

PARA ALÉM DO
DIREITO
RICHARD A. POSNER

Introdução: Pragmatismo, economia e liberalismo

Os adeptos do movimento dos estudos jurídicos críticos, mas não só estes, costumam contar a seguinte história sobre o direito. No final do século dezenove, na Inglaterra, o pensamento jurídico era formalista: pensava-se que o direito, como a matemática, referia-se a relações entre conceitos, e não a relações entre estes e a realidade. O estudante de geometria não chega à relação entre o quadrado da hipotenusa de um triângulo retângulo e os quadrados dos catetos através da mensuração de objetos triangulares. Igualmente, para o formalista jurídico, a questão, em um litígio contratual envolvendo recompensa oferecida pela devolução de um bem perdido e reclamada por uma pessoa que encontrou o bem e que não sabia da oferta, não é saber se a imposição do direito à recompensa serviria a algum objetivo social a um custo aceitável; mas, sim, se a aceitação inconsciente de uma oferta é coerente com o conceito de contrato exigível judicialmente. Durante as décadas de 1920 e 1930, essa visão reificante dos conceitos jurídicos, em contraposição a uma visão instrumental, foi, segundo os que contam essa história, superada pelo realismo jurídico, que foi a primeira escola de pensamento jurídico antiformalista. Os formalistas revidaram na década de 1950 com a teoria processual do direito e, na década seguinte e até hoje, com a “teoria econômica do direito”, isto é, a aplicação da econo-

mia ao direito. De acordo com essa história a que me refiro, a teoria econômica do direito substitui o conceitualismo jurídico pelo econômico. As decisões judiciais passam a ser avaliadas por sua conformidade com a teoria econômica, mas numa esfera ainda bem distante dos fatos. O antídoto para esse conceitualismo é o pragmatismo, uma teoria (ou antiteoria) que derruba qualquer pretensão de construção de um caminho em direção à verdade e que, juntamente com seu irmão gêmeo, o pós-modernismo, subscreve a crítica radical do direito que é conduzida pela teoria feminista do direito, pelos estudos jurídicos críticos e pela teoria crítica da raça (e serve, assim, como exemplo da antiteoria como teoria).

Gosto da parte inicial dessa história, embora pense que ela superdimensiona o formalismo do direito do século dezenove. Mas os limites se extrapolam quando se chega ao realismo jurídico, um movimento excessivamente jactancioso. A parte verdadeira é que, desde Sócrates, sempre houve pensadores influentes que duvidavam da capacidade do raciocínio jurídico de chegar a algo a que se pudesse chamar aceitavelmente “verdade”. Nos Estados Unidos, o mais importante desses pensadores é Oliver Wendell Holmes. Quase tudo o que os realistas disseram e que é digno de nota pode ser encontrado nos ensaios de Holmes ou nos livros de Benjamin Cardozo, ademais exposto de forma mais elegante e incisiva¹.

Os elementos acrescentados pelos realistas e transmitidos ao movimento dos estudos jurídicos críticos são, em sua maior parte, simples extensões do pensamento de Holmes e Cardozo. De resto, o realismo jurídico nos legou o pior livro já escrito por um professor de uma grande faculdade de direito: *Woe Unto You, Lawyers!* [Calamidade para vocês,

1. O ensaio mais importante de Holmes é “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897), reimpresso em (entre outras publicações) *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, p. 160 (Richard A. Posner [org.], 1992). O livro mais importante de Cardozo é *The Nature of the Judicial Process* (1921). “The Path of the Law” é uma das diversas obras repetidamente citadas neste livro. Para poupar espaço, portanto, apenas nesta nota é que forneço os dados completos desses trabalhos muito citados. Além deste último, tais trabalhos são: o livro de Holmes *The Common Law* (1881); muitos de meus livros – *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1988), *The Problems of Jurisprudence* (1990) [Trad. bras. *Problemas de filosofia do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007], *Economic Analysis of Law* (4.^a ed., 1992) e *Sex and Reason* (1992); bem como as decisões dos seguintes casos: *Lochner vs. Nova York*, 198 U.S. 45 (1905); *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Para reduzir as notas de rodapé (essa maldição dos escritos jurídicos), acrescentarei no próprio corpo do texto as referências a páginas sempre que estiver me referindo repetidamente a um livro ou artigo determinado.

advogados!]. Nesse livro, Fred Rodell, da Faculdade de Direito de Yale, propõe a criminalização da prática do direito e a substituição dos tribunais por comissões de tecnocratas cujas decisões seriam irrevogáveis, incluindo-se uma “Comissão da Morte, que aplicaria suas leis aos atos atualmente conhecidos como assassinato e homicídio”².

Os “criticistas” temem que os adeptos da teoria econômica do direito disputem com eles a paternidade do realismo jurídico. Quanto a isso não precisam se preocupar. Nós, os homens econômicos, não temos desejo algum de ser declarados herdeiros de Fred Rodell ou, ainda, de William Douglas, Jerome Frank ou Karl Llewellyn. O movimento da teoria econômica do direito pouco deve ao realismo jurídico, talvez nada além do fato de que Donald Turner e Guido Calabresi, pioneiros na aplicação da economia ao direito, formaram-se na Faculdade de Direito de Yale e podem ter sido influenciados pela tradição jurídico-realista de análise do direito desde a perspectiva de outra disciplina, comum naquela faculdade³. Embora o realista jurídico Robert Hale tenha antecipado algumas das descobertas (invenções?) da teoria econômica do direito, a maioria dos estudiosos desta teoria ignoravam, até pouco tempo atrás, seu trabalho. Influências são algo difícil de medir e, portanto, perigoso de negar; porém, na condição de ex-aluno da Faculdade de Direito de Harvard, onde estudei entre 1959 e 1962, posso atestar que, para o estudante, o realismo jurídico parecia ausente daquela faculdade. E nenhum dos pensadores do direito e da economia que, desde a faculdade de direito, foram as principais fontes de orientação de meu próprio pensamento como acadêmico e como juiz – Holmes, Coase, Stigler, Becker, Director, entre outros – pode ser visto como um produto, parcial ou total, do realismo jurídico.

Ao mesmo tempo que negam o legado do realismo, os analistas econômicos do direito se recusam a posicionar-se no extremo oposto e conferir à teoria econômica do direito o título de o novo formalismo. O universo de possibilidades da teoria do direito não pode dividir-se inteiramente entre formalismo e realismo. Podemos ser céticos em re-

2. Rodell, *Woe Unto You, Lawyers!* p. 176, 182 (1939). O livro foi reeditado em 1957 com um “Prefácio à nova edição”, no qual Rodell afirmava subscrever-se integralmente à primeira edição.

3. Conjectura-se sobre outro elo em “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970” (Edmund W. Kitch [org.]), 26 *Journal of Law and Economics* 163, 166-167 (1983) (com notas introdutórias do professor Kitch). O estudo mais completo sobre as relações entre o realismo jurídico e a moderna teoria econômica do direito é Neil Duxbury, “Law and Economics in America” (inédito, Faculdade de Direito da Universidade de Manchester, s/d). A conclusão do autor sobre essas relações coincide com a minha.

lação às alegações dos juristas tradicionais de que o direito é uma disciplina autônoma com suas próprias ferramentas de investigação sem precisarmos concluir, por isso, que o direito não passa de política, que as normas e doutrinas jurídicas são uma cortina de fumaça e que deveríamos nos livrar dos advogados e substituir a justiça legal pela justiça popular. A ideia de que a validade do direito depende de sua proximidade em relação à matemática é a falácia em que caem os langdelianos e muitos criticistas. O meio-termo é o pragmatismo.

A abordagem pragmática

Deixarei para o Capítulo 19 a análise da relação entre o pragmatismo, o realismo jurídico e outros movimentos no campo dos estudos acadêmicos do direito. Por ora, o importante é que o leitor compreenda o significado que dou ao termo, que não é aquele que se lhe atribui de hábito.

Não há um conceito canônico de pragmatismo. Defino-o, para começar, como uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que “realmente” é. Portanto, olha *para a frente* e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro. “Criamos o passado a partir de uma percepção daquilo que pode ser feito no presente.”⁴ O pragmatista se lembra da afirmação de Santayana de que aqueles que se esquecem do passado estão condenados a repeti-lo; mas também se lembra do conselho de T. S. Eliot (em “The Dry Salvages”), “Não passem bem,/ passem à frente, viajantes”, do bordão de Ezra Pound, “Renovar!”, e do dito espirituoso de Talleyrand sobre os reis da dinastia Bourbon: que não haviam aprendido nada nem esquecido nada. O pragmatista não tem medo de dizer que um pouco de esquecimento faz bem, pois nos liberta da impressão de atraso, que pode ser paralisante⁵. Não se deve confundir pragmatistas conservadores com reacionários nostálgicos.

Aplicado ao direito, o pragmatismo trataria a decisão segundo os precedentes (a doutrina conhecida como “*stare decisis*”) como uma di-

4. John Casey, “The Comprehensive Ideal”, em *The Modern Movement: A TLS Companion* 93, 95 (John Gross [org.], 1993), descrevendo a visão anti-histórica de T. S. Eliot acerca da tradição.

5. Friedrich Nietzsche, “On the Uses and Disadvantage of History for Life”, em Nietzsche, *Untimely Meditations* 57, 120-2 (traduzido para o inglês por R. J. Hollingdale, 1983).

retriz e não como um dever. Mas uma questão anterior a esta é se o pragmatismo deveria ser aplicado ao direito no sentido de ser utilizado como princípio norteador para a tomada de decisões jurídicas. Stanley Fish diria que não, diria que falar de pragmatismo é falar de teoria e não de prática (inclusive no âmbito legal e judicial)⁶. Voltarei a essa questão mais tarde.

A atitude pragmática é *ativista* (voltada para o progresso e a “capacidade de execução”) e rejeita tanto o conselho conservador segundo o qual tudo o que já existe é melhor quanto o conselho fatalista de que todas as consequências são imprevistas. O pragmatista crê no progresso sem fingir-se capaz de defini-lo e acredita na possibilidade de alcançá-lo através da ação humana calculada. Essas crenças estão ligadas ao caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o *juiz* pragmatista seja necessariamente um ativista. O ativismo judicial propriamente dito é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante os outros órgãos do Estado. Um pragmatista poderia ter boas razões pragmáticas para pensar que os juízes não deveriam atrair muita atenção para si mesmos.

Ao enfatizar a prática, o olhar adiante e as consequências, o pragmatista, ou ao menos o meu tipo de pragmatista (pois veremos que o pragmatismo também tem uma versão antiempírica e anticientífica), é *empírico*. Interessa-se pelos “fatos” e, portanto, deseja estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação. Ao mesmo tempo, guarda *ceticismo* diante de qualquer afirmação de confiança na obtenção da verdade final sobre qualquer coisa. A maioria de nossas certezas são apenas as crenças vigentes na comunidade à qual aconteceu de pertencermos, crenças essas que podem ser o resultado irrefletido da criação, da educação e do treinamento profissional que tivemos, bem como do meio social no qual vivemos. Mesmo as “verdades” que mais obstinadamente defendemos não são aquelas que podem ser provadas, sondadas, analisadas e investigadas, mas aquelas que são tão essenciais a nosso quadro de referências que o questionamento delas, ao abalar outras crenças arraigadas, nos atiraria em um estado de desespero e desorientação. Uma prova não é mais forte que suas premissas, e, no fundo de uma cadeia de premissas, habitam intuições inabaláveis – nossas indubitabilidades, ou os “inevitáveis” de Holmes. São exemplos de crenças desse tipo: que te-

6. Fish, “Almost Pragmatism: Richard Posner’s Jurisprudence”, 57 *University of Chicago Law Review* 1447 (1990).

mos a idade que temos, que temos um corpo, que todos os seres humanos nascidos no século XVIII estão mortos, que os objetos não deixam de existir quando deixamos de vê-los, que outras pessoas além de nós possuem consciência e que a Terra já existia quando nascemos. Imagine de que mais seríamos forçados a duvidar se duvidássemos dessas coisas.

Essas coisas são “senso comum”, que é o termo leigo para aquilo que chamei de quadro de referências. O pragmatismo é a favor e, ao mesmo tempo, contra o senso comum. O quadro de referências no qual certas proposições são tidas como senso comum pode mudar, por vezes rapidamente, como ocorreu nas últimas décadas com certas visões acerca das preferências e capacidades das mulheres. O pragmatista sabe disso. Porém, se for perspicaz, também saberá que, só porque uma coisa não pode ser provada, isso não significa que possa ser descartada. O primeiro ponto passa despercebido por muitos conservadores e o segundo, por muitos construtivistas sociais (ver Capítulo 26).

As crenças universalmente compartilhadas dentro de uma cultura – os ditames do senso comum – não esgotam o conteúdo do quadro de referências de um indivíduo em uma sociedade complexa e heterogênea como a dos Estados Unidos. Os americanos não compartilham de um quadro geral de referências com o qual possam resolver disputas entre indivíduos cujos quadros pessoais de referências não coincidam completamente. A afirmação de que todos os seres humanos, exceto Jesus Cristo, tiveram um pai humano pertence a um quadro de referências: o cristão. A negação dessa afirmação pertence a outro: o científico. Ambos os quadros podem ser encontrados em nossa sociedade e a conversão de um quadro ao outro é bastante comum, mas não nasce da prova, da dedução, da indução ou de qualquer outro método lógico ou científico. Os cânones da lógica e da prova são elementos de um quadro de referências e não meios de descartar um quadro em favor do outro.

Embora cético e relativista, o pragmatista rejeita o ceticismo e o relativismo como dogmas ou posturas “filosóficas”. A crença de que o mundo existe independentemente de nós (desafiada pelo ceticismo) e a crença de que algumas proposições são mais válidas que outras (contraditoriamente desafiada pelo relativismo) fazem parte do quadro de referências compartilhado por todos os leitores deste livro. Só se pode duvidar delas por fingimento. Entretanto, ainda que não possamos duvidar dessas crenças no sentido de uma disposição para agir com base nessa dúvida, podemos aceitar intelectualmente a possibilidade de que um dia serão substituídas por outras igualmente fundamentais, inabaláveis e transitórias.

Para o pragmatista, mesmo que alcançássemos a verdade absoluta, jamais saberíamos que a alcançamos. Por isso, ele é *antidogmático*. Quer manter vivo o debate e aberta a investigação. Ao reconhecer que o progresso não nasce apenas da acumulação paciente de conhecimentos dentro de um dado quadro de referências, mas também de alterações nesse quadro (a substituição de uma perspectiva ou visão de mundo por outra) que abrem novos caminhos para o conhecimento e a percepção, o pragmatista valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação. Ademais, vê o cientista não como o descobridor das verdades definitivas sobre o universo (verdades que, uma vez descobertas pelos especialistas, deveriam ser impostas ao resto de nós), mas como um identificador de erros, que busca reduzir o conjunto das incertezas humanas ao criar hipóteses invalidáveis e confrontá-las com os dados. Desde esse ponto de vista, a característica mais importante da ciência é que ela sintetiza uma qualidade rara e valiosa do ser humano: a coragem de arriscar-se a errar. Para os pragmatistas, os cientistas não são moralmente superiores às outras pessoas. As características institucionais da ciência é que tornam alta a probabilidade de detecção do erro.

Por ser antimetafísico e antidogmático, o pragmatista vê as teorias científicas como ferramentas que ajudam os seres humanos a explicar e prever; e que, através da explanação, da previsão e da tecnologia, ajudam-nos a entender e controlar seu ambiente físico e social. Teorias de grande beleza, mas impotentes, não o comovem. Sua fonte de inspiração é o cientista *experimental*, o qual nos convoca a imitar por meio de uma pergunta, que devemos fazer sempre que surgir uma discordância: Que diferença prática, concreta e observável isso faz para nós? O que, por exemplo, está em jogo quando os juristas debatem sobre se uma determinada teoria de como os juízes devem agir respeita a “legitimidade democrática”? Como reconhecemos uma “democracia”, para começar? Que diferença faz alguém pensar que os juízes tiraram da Constituição as doutrinas de direito constitucional vigentes ou que as colocaram lá? Essas questões, todas examinadas neste livro, diferem daquelas apresentadas pelos pensadores tradicionais do direito e ilustram a possibilidade de pensar cientificamente fora dos domínios da ciência tal como habitualmente a entendemos.

O pragmatismo enfatiza a *primazia do social sobre o natural*. Quando o Cardeal Belarmino recusou-se a olhar, pelo telescópio de Galileu, as luas de Júpiter, cuja existência parecia refutar a visão ortodoxa de que os planetas se fixavam sobre a superfície de esferas de cristal, não estava sendo irracional, mas apenas se negando a jogar o jogo da ciência, no qual

se exige que as teorias se conformem às coisas observadas – aos “fatos” – e não o inverso. Este é um jogo comum também em nossa sociedade e toma muitas formas, dentre as quais a forma cosmológica é a astrologia. Outro jogo de fé contemporâneo é o “politicamente correto”. Se mostrarmos a um jogador desse jogo uma pilha de relatórios científicos que pretendam demonstrar que as raças ou os sexos diferem em seu potencial para a prática da matemática, o jogador se recusará a lê-los. A investigação empírica das diferenças raciais e sexuais é rejeitada nesse jogo, assim como a investigação empírica do movimento dos astros foi rejeitada por Belarmino. (Abordarei o jogo do politicamente correto nos capítulos 16 e 18.) Do outro lado do cenário ideológico, um jogo análogo é o da civilização ocidental monocultural. Se mostrarmos a um de seus jogadores um romance brilhantemente escrito por um nigeriano ou jamaicano, estes se recusarão a lê-lo.

Ao longo deste livro, recorro várias vezes à metáfora do jogo; mas não no sentido em que o papel do árbitro em um jogo pode ser comparado ao do juiz, comparação bastante comum na teoria do direito convencional; nem no sentido em que a teoria do jogo representa as interações sociais; mas, sim, no sentido dos “jogos de linguagem” de Wittgenstein, isto é, atividades humanas constituídas por um conjunto de regras. Há, nesse sentido, um jogo judicial, e um dos principais objetivos deste livro é aproximá-lo do jogo científico. A aspiração é viável porque as regras do jogo judicial são maleáveis se comparadas, por exemplo, às do xadrez. Porém, nem mesmo as regras do xadrez são imutáveis. Uma das constatações evidenciadas pela metáfora do jogo é que as regras, ao contrário dos fundamentos metafísicos, podem ser modificadas pelas pessoas, ainda que nem sempre facilmente.

Às sociedades que se negam a jogar o jogo da ciência reservam-se diversas consequências, como, por exemplo, os altos índices de pobreza e incidência de doenças, além de um grande risco de serem dominadas ou destruídas por outras sociedades. Essas consequências são importantes para o pragmatista, e a sociedade que as ignore pode infligir grandes sofrimentos a seu povo. Ao fazê-lo, contudo, essa sociedade não estará necessariamente cometendo um erro quanto ao que é “real”. Só estará errada se pensar que, através de preces, fé ou magia, pode afastar as consequências mencionadas. Este é um exemplo do cruzamento do jogo científico com o religioso. Se a sociedade, entretanto, estiver preparada para pagar o preço por renunciar à ciência, o pragmatista duvidará de que o cientista tenha motivos para criticá-la.

Com sua ênfase no prático e no útil, o filósofo pragmatista desvaloriza sua própria atividade, o filosofar; pois não se sente confortável quan-

do lhe dizem que o valor da filosofia é inversamente proporcional a sua utilidade e que o exame adequado para um curso de graduação em filosofia deveria consistir inteiramente de piadas⁷. Suas dúvidas sobre o valor pragmático da filosofia tocam até a filosofia analítica, embora muitos dos heróis desta, como Hume, Wittgenstein, Quine e Davidson, sejam também heróis do pragmatismo. A utilização de métodos analíticos para derrubar entidades metafísicas como o livre-arbítrio⁸, tal como o fizeram Hume e Quine, deve ser distinguida da utilização desses mesmos métodos para erigir teorias projetadas para orientar a ação. A distinção corresponde ao uso do raciocínio jurídico para evidenciarmos as fraquezas da posição de um oponente e estruturarmos nossa própria posição. Na verdade, os métodos da filosofia analítica e aqueles do raciocínio jurídico (o estabelecimento de cuidadosas distinções e definições, a avaliação da coerência lógica através da elaboração e análise de casos hipotéticos, o desvelamento de pressupostos ocultos, a decomposição de um problema em componentes manejáveis e a exploração meticulosa das implicações dos argumentos de um oponente) são basicamente os mesmos. Para o pragmatista, tanto o filósofo quanto o jurista, por superestimarem o universo de abrangência da lógica, são demasiado propensos a confundir discrepâncias com erros⁹ e, assim, descartar prematuramente as visões discordantes. Também por isso, mostram-se insuficientemente interessados nos fundamentos empíricos dessas visões. O pragmatista duvida sobretudo da capacidade da filosofia analítica e de seu irmão gêmeo, o raciocínio jurídico, para a determinação de deveres morais e direitos legais.

Pragmatismo, entretanto, não é o mesmo que positivismo lógico, embora haja afinidades. Para os positivistas lógicos, todas as proposições cabem em uma destas três categorias: tautológicas, empiricamente verificáveis ou sem sentido. Para os pragmatistas, esta é uma epistemologia simplista demais, pois não deixa espaço para as proposições tautológicas que não podem ser verificadas nem desacreditadas, como a de que nenhum ser humano jamais comeu um hipopótamo inteiro de uma só vez. Mas o pragmatista compartilha da desconfiança do positivista lógico em relação a proposições que não possam ser testadas pela observação, proposições que vão das máximas do senso comum às alegações metafísicas e teológicas.

7. Ronald de Sousa, *The Rationality of Emotion* 292 n., 297 (1987). Cf. Norman Malcolm, *Ludwig Wittgenstein: A Memoir* 29 (1958).

8. *The Problems of Jurisprudence*, pp. 171-4; e ver Capítulo 19 do presente livro.

9. Para uma boa análise disso, ver Dale Jacquette, "Contradiction", 25 *Philosophy and Rhetoric* 365 (1992).

Pragmatismo também não é idealismo. Como o idealista, o pragmatista é cético diante da possibilidade do conhecimento não interpretativo da realidade. Não pensa, contudo, que só a realidade mental exista efetivamente; apenas duvida da existência de uma correspondência tão exata entre nossa mente e a estrutura do universo, a ponto de sermos capazes de fazer descrições completas e conclusivas de como as coisas são. É por isso que, para o pragmatista, as teorias (inclusive as científicas) são ferramentas e não visões da realidade. Esse tipo de ceticismo não tem nada a ver com o embaraçar-se diante de afirmações como “A testemunha mentiu”; “Algumas teorias científicas foram desmentidas”; “Os cientistas buscam a verdade”. Deixar-se embaraçar por essas afirmações é não entender bem a própria língua. Estas não são alegações de certeza apodítica. A primeira reconhece a existência de relatos corretos e incorretos dos acontecimentos; a segunda, que algumas teorias científicas são descartadas por fazerem previsões que se revelam falsas; e a terceira, que os cientistas têm o compromisso de seguir métodos experimentais que permitam a detecção dos erros. Em comparação com o realista científico, que está comprometido com uma teoria da verdade fundada na correspondência, o pragmatista pode estar mais atento à possibilidade de que teorias equivocadas, ao apresentarem linhas promissoras de investigação, acabem ajudando a ciência; ou de que a metáfora – que, adequadamente compreendida, não tem o valor de uma verdade (ver Capítulo 24) – pode, por alterar o quadro de referências do investigador, fomentar a produção de conhecimento; ou de que a retórica, ou mesmo o discurso “acalorado”, podem trazer recompensas cognitivas, também por chacoalharem as perspectivas limitadas a que as pessoas estão acostumadas (e, para o pragmatista, todas as perspectivas são parciais).

Porém, reconhecer a possível utilidade social dos equívocos, das elocuições emotivas e dos erros literais (os quais podem ser “verdades” imaginárias ou emotivas) não significa negar que a verdade pode, e normalmente deve, ser diferenciada do erro. Não significa aprovar o desleixo e a tendenciosidade nos estudos acadêmicos, uma atitude de “valeduto” diante das alegações e das afirmações ou, o que dá quase no mesmo, a crença de que, como tudo o mais, a ciência e a matemática são “apenas retórica”. Pondo-se de lado Emerson e Whitman, o pragmatista reconhece a importância do pensamento lógico e claro; admira os triunfos críticos da tradição analítica e emprega as ferramentas dessa tradição. Acredita na sistematização, ainda que não creia em ambiciosos “sistemas” de especulação moral e metafísica. O pragmatismo não se identifica, ou ao menos não precisa se identificar, com o pós-moder-

nismo (embora haja afinidades); e também não é, como já observei, ceticismo epistemológico ou moral nem relativismo científico ou moral.

A verdadeira antítese do pragmatismo é aquele tipo de racionalismo apropriadamente denominado platônico, que afirma usar métodos puramente lógico-analíticos para chegar à verdade sobre afirmações metafísicas e éticas contestadas¹⁰. O estilo racionalista é comum no direito. O próprio formalismo jurídico é racionalista.

A abordagem pragmática no direito

Como o termo “pragmatismo” não tem um significado preciso, nunca se sabe ao certo o que está em jogo quando ele é discutido. Os simpatizantes do pragmatismo geralmente o definem a fim de torná-lo sinônimo de sensatez, enquanto seus inimigos fazem dele sinônimo de irracionalidade e autocontradição¹¹. Algo, entretanto, está em jogo. Os adjetivos que empreguei para caracterizar o ponto de vista pragmático (prático, instrumental, voltado para a frente, ativista, empírico, cético, antidogmático, experimental) não são aqueles que vêm à mente quando se considera a obra de, digamos, Ronald Dworkin. Não que falte a esta qualidades consideráveis, mas não são estas que enumero aqui. Dworkin define o direito como interpretativo, compara a tarefa do juiz à do escritor de um dos capítulos de um romance escrito a várias mãos, exige que as novas decisões se harmonizem com as anteriores, refere-se com reverência ao passado vivo, nega que os juízes devam adaptar os direitos às novas visões acerca do interesse público, revolta-se diante da ideia do direito como ciência do bem público, não se interessa muito pelos fatos ou pelas ciências sociais ou naturais, insiste até mesmo na ideia de que os juízes possuem uma obrigação *moral* de serem leais a seus predecessores e que o acatamento de decisões anteriores, concebido como um compromisso, é um elemento essencial da justiça¹². Um pragmatista certamente teria outra concepção sobre a função dos juí-

10. A título de exemplo, ver Brand Blanshard, “‘Good’, ‘Right’, ‘Bad’”, em *Readings in Ethical Theory* 222, 233 (Wilfrid Sellars e Johnson Hospers [orgs.], 2.^a ed., 1970).

11. Comparar os ensaios de Rorty e Dworkin em *Pragmatism in Law and Society* (Michael Brint e William Weaver [orgs.], 1991). Rorty, em “The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice”, em idem, p. 89, adota uma definição abrangente de pragmatismo e classifica Dworkin como pragmatista. (Ver também Steven D. Smith, “The Pursuit of Pragmatism”, 110 *Yale Law Journal* 409, pp. 410-24 [1990].) Dworkin, por sua vez, dá uma definição restrita de pragmatismo e afirma que: “como filosofia, vale tanto quanto o jantar de um cachorro”. “Pragmatism, Right Answers, and True Banality”, em *Pragmatism in Law and Society*, acima, pp. 359, 360.

12. Dworkin, *Law's Empire* (1986) [trad. bras. *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007]. “Ao contrário do que querem os pragmatistas, deve-se conceder ao passado algum tipo de poder judicial especial que lhe seja próprio.” Idem, p. 169.

zes. Provavelmente acharia a suposição de que um juiz tem a obrigação de manter uma “harmonia” entre o que faz e o que fizeram seus predecessores tão estranha quanto a de que um cientista moderno tem a obrigação de manter uma harmonia entre o que faz e o que fizeram Arquimedes e Aristóteles. Há motivos práticos de caráter tanto epistemológico quanto político para afirmar que os juízes deveriam, de forma geral, seguir a jurisprudência e manter-se fiéis aos valores imanentes a sua tradição jurídica. Isso, porém, não envolve nenhuma *obrigação*; e, se houver boas razões para romper com o passado em prol do presente e do futuro, um juiz não deve hesitar em fazê-lo, da mesma forma que as ciências, uma vez amadurecidas, não hesitam em esquecer seu fundador. Richard Rorty foi capaz de classificar Dworkin como pragmatista em um sentido perfeitamente aceitável do termo (ver nota 11), mas há um sentido mais profícuo em que se pode dizer que Dworkin rejeita o pragmatismo na teoria jurídica. Este sentido se traduz na descrição de Cornel West do “denominador comum” do pragmatismo como “um instrumentalismo que se projeta para o futuro e procura empregar o pensamento como arma que possibilite uma ação mais eficaz”¹³. Não é essa a concepção que um dworkiniano tem do direito.

Mas estaria eu confundindo *sentidos* diversos de pragmatismo com *níveis* diversos de pragmatismo? Um filósofo pragmático poderia, sem cair em incoerência, pensar que os juízes devam ser formalistas, em vez de pragmatistas; assim como um filósofo utilitarista do direito poderia pensar, sem cair em incoerência, que os juízes devam ser kantianos, e não utilitaristas. Poderia haver razões pragmáticas pelas quais seria bom que os juízes se considerassem moralmente obrigados a seguir a jurisprudência, em vez de livres para fazer um julgamento pragmático toda vez que se vissem diante da questão de segui-la ou não¹⁴; assim como há razões pragmáticas (muito semelhantes, inclusive) para afirmar que os burocratas devem seguir regras, em vez de sempre fazer o que julgarem melhor em cada circunstância, ou para afirmar que os cientistas normalmente devem se preocupar com a veracidade de suas teorias e não com as consequências sociais destas. Dworkin, entretanto, apesar de rejeitar enfaticamente o pragmatismo jurídico¹⁵, não busca justificar pragmaticamente essa rejeição ou justificar sua própria teoria do direito, claramente kantiana em sua insistência em considerar que os direitos nunca devem ser sacrificados no altar do bem público como conceito pragmá-

13. West, *The American Evasion of Philosophy: A Genealogy of Pragmatism* 5 (1989).

14. Ver, por exemplo, Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, pp. 145-9 (1991).

15. Dworkin, nota 12 acima, Capítulo 5.

tico. Mas seu arqui-inimigo, Stanley Fish, faz melhor que ele ao afirmar que o pragmatismo não incide no nível prático porque é parte do jogo de descrição e teorização da ação e não do agir em si. Eu não concordo com isso, mas reconheço que, como tudo o mais, o pragmatismo deve estar preparado para se defender com fundamentos pragmáticos. Mais adiante nessa Introdução, aponto a existência de uma limitação pragmática do ato pragmático de julgar.

A grande objeção à tentativa de vincular uma abordagem formalista à função de julgar no âmbito do pragmatismo ou de qualquer outro sistema filosófico é que, em nosso sistema jurídico, o formalismo é uma reação inviável aos casos difíceis. A distribuição em cascata que caracteriza o direito norte-americano (a legislação se sobrepõe ao *common law*, as leis federais se sobrepõem às estaduais e o direito constitucional se sobrepõe às leis em geral e ao *common law* no âmbito estadual e federal), o caráter indisciplinado de nosso legislativo, juntamente com a complexidade de nossa sociedade e a heterogeneidade moral da população, impõem aos juízes uma responsabilidade de exercício criativo do direito que é impossível de se honrar através da aplicação literal das normas existentes ou do raciocínio analógico a partir de casos precedentes – a técnica convencional de que se valem os juízes para lidar com a novidade. Prova disso é que um formalista autêntico como Robert Bork é incapaz de encontrar uma única amostra sequer dessa técnica na Suprema Corte, seja no presente, seja no passado (ver Capítulo 9).

Obviamente, nem tudo que não é pragmatismo jurídico é formalismo jurídico. Opor-se ao segundo não implica a obrigação de abraçar o primeiro. Meu ceticismo diante da teoria constitucional assemelha-se ao de Mark Tushnet¹⁶, um “criticista” proeminente, porque olhamos para o mesmo fenômeno a partir de uma perspectiva cética. Tushnet, entretanto, não é um liberal milliano pragmático e economicista; e eu não sou um criticista. Dworkin não se diz um formalista, embora muitos ainda se agarrem a essa desgastada ideia (ver nota 28). Ainda assim, por mais antimetafísica, antidogmática, anticasuística e até (segundo Rorty) “pragmática” que possa parecer sua teoria do direito, veremos, no Capítulo 5, que a força retórica e as principais fraquezas desta seguem o caminho das do formalismo.

O maior pragmatista do direito continua sendo Holmes, que era admirador de Emerson (amigo de sua família) e admirado por Dewey, além

16. Comparar seu livro que ataca a teoria constitucional, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (1988), sobretudo a parte 1, com a Parte dois do presente livro.

de amigo de William James, Charles Sanders Peirce e Nicholas St. John Green, os fundadores do pragmatismo. O pragmatismo de Holmes já foi amplamente discutido em outros estudos¹⁷, e eu gostaria de ilustrá-lo aqui com um pequeno discurso feito por ele quando da comemoração do centenário da nomeação de John Marshall para juiz-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁸. O discurso começa assim: “Se andarmos pela Court Street, aos solavancos, em meio a uma multidão de pessoas, ocupadas, como nós, com os assuntos do cotidiano, nossos olhos provavelmente pousarão sobre o prédio pequeno e escuro que se situa no início da State Street e, como um sinistro recife, divide a torrente dos negócios em seu curso em direção aos rochedos cinzentos que se elevam adiante.” O prédio é o da Assembleia Legislativa do Estado de Massachusetts, e Holmes explica que “as primeiras ondas que anunciavam a chegada da tempestade da revolução quebraram sobre aquele recife”. O prédio torna-se pequeno diante dos edifícios mais novos e maiores que o circundam. Isso, porém, não importa, pois “as enormes paredes de concreto não o diminuem, mas, sim, de algum modo, o engrandecem e glorificam por servirem-lhe de pano de fundo”. Exatamente da mesma forma, “os primórdios de nossa vida nacional, seja no campo da guerra, seja no do direito, não perdem nada de sua grandeza quando comparados a todos os grandiosos acontecimentos mais tardios diante dos quais, segundo todas as leis quantitativas, devem parecer tão insignificantes”. Holmes observa quão insignificantes as maiores batalhas da Revolução Americana parecem para aqueles que, como ele, lutaram na Guerra Civil. “Se eu fosse pensar em John Marshall apenas em termos numéricos e quantitativos abstratos, provavelmente hesitaria em atribuir-lhe superlativos, e o mesmo aconteceria com a batalha de Brandywine se nela pensasse sem levar em conta seu lugar na linha causal dos acontecimentos históricos. Mas tal modo de pensar seria tão vazio quanto abstrato. Pensar sobre um homem sem levar em consideração suas circunstâncias efetivas é algo extremamente infrutífero.”

Holmes parece recorrer aqui a uma digressão (como veremos, não é exatamente uma digressão) para ressaltar que seu “mais vivo interesse desperta não diante daquilo que se chama de grandes questões ou casos, mas diante das pequenas decisões que (...), não obstante, trazem

17. Ver, por exemplo, Thomas C. Grey, “Holmes, Pragmatism, and Democracy”, 71 *Oregon Law Review* 521 (1992); Grey, “Holmes and Legal Pragmatism”, 41 *Stanford Law Review* 787 (1989); Patrick J. Kelley, “Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument”, 14 *Southern Illinois University Law Journal* 427 (1990).

18. Holmes, “John Marshall” (1901), em *The Essential Holmes*, nota 1 acima, pp. 206-9.

o germe de alguma teoria maior (...). Os homens que me sinto tentando homenagear são aqueles que deram origem a pensamentos transformadores”, e estes “não raro são quase desconhecidos”. Mas nem por isso Holmes participa “desta celebração (...) com indiferença (...). Acredito piamente que, se houvéssimos de representar o direito americano por uma única pessoa, seria consenso, tanto entre os céticos quanto entre os crédulos, que esta só poderia ser uma: John Marshall (...). O que será simbolizado por qualquer imagem da coisa observada depende da mente daquele que observa (...). A escolha deste dia para homenagear um grande juiz” terá, portanto, diferentes significados para os diferentes indivíduos – “para um patriota, será o fato de que o tempo favoreceu Marshall (...). Este dia marca o fato de que todo pensamento é social, está voltado para a ação (...). Não se pode negar que tudo isso é símbolo; mas a bandeira também o é. Para os devotos da palavra, a bandeira não passa de um pedaço de pano. Não obstante, graças a Marshall e aos homens de sua geração (...), o vermelho dela é o sangue que nos dá vida, suas estrelas são nosso mundo e seu azul, nosso céu. Nossa terra pertence a ela e nossas vidas são descartadas a seu bel-prazer.”

Interpretar esse discurso como um tributo a Marshall concedido de má-vontade seria falta de sensibilidade. Holmes está dizendo, em linguagem tipicamente pragmatista, que as conquistas pessoais dependem das circunstâncias e se medem por suas consequências; e (um ponto intimamente relacionado) que o sentido é algo construído socialmente e não imanente às coisas. Em si mesma, a Assembleia Legislativa do Estado de Massachusetts não passa de um velho prédio ofuscado por edifícios modernos e muito maiores. A importância dela vem de sua ligação com a vida atual. Da mesma forma, em si mesmas, as batalhas da Revolução Americana não significam muita coisa. Sua importância também reside nas consequências que tiveram para a atualidade. Afortunadamente adaptado às próprias circunstâncias históricas, Marshall teve a sorte de determinar a forma de uma instituição que ajudou a construir os Estados Unidos. Sua sorte foi ainda maior. Embora Marshall fosse um realizador e não um inventor (até a Constituição foi criada por outros, e a maior parte do direito americano é criação de indivíduos praticamente desconhecidos), é ele, e não essas outras pessoas, quem simboliza o direito americano. Um símbolo não precisa ser algo grandioso em si. Uma bandeira é apenas um pedaço de pano. A coisa ou pessoa transformada em símbolo é apenas um receptáculo de sentido. Atribuímo-lhe sentido segundo nossos próprios propósitos. Em suma, “todo pensamento é social”, pois seu objetivo é a ação no presente ou no futu-

ro. Nossa história, nossas tradições e nossos antepassados não são nossos senhores, mas nossos instrumentos.

Análise econômica do direito

Quando se aborda o direito desde um ponto de vista pragmático, como tentei fazer em *Problemas de filosofia do direito* e procuro fazer neste livro também, os resultados ferem o amor próprio dos profissionais do direito. A organização da profissão, a concepção de juiz, a interpretação da Constituição, “o direito” como entidade que orienta interpretações e decisões, os teóricos do direito à esquerda e à direita, as premissas das sentenças judiciais fervorosamente contestadas (premissas como “igualdade”, “democracia”, “sentido original” e “comedimento dos juízes”) e até mesmo a própria teoria do direito, nada sai ileso. Uma certa concepção de economia também cai por terra¹⁹, mas não o projeto da “teoria econômica do direito”. Não porque este é o meu projeto, mas porque é um exemplo perfeito de aplicação da ética da investigação científica – pragmaticamente compreendida – ao direito. Longe de ser reducionista como pensam seus detratores, a economia é uma ciência instrumental por excelência. Seu propósito não é reduzir o comportamento humano a algum tipo de inclinação biológica ou à faculdade da razão, nem muito menos provar que, nas profundezas de cada um de nós, comandando tudo, exista um detestável “homenzinho econômico”; mas, sim, elaborar e testar modelos de comportamento humano com o objetivo de prever e (quando cabível) controlar esse comportamento. A economia imagina o indivíduo não como “homem econômico”, mas como pragmatista; como alguém que baseia suas decisões não em custos irrecuperáveis – estes, ele os trata como águas passadas (“não chore sobre o leite derramado”) – mas nos custos e benefícios vinculados a linhas alternativas de ação que permanecem em aberto. O indivíduo concebido pela economia não está comprometido com nenhuma meta restrita e egoísta, tal como a maximização da riqueza pecuniária. Não há nada na ciência econômica que determine quais devem ser as metas de um indivíduo. Porém, quaisquer que sejam estas (algumas delas, ou mesmo todas, podem ser altruístas), presume-se que ele venha a persegui-las com as atenções voltadas para o futuro, comparando as oportunidades que se lhe apresentarem no momento em que for necessário fazer uma escolha²⁰.

19. Ver Capítulo 20, “Ronald Coase e a metodologia”.

20. Gary S. Becker, “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, 101 *Journal of Political Economy* 395 (1993).