openness of mind and whom my fancy likes to picture as our leader were he alive today” (JAMES, 1907, prefácio).

²⁷ Em referência à *National Public Radio* (NPR), organização sem fins lucrativos dos Estados Unidos, mantida tanto por recursos públicos quanto privados.

²⁸ Terminologia utilizada pelo próprio Posner. Do original em língua inglesa: “But if your ideology causes you to decide that you must have a screw loose in preferring NPR to commercial radio, then you are prioritizing theory” (POSNER, 2003, p. 33).

²⁹ Para Dworkin, existem três tipos de discricionariedade. Importa-nos, aqui, a discricionariedade em sentido forte que é aquela que denota situações nas quais as decisões de um determinado agente não são vinculadas a nenhum critério previsto por alguma autoridade, embora existam critérios implícitos que possibilitem distingui-la de atos arbitrários. Esse tipo de discricionariedade relaciona-se à decisão que não é meramente mecânica e que exige a capacidade de julgar (DWORKIN, 2002, p. 52-53).

aquilo o que é promulgado como lei, normalmente pelo legislativo. Mas e quando o magistrado se depara com certo caso jurídico em que as fontes usais do direito preexistentes são insuficientes para resolvê-lo? Ainda assim, esses casos - *hard cases* - devem ser decididos.

Para Hart (1994), em situações como essas, em que os materiais convencionais de decisão se extinguem, os juízes devem “criar direitos”³⁰. O antigo professor de Oxford defendeu a “função criativa” de direitos pelos juízes e tribunais quando estes se deparam com casos difíceis e não existem meios ortodoxos e leis preestabelecidas suscetíveis a se encaixarem ao caso em questão para o solucionarem:

[...] haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito. (HART, 1994, p. 335)

Posner (2010) afirma que a “legislação judicial”, ou seja, esse aspecto criador de direitos em casos difíceis também é uma das características do pragmatismo. Contudo, Hart teria percorrido somente metade da distância em relação ao pragmatismo. O juiz hartiano emprega uma lógica relativa a antecedentes e direitos já existentes até encontrar uma lacuna, quando então muda para uma lógica relativa a consequências. Portanto, o modelo de juiz de Hart limita-se a criar novos direitos somente quando é necessário.

Por outro lado, Posner acredita que o pragmatista “ferrenho” – ou sincero - ³¹ elimina as fronteiras criadas por Hart entre as áreas abertas e fechadas, entre a aplicação do direito e a criação do direito. Isso porque um juiz não diz para si mesmo: “Não me resta mais nenhuma lei para aplicar, então está na hora de assumir o meu papel de legislador e criar umas leis

³⁰ Atenção, contudo, para um ponto: Hart não quer que seu modelo de juiz criador se assemelhe a um legislador ordinário. Em sua obra “o conceito de direito”, o autor esclarece que os poderes de criação que ele atribui aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, são diferentes dos de um órgão do legislativo: “não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão do legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-lo para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos” (HART, 1994, p. 336).

³¹ Do original: “The wholehearted pragmatist” (POSNER, 2003, p. 81).

novas”. Enquanto para Hart o juiz se depara com lacunas, para Posner o direito não possui lacunas, pois não deve ser tratado como “coisa”. O direito é a atividade dos juízes e de alguns outros profissionais do direito.

Enquanto teoria descritiva, o pragmatismo de Posner defende – na obra *How Judges Think* (2008) - que em *hard cases*, os juízes, principalmente os juízes de apelação, atuam como *legisladores ocasionais*, criando novos direitos jurídicos a partir de suas crenças e intuições. Segundo o seu ponto de vista, quando não é possível que os juízes resolvam os casos a partir de critérios legalistas, estes passam a legislar, com algumas restrições, mas também com muita liberdade³².

Hart (1994) defendeu a ideia de que a fonte da incerteza jurídica reside na linguagem pouco clara do texto legal. Nesse sentido, se a lei fosse sempre clara, não existiriam motivos para dúvidas e incertezas na interpretação e aplicação do direito. Posner discorda de que a linguagem escrita seja a única fonte de indeterminação do direito. Para o juiz de Chicago, outras fontes do direito também podem gerar indeterminações, como a história legislativa, a natureza dos contratos, dentre outras. Além disso, defende que, mesmo quando claras, as leis não servem para ser lidas de maneira literal se, quando da aplicação delas, surgirem consequências absurdas.

Posner (2010) acredita que na maioria dos casos faz sentido o juiz ficar restrito à linguagem do contrato ou da lei em questão, ou da decisão judicial passada. Na maioria, mas não em todos. A abordagem pragmática permite ao juiz “arrombar” a área fechada e desconsiderar a lei para alcançar um objetivo prático imediato. Apesar de fazer isso com cuidado, mediante um exame minucioso das consequências sistêmicas dessa atitude.

Portanto, a abordagem judicial pragmática na concepção posneriana não pode ser considerada um mero suplemento, um complemento para os casos nos quais o material

³² Se de um lado os magistrados, quando atuam como legisladores ocasionais, estão presos a certos limites, por outro lado também desfrutam de liberdades das quais não gozam os legisladores ordinários. Posner (2008) aduz que os “custos de transação” são baixos, pois existem menos juízes nos tribunais superiores do que legisladores e, normalmente, as pressões que são exercidas nos legisladores comuns por parte do eleitorado são inexistentes nos juízes da Suprema Corte. Quando decidem os casos de direito constitucional, os juízes da Suprema Corte são como legisladores de um sistema em que não há poder judiciário para invalidar as leis e onde os legisladores uma vez eleitos não podem ser destituídos. Para Posner, algumas das limitações impostas aos magistrados são, na realidade, libertadoras: não poderem apreciar casos que lhe remetam a interesses econômicos ou pessoais, além de não terem que responder a um eleitorado específico, constituem fatores que ampliam a liberdade de decisão dos juízes. Posner chega a afirmar que ainda que seja somente nos casos considerados indeterminados a partir de uma perspectiva legalista, os juízes possuem um nível tão alto de liberdade legislativa quanto à dos legisladores ordinários. Ao contrário dos legisladores, entretanto, os juízes não podem, na prática, dizer ao governo o que ele deve fazer. Tudo o que podem fazer é dizer aos outros ramos do governo o que não podem fazer. Trata-se de um poder considerável, ainda que tenha caráter negativo, especialmente porque por meio dele permite-se, em nome da Constituição – na qual é difícil, por certo, introduzir mudanças -, que a Suprema Corte “bloqueie” projetos de outros poderes (POSNER, 2008, p. 82).

convencional de adjudicação – o texto legal ou constitucional, o texto de um contrato, a jurisprudência e daí por diante – se esgota. Para o pragmatista, em regra, o material convencional não tem prioridade absoluta sobre outras fontes de informação referentes a consequências prováveis de decisão de um caso.

De fato, para o pragmatismo jurídico, quando as consequências não são catastróficas ou absurdas, normalmente é mais sensato seguir o significado manifesto de uma lei ou contrato a fim de proteger as expectativas e, nesse sentido, resguardar a segurança jurídica. Contudo, Posner ressalta que, ainda assim, a decisão pragmática pode – em alguns casos - desconsiderar a lei para alcançar um objetivo prático imediato.

Sexto, *o pragmatismo jurídico é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial*, sendo hospitaleiro, por outro lado, às teorias que guiam a investigação empírica.

O pragmatismo enquanto teoria normativa da decisão judicial é visto pelo próprio Posner (2012) como um método, uma abordagem ou uma atitude, mas não um algoritmo moral, jurídico e político. Portanto, julga-se incapaz de resolver desacordos morais e, por isso, a teoria moral e “abstrata” não é um instrumento a ser utilizado como diretriz para alcançar os fins pragmáticos. Nesse sentido, Posner acredita que “o objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas” (POSNER, 2007, p. 520).

O pragmatismo jurídico de Posner tem aversão às teorias consideradas por ele de “abstratas”, em especial a teoria moral, a teoria política e a teoria constitucional. Os ataques constantes à inutilidade da teoria moral e constitucional para o processo de tomada de decisões judiciais fizeram com que críticos do pragmatismo, como Ronald Dworkin (2010), denominassem a abordagem pragmática de Posner como pertencente a um movimento antiteórico³³.

³³ Por exemplo, para Dworkin (2010, p. 108) “Os argumentos de Posner estão a serviço de um movimento antiteórico populista que hoje é poderoso na vida intelectual norte-americana. [...] Esse movimento consome nosso tempo, pois boa parte dele, como no caso dos argumentos de Posner, consiste em exortações vazias à ação em busca de objetivos que eles nem conseguem descrever, muito menos justificar. Pior ainda, os antiteóricos zombam de uma ideia sobre a qual eles não se detêm para tentar compreendê-la, mas que constitui um predicado crucial de qualquer busca responsável de justiça social. Qualquer princípio moral, por mais que esteja completamente inserido em nossa cultura, língua e prática, pode ser falso – ou, por mais que seja completamente rejeitado, pode ser verdadeiro. Não sei quando a aventura antiteórica de nossa história intelectual terá esgotado sua vigência; é possível que já tenha começado seu já tardio declínio. Mas não devemos deixar de questionar nenhuma informação importante de seu credo”.

Aproveitando do tratamento dado por seu principal crítico, a partir de agora, o presente artigo utilizar-se-á da expressão “antiteoria” para designar a repulsa do pragmatismo posneriano pelas teorias moral e constitucional.

Entretanto, nesse momento cabe uma ressalva importante: Posner (2010) considera falacioso o argumento de que o pragmatismo jurídico é hostil a qualquer tipo de teoria. Mesmo o pragmatismo jurídico interpretado meramente como uma diretriz para adequar o direito ao pragmatismo cotidiano também é uma teoria. Portanto, um pragmatista não pode ser contra qualquer tipo de teoria.

Apesar de Posner não acreditar que as teorias científicas sejam capazes de incorporar verdades científicas sobre o universo, ele não duvida da utilidade das mesmas. Nesse sentido, não é mais pragmático para os juízes utilizarem a economia³⁴ para ajudá-los a chegar a uma decisão do que é para eles usarem química, as descobertas da psicologia cognitiva ou cálculos atuariais.

O pragmatista é despreocupado com as pretensões formalistas e, por isso, está mais aberto a “invasões” ao direito proveniente de outros domínios do saber. Pautando-se pela terminologia utilizada por Brian Leiter (2001), é possível dizer que o jurista pragmático advoga uma jurisprudência naturalizada³⁵, isto é, uma jurisprudência que evita uma análise conceitual “de gabinete”. Ao contrário, prioriza a continuidade, com uma investigação *a posteriori* das ciências empíricas. Isso quer dizer que o raciocínio pragmático, sendo

³⁴ A teoria econômica possui grande força na abordagem pragmática de Richard Posner, que possui muita compatibilidade e afinidade com a teoria da escolha racional, discutida por Jack Knight e James Johnson. A teoria da escolha racional, muito próxima ao pragmatismo, parte do pressuposto de que os indivíduos são seres racionais e, por isso, tendem primordialmente a maximizar o bem estar, utilizando-se de cálculos, por meio da avaliação das possibilidades de conexão entre meios e fins. Nesse sentido: “a abordagem da escolha racional é especialmente adequada para a análise destes fenômenos e para um exame do nexos causal entre a ação e os resultados. Sobre a questão específica das consequências das instituições democráticas, essa abordagem pode ser uma ferramenta primordial para a análise dos efeitos de incentivo das instituições sociais e políticas e os mecanismos pelos quais as ações individuais são agregadas em resultados sociais (por exemplo, os mercados e instituições políticas)”. Do original: “the rational choice approach is especially suited to an analysis of these phenomena and to an examination of the causal nexus between action and outcomes. On the specific issue of the consequences of democratic institutions, this approach can be a primary tool for analyzing the incentive effects of social and political institutions and the mechanisms by which individual actions are aggregated into social outcomes (e.g., markets, political institutions)” (KNIGHT; JOHNSON, 1999, p. 570).

³⁵ A afirmação de que o pragmatismo valoriza uma “jurisprudência naturalizada” é proveniente de uma frase que Posner tomou emprestado de Brian Leiter o qual, anteriormente, já havia afirmado que a orientação do Realismo jurídico também é naturalizada e valoriza as ciências empíricas. Conforme se depreende: “Como resultado dessa orientação Realista, há um consenso de que podemos pensar sobre o tipo de jurisprudência defendida pelos Realistas como uma jurisprudência naturalizada, ou seja, uma jurisprudência que evita a análise conceitual de gabinete, em favor da continuidade, com uma posterior investigação nas ciências empíricas”. Do original: “As a result of this Realist orientation, there is a sense in which we may think of the type of jurisprudence the Realists advocated as a naturalized jurisprudence, that is, a jurisprudence that eschews armchair conceptual analysis in favor of continuity with a posteriori inquiry in the empirical sciences” (LEITER, 2001, p. 283).

empiricista, trata como bem vindas as teorias que orientam uma investigação empírica para a adjudicação judicial pragmática.

O fetiche pelo empírico talvez ajude a compreender o motivo de Posner e outros pragmatistas terem aversão pelas teorias abstratas³⁶.

A teoria econômica, na perspectiva de Posner, é um tipo de teoria crucial para o direito. Isso porque os economistas estão preocupados em mapear e descrever muitas das consequências que são centrais para a análise pragmática como, por exemplo, os efeitos econômicos de instituições jurídicas como os sindicatos, cartéis, divórcio, incapacidade, discriminação, indenização punitiva, regulamentações de segurança e saúde, penas de prisão, dentre muitos outros.

A análise econômica do direito aliada a uma forma de se aplicar o direito que promova a eficácia seria um instrumental útil que os magistrados deveriam buscar, pelo simples fato de ser essencial para a correção de más distribuições de riqueza.

Portanto, os tipos de teorias que os pragmatistas dizem desgostar estão relacionadas às teorias denominadas por eles de “limitadamente abstratas”. Posner (2010), ao atacar a abstração dessas teorias, alega que elas “incluem a teorização de nível mais baixo” e que os professores de direito constitucional costumam utilizar. Nelas, as decisões seriam avaliadas por referência e abstrações comuns no discurso sobre direito, como “imparcialidade”, “justiça”, “autonomia” e “igualdade”.

Para exemplificar sua preferência pelas teorias que guiam a investigação empírica, ao invés das teorias “abstratas”, Posner exemplifica seu pensamento a partir de alguns questionamentos hipotéticos:

Caso sejam levantadas questões constitucionais do tipo: os filhos de imigrantes não naturalizados devem ter direito à educação pública gratuita? Ou, o gasto por aluno na educação pública deve ser igualado em todos os distritos escolares? Deve ser permitido rezar em escolas públicas? Em casos como esses, o pragmatismo jurídico acredita que os advogados e juízes que atuam na seara constitucional devem estudar educação, imigração,

³⁶ Mas cabe um adendo: cumpre salientar que, em certa medida, até mesmo as teorias científicas são abstratas. A ciência também depende de abstração. Por exemplo: as leis causais que são a glória da ciência, assim como a lei universal de Newton, são abstratas. Mas trata-se de um tipo diferente de abstração. Segundo Posner (2010, p. 60) “a abstração como uma ferramenta da ciência empírica é muito diferente da abstração como um ponto de parada, que é o tipo de abstração que se encontra na maior parte da teoria moral, filosófica e legal. O economista que usa um modelo altamente estilizado e descritivamente irrealista de “homem racional” para prever a reação da, digamos, demanda por cigarros para um aumento no imposto sobre cigarros está empregando uma abstração para orientar a investigação empírica. O que não seria pragmático num economista seria a indiferença ao resultado da investigação, ignorando a refutação de sua teoria por dados”.

finanças públicas e religião, ao invés de se aterem em argumentos constitucionais e morais, considerados pelos pragmáticos demasiadamente abstratos³⁷.

Posner não deseja ser acusado de cientificista, mas afirma que as teorias mais bem sucedidas são aquelas encontradas nas ciências naturais: “pelo fato de versar sobre fenômenos observáveis e entidades reais (que existem fisicamente), pode ser posta à prova mediante a comparação de suas previsões e resultados da observação” (POSNER, 2012, p. 19).

Para que uma teoria seja considerada importante, segundo o pragmatismo posneriano, duas questões devem ser analisadas: i) ela deve gerar previsões que possam ser refutadas empiricamente, caso contrário ela não pode ser posta à prova; e ii) os dados capazes de refutá-la empiricamente devem poder ser observados.

Posner alega que as teorias devem nos ajudar a compreender, prever e, em certa medida, controlar nosso ambiente físico e social. Por isso as teorias econômicas e biológicas, segundo o juiz, são importantes, pois produzem um conhecimento que afeta a realidade, o critério pragmático do conhecimento.

3. A “ANTITEORIA” PRAGMATISTA

A antiteoria- expressão derivada da terminologia usada por Dworkin (2010)³⁸ - consiste basicamente no desprezo do pragmatismo jurídico posneriano em utilizar as teorias “abstratas” – em especial a teoria moral e constitucional - como guias para o processo de tomada de decisão judicial.

Em relação à teoria moral, a antiteoria tem seu sustentáculo em torno de dois argumentos principais, denominadas de “forma forte” e “forma moderada”. Segundo Posner (2012, p. 4):

i) A versão forte afirma que a teorização moral não fornece nenhum fundamento útil para os juízos morais – por exemplo: “o aborto é mau” ou “é boa a redistribuição de riqueza

³⁷ Conforme Posner, os juízes devem favorecer a investigação empírica “em vez de inalar os vapores intoxicantes da teoria constitucional para melhor manipular slogans vazios – como o muro de separação entre a Igreja e o Estado – e vácuos que imploram pelo questionamento, como a “igualdade” e “direitos fundamentais”. [...] Em suma, a objeção do pragmatista não é à teoria, mas à má teoria, à teoria inútil, e à concessão do título honorífico de “teoria” à retórica formalista” (POSNER, 2010, p. 62).

³⁸ Vide nota 2 supra.

dos ricos para os pobres” – e não pode nos tornar moralmente melhores nem em nossa vida privada nem em nossa atuação pública.

ii) A versão moderada diz que: mesmo que a teorização moral possa fornecer um fundamento útil para alguns juízos morais, não deve ser usada para a formulação de juízos jurídicos. Ela não é algo com que os juízes se sintam ou possam se sentir à vontade nem algo que saibam ou possam saber usar; causa dissensão social e não tem nada em comum com as questões presentes nas demandas judiciais.

Na perspectiva de Posner (2012), a teoria moral consiste em um tipo de discurso que tenta dizer como as pessoas devem se comportar, ou seja, que procura captar a verdade no que diz respeito às nossas obrigações. Esse tipo de teoria trata sobre questões como as seguintes: “será sempre errado mentir ou descumprir uma promessa?”; “Será moral o infanticídio?”; “A discriminação sexual é correta?”, etc.

A teoria moral tenta lidar com perguntas que querem saber se nós devemos ou não agir de certo modo e isso incomoda profundamente Posner. Para o professor de Chicago, o tipo de pregação da teoria moral que predomina hoje no meio acadêmico pretende ser independente de qualquer compromisso metafísico controverso – como o de um cristão devoto – e, ainda assim, atrair os juízes dos tribunais laicos.

O “moralismo acadêmico” seria um dos ramos da teoria moral e representa, segundo Posner (2012), a ética aplicada formulada por professores universitários da atualidade como: Ronald Dworkin, Joseph Raz, John Finnis, John Rawls, Martha Nussbaum, dentre outros³⁹. Embora alguns desses autores sejam considerados primeiramente filósofos do direito (por exemplo, Dworkin e Raz), ou filósofos políticos (Rawls), e não filósofos da moral em si, os “moralistas acadêmicos”, apesar de suas peculiaridades próprias, possuiriam todos um ponto em comum: querem que o direito siga os ensinamentos da teoria moral, embora nem sempre com a mesma proximidade.

Acreditam que a teorização moral tem importante papel a desempenhar no aperfeiçoamento dos juízos morais e do comportamento moral das pessoas, sejam deles próprios, de seus alunos, dos juízes, dos norte-americanos e até mesmo dos estrangeiros.

Entretanto, segundo Posner, os instrumentos analíticos que são empregados pelo moralismo acadêmico – como os estudos de casos concretos, o raciocínio a partir dos textos

³⁹ Essa lista também engloba Elizabeth Anderson, Sissela Bok, David Gauthier, Alan Gerwith, Frances Kamm, Thomas Nagel e Judith Jarvis Thomson.

canônicos da filosofia moral, a análise cuidadosa, o equilíbrio reflexivo ou qualquer combinação de todos estes – seriam débeis demais para estar acima do interesse próprio ou da intuição moral. Os moralistas acadêmicos careceriam de habilidade retórica e de conhecimento factual capazes de torná-los aptos a persuadir sem lançarem mão de bons métodos de investigação e análise. Por isso – em virtude das deficiências analíticas, retóricas e factuais – o moralismo acadêmico seria impotente contra “um choque de intuições”⁴⁰ ou da “oposição do interesse próprio”.

Para Richard Posner, essas “deficiências” impedem que os moralistas acadêmicos alcancem o seu objetivo – mesmo que implícito - de impor à sociedade uma moral uniforme, onde cada moral seria, implicitamente, uniformizadora. Mas, segundo Posner, como não existe acordo entre os teóricos morais, o debate moral nunca permitiria diminuir o desacordo, antes o fortaleceria. Ao utilizar-se da filosofia moral para a resolução de casos, além de não proporcionar o consenso, o contato com esta poderia fazer com que pessoas mais cultas se comportassem de modo menos moral, eis que a reflexão tornaria as pessoas mais capazes de encontrar justificativas para os seus maus comportamentos. Posner (2012) acredita que a reflexão moral mina a capacidade da ação moral.

Embora o alvo de Posner não seja a moral em si, com a qual afirma não ter desavença alguma, mas sim com a “teoria moral”, cabe dizer que, para Dworkin (2010) uma das tantas confusões que Posner faz reside justamente em tentar separar “moral”, “argumento moral” e “teoria moral”. Posner acredita em uma diferença entre julgamento e raciocínio moral – das quais as pessoas comuns se ocupariam – da teoria moral, que seria restrita a uma casta de acadêmicos que tentam impor posicionamentos morais. Entretanto, Dworkin alega ser impossível dizer onde termina um juízo moral e onde começa a teoria moral. “As “teorias morais” somente se distinguem em nível de generalidade ou abstração, mas, qualquer classificação categórica de um argumento moral como concreto ou teórico seria irremediavelmente arbitrária” (DWORKIN, 2010, p. 116).

Posner acusa a teoria moral de ser “uma grande mistificadora” e, por isso, o direito somente seria desmistificado se dela conseguisse se livrar. Nesse sentido, a filosofia moral não tem nada a oferecer aos operadores do direito encarregados de fornecerem decisões judiciais, sendo que os casos jurídicos deveriam ser abordados pragmaticamente. A impotência da teoria moral seria verdadeira mesmo quando as questões a serem decididas

⁴⁰ Posner (2008) acredita que os juízes julgam mais com base em suas intuições do que na utilização de “verdades” morais. Em especial, quando os magistrados se defrontam com *hard cases*, nos quais a aplicação dos métodos legalistas é insuficiente, eles recorrem a crenças e à intuição, que podem ter caráter político, ainda que não partidarista.

girassem em torno de assuntos que produzem acalorados debates morais, como o aborto, a ação afirmativa, a discriminação racial e sexual e os direitos dos homossexuais.

Essa aversão à teoria moral deve-se, sobretudo, ao ceticismo em relação à capacidade de debates morais gerarem consenso, assim como na descrença na existência de universais morais, características intrínsecas ao pragmatismo jurídico do qual se discute neste artigo. A posição metaética⁴¹ de Posner é classificada como “ceticismo moral pragmático”⁴². Para ele, as intuições morais não cedem, nem devem ceder, perante os argumentos débeis em que se resume a contribuição que os filósofos podem dar às questões morais⁴³.

Grande parte dos esforços do pragmatismo jurídico é voltado para conseguir persuadir de que os recursos intelectuais investidos no direito estão sendo mal direcionados. Segundo Posner (2012), é grande demais a fração investida na formulação e elaboração de teorias normativas abstratas, e pequenas demais a destinada para o desenvolvimento e aplicação de teorias sociais científicas e para a coleta de dados acerca da operação real do sistema jurídico, de seus custos e outras consequências.

Note-se que uma grande preocupação presente na obra *The Problematics of Moral and Legal Theory*⁴⁴ – na qual Posner ataca com afinco a utilização das teorias moral e constitucional pelos juízes na resolução de casos jurídicos- é a de apresentar a ciência social como instrumento para resposta de questões importantes sobre o sistema jurídico.

Com o auxílio da sociologia aplicada ao direito, Posner tenta defender que a decisão judicial pragmática é aquela que conduz ao que ele denomina de “ciência madura do direito”. O ceticismo em relação à filosofia moral e à teoria constitucional nada mais é, segundo Posner, mais um *leitmotif* – idéia central - da sociologia.

Uma das ênfases do pragmatismo jurídico, portanto, reside na valorização das ciências sociais aplicadas ao direito⁴⁵. Apesar de a obra de Posner, em sua totalidade, não constituir um estudo sociológico em si, o fechamento do direito para a sociologia é um fenômeno que

⁴¹ Por metaética, entende-se a área da ética que, em vez de se ocupar de teorias normativas relativas àquilo que devemos fazer ou ao tipo de pessoa que devemos ser, investiga a própria natureza dessas teorias e da moralidade em geral.

⁴² dentre várias características, é possível destacar: enxerga a moral como um fenômeno local, partindo da ideia de que não existem universais morais interessantes; também não crê na existência de um realismo moral que tenha algum significado, mas tão somente uma forma particular de relativismo moral; nega qualquer tipo de progresso moral, pois este não passa de uma concepção particular relativa “aos olhos de quem vê” (FELIPE, 2014).

⁴³ Posner refere-se às questões morais controversas, pois quando não há controvérsia, quando todos concordam sobre qual a conduta correta, a questão não existe, e para ele, nesses casos, a teoria não se faz necessária (POSNER, 2012, p. X).

⁴⁴ Traduzida em 2012 para português com o título: “A problemática da teoria moral e jurídica”.

⁴⁵ Posner acredita que a sociologia do direito é quase invisível na cena universitária. Ela teria sido “eclipsada” pela análise econômica do direito, pela filosofia do direito, pela teoria feminista do direito e pelos estudos jurídicos críticos (POSNER, 2012, p. XVIII).

influencia diretamente seu pragmatismo jurídico. Os estudos sociológicos, assim com suas verificações e suas análises empíricas poderiam auxiliar o juiz no processo de tomada de decisões, ao contrário das teorias moral e constitucional, as quais seriam completamente abstratas e em nada poderiam produzir além de dissenso.

O professor de Chicago chega a afirmar que a teoria moral pode parecer o instrumento adequado a ser utilizado quando o direito posto - assim como os instrumentos ortodoxos do positivismo jurídico - não fornece respostas ou caminhos a serem seguidos em certas situações jurídicas de difíceis resoluções (*hard cases*). Acontece, contudo, que na maioria das vezes, achar que a utilização da teoria moral é indispensável, não passa de uma confusão entre “ética”, “razão prática”⁴⁶ e “teoria moral”:

A atividade judicial é uma atividade normativa; toda vez que o juiz vai além da simples aplicação do direito positivado – e isso, como Dworkin demonstrou, ocorre com frequência – o problema de passar do “ser” ao “dever ser” levanta sua cabeçorra e, de repente, pode-se ter a impressão de que o magistrado está mergulhado no domínio da teoria moral. Porém, ética e razão prática não se confundem com a teoria moral, a menos que este último termo seja usado (o que não ajuda em nada) para denotar toda espécie de raciocínio normativo sobre questões sociais. Espera-se dos juizes que apresentem razões para seu proceder, e as razões nem sempre estão claramente contidas nas fontes ortodoxas do direito. A partir das razões que um juiz apresenta em uma série de causas, poder-se-á – se o juiz for coerente – alinhar uma “teoria” que se pode pedir que ele justifique. Disso não decorre que o juiz se beneficiaria da leitura e do estudo da teoria moral (POSNER, 2012, p. 177)

Posner faz questão de convencer que diversos outros instrumentos podem ser utilizados ao invés da teoria moral. Até mesmo outras teorias. Para demonstrar que a teoria moral não é insubstituível, nos faz pensar na educação, por exemplo. A teoria da educação é tão antiga quanto à teoria moral. Mas não há provas de que os professores ou administradores escolares que se “saturam” de teoria são melhores no que fazem do que aqueles que não se saturam. Posner acredita que a história da teoria moral, por sua vez, que começou com Platão, é tão repleta de esperanças frustradas e discussões infrutíferas quanto à da teoria educacional. Por que, então, deveríamos acreditar que um curso de teoria moral seria bom para os juizes?

Dworkin (2010) acredita que em certos casos não temos escolha: somos obrigados a pedir aos juizes que se defrontem com questões que, de quando em quando, tem caráter filosófico, ocasião em que fugir da teoria moral seria impossível. Mas, para Posner (2012), assim como as questões de teoria educacional não são inescapáveis na atividade docente, as questões de teoria moral não o são na atividade judicial. O mais importante, na perspectiva

⁴⁶ Posner define a razão prática como o conjunto de métodos, entre os quais as reações instintivas, que as pessoas usam para tomar decisões quando o uso de métodos da ciência e da lógica não são possíveis ou produtivos (POSNER, 2012, p. 178).

posneriana, é que as questões morais podem ser ou excluídas da apreciação dos juízes ou reformuladas a partir de um viés pragmático:

Os juízes não precisam tomar partido nas questões morais nem pelo fato de a rejeição do positivismo jurídico criar essa necessidade, nem porque há continuidade entre o direito e a moral, nem porque a moral dá conteúdo ao direito nem, por fim, porque a aplicação da lei moral foi prescrita à magistratura. As considerações derivadas da teoria moral são mero subconjunto das considerações normativas potencialmente úteis para o juízo judicial. As questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questões de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis* (decisão de acordo com os precedentes – ou, ainda, encaradas como um motivo convincente para que o Judiciário se abstenha) (POSNER, 2012, p. 178).

Não seria verdadeira, portanto, para Posner, a afirmação de Anthony Kronman (1998) de que “o tipo de dilema moral em que os homens e mulheres se encontram de quando em quando, e que exige o exercício da razão, é para os juízes um problema de rotina”⁴⁷. Segundo Posner, Kronman confunde “moral” com “normativo” e o raciocínio moral com o raciocínio *tout court*⁴⁸.

Posner não nega que rotineiramente os juízes se defrontam com questões que não podem ser resolvidas pela aplicação de um algoritmo. Entretanto, acredita que tais casos exigem não a aplicação de uma teoria moral, mas, ao contrário, o emprego da razão prática - o conjunto de métodos, entre os quais as reações instintivas, que as pessoas usam para tomar decisões quando o uso dos métodos da ciência e da lógica não são possíveis ou produtivos.

Portanto, Posner acredita que quando faltam os métodos tradicionais de resolução de dissídios, não quer dizer que o juiz estará sempre enfrentando um “dilema moral” do qual somente poderia sair pelo emprego da “razão moral”. Os juízes enfrentariam dilemas morais tão somente quando o direito favorecesse um resultado que contradissesse suas mais profundas crenças morais. O “dilema moral” não seria, portanto, em sua perspectiva, um problema de rotina.

O argumento “moderado” da antiteoria de Posner começa a ganhar seus contornos: ora, uma vez que a teoria moral não é um armamento indispensável no arsenal dos juízes, mas tão somente algo que eles podem usar caso queiram, é improvável que a utilizem se não a considerarem um método objetivo e eficaz para a resolução de conflitos jurídicos. Para Posner, o debate moral é incapaz de ser objetivo e gerar verdades, por mais que muitos

⁴⁷ Do original: “The kind of moral quandary in which ordinary men and women find themselves from time to time, and which demands the exercise of reason, is for judges a routine predicament. It defines their professional position, and hence requires of them a greater than ordinary use of moral reason” (KRONMAN, 1998, p. 1762).

⁴⁸ Significa: “sem mais nada”; simplesmente. Posner refere-se ao raciocínio em sua forma “pura”.

filósofos – morais, principalmente Dworkin - tentem convencer do contrário; e, por isso, não tem utilidade aos magistrados.

Posner cita Michael S. Moore que, apesar de ser um “moralista jurídico” chegou a admitir que quando os juízes decidem qual é o processo legal devido ao cidadão, ou quais são as exigências da igualdade, ou qual pena é cruel, eles julgam um fato moral que pode ser verdadeiro ou falso (MOORE, 1992)⁴⁹. Ora, para Posner (2012), Como é impossível julgar a verdade ou a falsidade de uma pretensão moral qualquer⁵⁰, os juízes – incluindo ele – não se sentirão à vontade ao propor e responder questões jurídicas como se fossem questões a respeito da lei moral.

Talvez o tipo de teoria moral que mais incomode Posner seja a do tipo aplicada por Ronald Dworkin. Não à toa, menções a Dworkin são constantes em seus artigos e livros, sendo que os dois já travaram debates intensos no âmbito da teoria do direito e da teoria da decisão judicial.

Posner (2012) considera Dworkin um típico raciocinador moral abstrato, por querer que os juízes justifiquem as proposições jurídicas demonstrando que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificativa da prática jurídica mais generalizada na área doutrinal em que o caso se insere. A melhor justificativa, para Dworkin (2010), seria aquela que melhor se encaixa na prática jurídica e lança sobre ela a “luz mais favorável”. Na busca dessa luz mais favorável, o juiz pode ver-se inserido em uma “ascensão justificadora”, ou seja, pode encontrar-se obrigado a verificar a coerência entre a justificativa que ele postulou para sua decisão, de um lado, e camadas cada vez mais amplas de doutrina jurídica, de outro, à medida em que são levantadas questões sobre a compatibilidade entre a decisão e esta ou aquela norma ou princípio jurídico – ou, conforme Posner, a moral.

Segundo Posner, a “ascensão justificatória” demonstra que Dworkin acredita que os juízes geralmente raciocinam de baixo para cima, ou seja, a partir de casos e argumentos particulares – não ao contrário, de cima para baixo, a partir de um princípio generalíssimo, como o igualitarismo ou o utilitarismo – até encontrar a coerência com princípios abstratos “mais elevados”⁵¹.

⁴⁹ Do original: “when judges decide what process is due a citizen, or what equality requires, or when a punishment is cruel, they judge a moral fact capable of being true or false” (MOORE, 1992).

⁵⁰ Aqui visualiza-se outra contradição com Dworkin (1996), o qual acredita enfaticamente na possibilidade de determinar se uma afirmação moral é verdadeira ou falsa.

⁵¹ Embora, como veremos a seguir, Posner acusa Dworkin de, em sua teoria constitucional liberal, influenciar pelo raciocínio “de cima para baixo”. Como ponto de partida do raciocínio da teoria constitucional de Dworkin, estaria o liberalismo político.

O problema, para Posner, é que o estilo de Dworkin é apenas mais um modo possível de praticar o direito e, além de não ser o único, não é o melhor. Não bastassem as deficiências que esse modelo traz consigo – do moralismo acadêmico – ele é abstrato demais para um sistema jurídico, principalmente quando esse sistema é baseado em precedentes, como o norte-americano⁵².

Posner deixa claro que, apesar das propostas de abordagem de Dworkin, a “cura” não está na alta teoria. Muito menos na teoria moral. Argumenta, enfatizando seu pragmatismo, que “O que os juízes precisam é uma compreensão melhor das consequências práticas de suas decisões” (POSNER, 2012, p. 186). Nesse sentido:

A maioria dos juízes norte-americanos não é ideóloga, mas pragmatista. Para encontrar boas soluções pragmáticas, porém, precisam compreender a dimensão empírica das disputas judiciais submetidas à sua apreciação. A conhecida diferença entre juízes e juízas na decisão dos casos de assédio sexual não se deve a uma divergência teórica. Poucos desses magistrados são machos chauvinistas ou feministas radicais. A diferença provém antes de tudo de uma percepção diferente da incidência e dos efeitos, psicológicos e outros, desse tipo de assédio. Não é vã a esperança de que o estudo empírico desse fenômeno fizesse diminuir tal diferença (POSNER, 2012, p. 187).

A teoria constitucional, por sua vez, está diretamente associada à teoria moral e, em uma perspectiva posneriana, consiste na teoria normativista inserida no direito que tem como intuito influenciar o modo pelo qual os juízes decidem causas constitucionais difíceis⁵³.

Posner (2009) acredita que o estilo dominante nas teorias constitucionais modernas é aquilo o que ele denomina de raciocínio “de cima para baixo”, estilo visível, por exemplo, nos argumentos de Ronald Dworkin pelo direito de aborto em “*Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*” (1992). No raciocínio de cima para baixo o juiz, ou outro analista jurídico, adota uma teoria sobre algum campo do direito, ou até mesmo sobre o direito em geral, e a utiliza para organizar, criticar, aceitar, rejeitar ou distinguir os casos decididos, bem como para “inventar” justificativas para estes; ou, ainda, para ampliar seu alcance e fazer com que se encaixem na teoria, gerando-se, assim, em cada novo caso que surja, um resultado coerente com a teoria e com os casos por esta revestidos de autoridade.

⁵² Para Posner (2012), talvez o modelo de Dworkin fosse mais útil em um regime de controle de constitucionalidade preventivo, como os que se encontram nos tribunais constitucionais da Europa Central e, vez por outra, nos supremos tribunais norte-americanos. Os tribunais praticam o controle preventivo quando apreciam a constitucionalidade das leis antes que estas sejam aplicadas.

⁵³ Segundo Posner, os teóricos que a pregam são, na maioria das vezes, concededores do direito que “não conseguem resistir à tentação de dizer aos seus leitores quais causas, em sua opinião, foram decididas de acordo com sua teoria ou a partir de um ponto de vista contrário” (POSNER, 2012, p. 226).

O tipo raciocínio predominante nas teorias constitucionais diferencia-se do raciocínio de baixo para cima, o qual inclui as técnicas mais tradicionais utilizadas pelos juristas no dia a dia, como o raciocínio por analogia e a interpretação conforme o sentido ordinário. Neste tipo, o indivíduo parte da letra de uma lei ou outra promulgação, ou então de um caso ou conjunto de casos, mas não vai muito longe em graus de abstração.

Dworkin é associado por Posner (2009) a uma teoria do direito constitucional que trata o direito como expressão de princípios liberais igualitários. Dentre outros teóricos constitucionais que realizam o raciocínio de cima para baixo, destacam-se, nos Estados Unidos, John Hart Ely - o qual possui um tipo de teoria constitucional diferente da de Dworkin, mas igualmente ambiciosa: ela foi construída em prol da causa da promoção dos valores da democracia representativa - Bruce Ackerman, Robert Bork e, entre os mais antigos, temos o exemplo de Christopher Columbus Langdell.

Portanto, Dworkin, Ely e muitos outros aqui não mencionados, têm algo em comum, segundo Posner: adotam o raciocínio constitucional de cima para baixo. A partir de diversas fontes, como a letra, a história e os fundamentos da Constituição, – sem dar preferência à letra pura, pois Posner acusa as pessoas “sofisticadas” em matéria de interpretação de acreditarem que a letra não possui preponderância, de forma alguma – as decisões que interpretam a Constituição, bem como os diversos valores e pensamentos políticos, morais e institucionais, criam uma teoria abrangente dos direitos a serem reconhecidos pela Constituição. “Armados” deste tipo de teoria selecionam uma tradição principal de casos, descartando outros os quais consideram secundários, ou relegando-os a um segundo plano. Então, decidem os novos casos de uma forma que seja coerente, tanto com a teoria criada, quanto com a jurisprudência. Essa descrição, para Posner, constitui a essência do que ele denomina de “teoria constitucional”.

Contudo, Posner (2012) acredita que a aplicabilidade da teoria constitucional ao direito constitucional propriamente dito é, no mínimo, limitada. Defende que não é necessário nada que leve o pretensioso nome de “teoria” para decidir causas constitucionais em que a história ou o próprio texto da Constituição proporcionam diretrizes seguras. Dois pontos elucidam essa perspectiva de Posner:

i) Primeiro, em questões constitucionais “simples”, não seria necessária nenhuma teoria. Por exemplo: para determinar quantos senadores podem ser eleitos em cada estado, basta atentar para o texto constitucional em sua forma pura.

ii) Nas causas constitucionais “difíceis”, nas quais não existem diretrizes preestabelecidas pelo direito positivado, as questões de interpretação podem ser resolvidas de

uma maneira que ele considera bem menos complicada: basta ponderar as consequências das interpretações alternativas. Em suma, ser pragmático.

O pragmatismo posneriano acredita que, apesar de antiga, a teoria constitucional não apresenta qualquer sinal de progresso. Além disso, ela não teria o poder de impor a concordância a quem não esteja predisposto a aceitar o programa político do teórico que a defende (no caso de Dworkin, por exemplo, o liberalismo político). Posner acredita que isso acontece porque, assim como a teoria moral, ela é normativa, abstrata, não empírica e muitas vezes contraria intuições morais ou convicções políticas profundas.

A teoria constitucional é interpretativa, mas a precisão da interpretação de um documento como a Constituição não é verificável nem demonstrável. Nesse sentido, esse tipo de teoria não seria capaz de atender a maior necessidade dos juízes que decidem causas constitucionais: a necessidade de conhecimento empírico.

Não quer dizer que, para o pragmatismo enquanto abordagem judicial, os dados empíricos e o esclarecimento dos fatos sejam suficientes para decidir uma causa. Acredita-se que seja necessária uma estrutura analítica na qual se possa encaixar os fatos. Mas, segundo os pragmatistas, o desenho desta estrutura não é o maior problema do direito constitucional hoje em dia. Posner (2012) afirma que o maior problema é a falta de um conhecimento cuja produção é função própria da pesquisa acadêmica, não do litígio judicial. O detalhe é que se trata de uma pesquisa diferente da realizada pelos teóricos constitucionais.

Nos Estados Unidos, em especial, Posner afirma que os teóricos não têm um grande público entre os juízes – e isso ele diz a partir de um ponto de vista interno, já que o mesmo exerce a magistratura como profissão – mas o têm entre seus próprios alunos e, conseqüentemente, entre os assistentes dos juízes (*law clercks*), cuja influência sobre o direito, embora pequena, não é desprezível.

A verdadeira importância da teoria constitucional, entretanto, assim como o seu forte crescimento nas últimas décadas, deve-se à crescente “academização” dos professores que dão aula nas faculdades de direito. Mais do que antes, Posner acredita que eles tendem a escrever não para serem lidos pelos juízes e demais praticantes do direito, mas por seus colegas. E o número de professores de direito é tão maior em relação há alguns anos atrás que, mesmo que os trabalhos destes teóricos tenham por alvo somente outros professores, o público não é de tamanho desprezível⁵⁴.

⁵⁴ Para Posner, à medida que a teoria constitucional se torna mais “teórica” e menos ligada à prática do direito, “ela se torna cada vez mais acessível a professores universitários de outros campos, como a teoria política e a

O problema resultante desse crescimento, contudo, na perspectiva pragmática posneriana, é que a teoria constitucional, hoje, se desenvolve em um meio extremamente vazio para os juízes e advogados praticantes. Em suma, ela não seria prática e, por isso, representa um entrave ao pragmatismo jurídico.

Quando Dworkin (1996) faz afirmações do tipo “A concepção norte-americana de democracia é a forma de governo estabelecida pela Constituição, segundo a melhor interpretação desse documento”⁵⁵, por “melhor interpretação”, Posner ataca dizendo que Dworkin se refere à sua própria interpretação, rica em elementos materiais, mas com base em sua particular teoria constitucional. Ou seja, ele se põe na posição de um porta-voz autêntico do conteúdo da democracia, mas se esquecendo que sua posição é apenas mais uma dentre várias (POSNER, 2012).

O “calcanhar de aquiles” do direito constitucional hoje, afirma Posner, não é a falta de uma boa teoria constitucional, mas sim a ausência de fundamentação empírica. Os juízes deveriam reconhecer a limitação de seu conhecimento proveniente das teorias constitucionais, as quais em nada podem auxiliar de maneira positiva a lidar com a incerteza acerca das consequências de suas decisões.

Uma das teorias que seria capaz de contribuir com os juízes na busca das melhores consequências – além da econômica e social, por exemplo, as quais têm papel relevante para o viés pragmático - é a teoria científica, aliada à pesquisa empírica (POSNER, 2012, p. 287).

O pragmatismo posneriano tenta convencer que os juízes que julgam os litígios possuem um conhecimento muito limitado das realidades sociais que dão origem às demandas jurídicas e esse seria mais um motivo para desconfiarem da teoria moral e constitucional. Enquanto os magistrados não ampliarem a sua base de conhecimento, as limitações da teoria moral e constitucional proporcionariam um argumento convincente em favor da automoderação judicial⁵⁶, por mais que essa atitude acarrete na renúncia ao “sonho” – nesse sentido Posner é sarcástico – acalentado por muitos teóricos constitucionais de que a Suprema Corte venha a reformular completamente a sociedade em nome da Constituição, em prol de teorias diversas como: o igualitarismo radical, o jusnaturalismo católico, a economia do *laissez-faire* ou do populismo reacionário, a depender do teórico.

filosofia moral. Isso colaborou para que o número de teóricos constitucionais crescesse a ponto de a categoria alcançar a autossuficiência” (POSNER, 2012, p. 229)

⁵⁵ Do original: “The American conception of democracy is whatever form of government the Constitution, according to the best interpretation of that document, establishes” (DWORKIN, 1996, p. 75).

⁵⁶ Do original: *Judicial self-restraint*. Expressão que, tradicionalmente, caracteriza a atitude que os próprios juízes se impõem e que consiste em uma deferência calculada perante os outros dois poderes do Estado.

Percebe-se que um dos motivos da repulsa de Posner às teorias acima mencionadas, deve-se, sobretudo, à incapacidade de ao teorizar, na busca de uma fundamentação para a decisão judicial, alcançar-se consenso. Por isso, os magistrados deveriam focar seus esforços mais nas consequências das possíveis decisões e não em abstrações ou debates teóricos. Com efeito, Posner (2012) afirma que os acadêmicos constitucionais ajudariam mais os tribunais e a sociedade se não examinassem os processos e doutrinas constitucionais à luz do que se tem sob o *status* de teoria nos círculos jusfilosóficos, mas sim à luz do contexto social das questões constitucionais, de suas causas, seus custos e suas consequências.

Na realidade, Posner está convencido de que os juízes, principalmente os da Suprema Corte, sequer prestam atenção à teoria moral e constitucional ao decidirem questões judiciais. Por que, então, dar-se ao trabalho de criticar os teóricos? A resposta consiste no fato dele acreditar que a teoria ainda é influente nas faculdades de direito, sendo a influência dela “perniciosa”, pois afasta os juristas acadêmicos de sua função fundamental: a de gerar conhecimento de que os juízes e demais profissionais práticos precisam para poder maximizar a utilidade social do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi o de apresentar os principais contornos da abordagem judicial pragmática posneriana, assim como uma de suas principais características: a antiteoria, consistente na repulsa do pragmatismo em apoiar-se na teorização “abstrata” e no debate e argumentos morais como instrumentais para o processo decisório a serem utilizados pelos magistrados.

A pretensão não foi a de aprofundar em análise crítica ao estilo proposto por Posner, muito menos defendê-lo como protótipo ideal a ser seguido, mas sim a de oferecer introdução aos leigos a este tipo de abordagem muito popular nos Estados Unidos da América. A viabilidade desse pragmatismo em sua totalidade, todavia, é no mínimo questionável, sendo que suas falhas e incoerências já foram expostas por diversos jusfilósofos e filósofos morais, como Charles Fried, Anthony Kronman, John T. Noonan Jr, Martha C. Nussbaum e, principalmente, por Ronald Dworkin, para o qual a afirmação posneriana que defende que, ao decidirem casos difíceis, os juízes não devem se voltar para níveis teóricos mais abstratos,

mas, por analogia, para algo mais próximo da prática cotidiana, é um contraste falso, pois, parafraseando Kant, “sem teoria, a analogia é cega”⁵⁷.

Tendo em vista que a análise crítica e a desconstrução do pragmatismo posneriano sejam assuntos para outro trabalho, cabe ao leitor, portanto, refletir acerca de quais valores pragmáticos são compatíveis com a conjuntura justeórica contemporânea e com as instituições nacionais. Certamente temos algo a aprender com o pragmatismo, ainda que não seja possível absorver e aplicar suas propostas em sua totalidade.

⁵⁷ Existe uma conhecida máxima kantiana que afirma: “a experiência sem teoria é cega, mas a teoria sem experiência é mero jogo intelectual”.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Elizabeth. Pragmatism, Science, and Moral Inquiry. In: FOX, Richard Wightman; WESTBROOK, Robert B.. *In face of the facts: Moral inquiry in American scholarship*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e implicações. In: (COORD.), Daniel Sarmento. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 02, p.159-167, 1985.

CRAIG, Edward. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London And New York: Routledge, 1998. 9169 p.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 421 p.

_____. *Freedom's Law: The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. 427 p.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy And Public Affairs*, Princeton, New Jersey, v. 25, n. 2, p.87-139, spring 1996. Disponível em: <<http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>>. Acesso em: 16 fevereiro. 2015.

_____. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo.

_____. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University Of Chicago Law Review*, Chicago, n. 2, p.381-432, 1992.

FARLEX, The Free Dictionary By. *Legal dictionary: Adjudication*. 2005. Disponível em: <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/adjudication>>. Acesso em: 16 fevereiro 2015.

FELIPE, Bruno Farage da Costa . *EXISTE VERDADE NA TEORIZAÇÃO MORAL? O CETICISMO MORAL PRAGMÁTICO E A INDEPENDÊNCIA METAFÍSICA DO VALOR: DUAS PERSPECTIVAS DA MORAL E SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO*. In: CONPEDI; UFSC. (Org.). XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFSC. 1ed.: , 2014, v. , p. 291-315.

FREEDOM, The Carters Of. *The Constitution of the United States*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 16 fevereiro 2015.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia - Holanda*. 2003. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanhol.htm>>. Acesso em: 16 fevereiro 2015.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 399 p.

_____. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. 45. ed. Boston: Little, Brown And Company, 1923. 422 p.

JAMES, William. *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1907. 89 p.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Inquiry into Democracy: What Might a Pragmatist Make of Rational Choice Theories? *American Journal Of Political Science*. Bloomington, p. 566-589. abr. 1999. Disponível

em:<http://stevereads.com/papers_to_read/inquiry_into_democracy_what_might_a_pragmatist_make_of_rational_choice_theories.pdf>. Acesso em: 16 fevereiro 2015.

KRONMAN, Anthony Townsend. The Value of Moral Philosophy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 1751, p.1751 -1767, 1 jan. 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1052>. Acesso em: 16 fevereiro 2015.

LEITER, Brian. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. *Chicago Journals: Ethics*. Chicago, p. 278-301. jan. 2001. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1086/233474>>. Acesso em: 16 fevereiro 2015.

MOORE, Michael S.. Moral Reality Revisited. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 90, n. 8, p.2424-2533, ago. 1992. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1289577>>. Acesso em: 16 fevereiro 2015.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. State College: Pennsylvania State University, 1998. 137 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. 1 v.

POSNER, Richard A.. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 507 p.

_____. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 299 p.

_____. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. 387 p.

_____. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. 398 p.

_____. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, New York, v. 35, n. 1 -2, p.147-159, 27 fev. 2004.

_____. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 627 p.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.