

Richard A.  
Posner



Richard A. Posner

DIREITO, PRAGMATISMO  
E DEMOCRACIA

# DIREITO, PRAGMATISMO E DEMOCRACIA

Richard Posner defende uma concepção do estado liberal baseada numa teoria pragmática do governo. Vê os atos dos representantes oficiais eleitos como guiados por interesses mais do que pela razão e as decisões de juízes, pelo arbítrio mais do que por regras. Enfatiza os fatores institucionais e materiais mais do que os fatores morais e deliberativos no processo de tomada de decisão democrática.

A grande vantagem da democracia, defende ele, não é que seja a regra do sábio ou do bom, mas porque possibilita a estabilidade e a sucessão ordeira no governo e limita a tendência dos governantes de enriquecerem, ou de se investirem de poderes em detrimento do público. Sua teoria se orienta entre o conceito dos teóricos políticos da democracia deliberativa, à esquerda, e da teoria da escolha pública dos economistas, à direita.

"Posner é muito convincente ao descrever como o sistema político americano realmente funciona, como os tribunais federais realmente funcionam e como a opinião pública e as eleições só começaram a desempenhar um papel quando as elites políticas puseram tudo a perder. Este é um dos melhores de seus livros – vigorosamente argumentado e escrito com sagacidade e altivez... Ele é um pensador genuinamente original, assim como um prodígio do ensino. Fácil de consultar e abordando uma gama de assuntos incrivelmente ampla, ele resiste a estereótipos e sujeições, trilhando seu próprio caminho."

– Richard Rorty, *Dissent*

"Posner... apresenta uma defesa brilhante da maneira como os americanos organizam e operam seu governo... Este livro é para ser lido e relido, se se quiser entender os meandros da democracia constitucional americana."

– R. J. Steamer, *Choice*

Richard A. Posner é juiz federal do Tribunal de Recursos dos EUA para a Sétima Região e professor palestrante na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.



[www.grupogen.com.br](http://www.grupogen.com.br)  
<http://gen-io.grupogen.com.br>



340.12  
P888d  
2010

BIBLIOTECA



ções da análise para outros países. Os sistemas políticos e judiciais, insistem os pragmáticos, são relativos a culturas nacionais.

Ao defender o positivismo de Kelsen, o conceito de democracia de Schumpeter e o pragmatismo cotidiano na adjudicação e na governança política e ao refutar o pragmatismo filosófico e o liberalismo de Hayek, assim como os adversários usuais do pragmatismo, de direita e de esquerda, pus-me num pequeno e solitário canto. Mas alguns leitores talvez se convençam que a posição que o livro descreve e defende é tanto de uma aproximação imparcial ao nosso direito e à nossa democracia existentes atualmente quanto um guia de aperfeiçoamento razoavelmente atrativo e factível, ao contrário da maioria das teorias políticas normativas. Outros perceberão pelo menos o sentido claro da minha posição. E talvez uns poucos leitores acadêmicos convencidos de que minha abordagem tem mérito ponham de lado as teorizações por um tempo e incorporem e estendam a abordagem pragmática cotidiana ao governo e ao direito.

## 1

Pragmatismo: filosófico *versus* cotidiano

UM PRAGMATISTA VIRA AS COSTAS RESOLUTAMENTE E PARA SEMPRE PARA MUITOS HÁBITOS ARRAIGADOS, CAROS AOS FILÓSOFOS PROFISSIONAIS. AFASTA-SE DA ABSTRAÇÃO E DA INSUFICIÊNCIA, DE SOLUÇÕES VERBAIS, DE RAZÕES RUINS *A PRIORI*, DE PRINCÍPIOS FIXOS, SISTEMAS FECHADOS E ORIGENS E ABSOLUTOS FINGIDOS. VOLTA-SE PARA A CONCRETUDE E A ADEQUAÇÃO, PARA OS FATOS, PARA A AÇÃO E PARA O PODER. ISSO REPRESENTA TORNAR REINANTE O TEMPERAMENTO DO EMPIRICISTA E ABANDONAR SINCERAMENTE O TEMPERAMENTO DO RACIONALISTA. SIGNIFICA AR LIVRE E POSSIBILIDADES JUNTO À NATUREZA, OPOSIÇÃO AO DOGMA, À ARTIFICIALIDADE E À PRETENSÃO DE FINALIDADE NA VERDADE.<sup>1</sup>

O pragmatismo, não obstante o esforço de definição de William James, é muito difícil de definir. Isso porque ele não é só uma coisa, um conjunto de ideias, mas pelo menos três e, quem sabe, como veremos, cinco. O lugar mais simples de onde partir, apesar de não achar que leve a algum lugar interessante, é o dos “pragmatistas americanos clássicos” – Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Juntamente com Josiah Royce, eles foram os primeiros filósofos a se autodenominarem pragmatistas (apesar de Peirce ter repudiado o termo, popularizado por James, porque discordava do uso por ele feito).<sup>2</sup> E nenhum de seus sucessores parece “clássico”. Ou lhes falta a estatura de Peirce, James e Dewey, ou, como no caso de renomados filósofos modernos como Quine, Sellars, Davidson, Putnam e Rorty, não se pode ter certeza se “pragmatista” é o rótulo correto ou informativo – mesmo para Rorty. Ele se descreve como pragmatista, envolvendo-se particularmente no manto de Dewey. Porém, foi criticado por não estar de verdade na corrente principal dos pragmatistas – e por não ter entendido Dewey direito.<sup>3</sup>

Acontece que Peirce, James e Dewey tinham, cada um deles, visões diferentes. Peirce em particular talvez tenha tido mais em comum com outros filósofos não normalmente classificados como pragmatistas, como Frege e Russell (este último notoriamente hostil ao pragmatismo, em especial a Dewey), do que com Dewey ou, principalmente, James. O interesse de James pela psicologia o liga a Nietzsche. A famosa máxima de James de que “a verdade” “é

1 William James, *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking* 31 (1975 [1907]).

2 Outros nomes podem ser acrescentados, tais como F. E. Abott, Chauncey Wright, Oliver Wendell Holmes, Jr., Horace Kallen, C. I. Lewis e George Herbert Mead. Sobre os primórdios da história do pragmatismo, veja Louis Menand, *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America* (2001); H. S. Thayer, *Meaning and Action: A Critical History of Pragmatism*, pt. 2 (2ª ed. 1981); Bruce Kuklick, *The Rise of American Philosophy: Cambridge, Massachusetts 1860-1930*, pts. 1-3 (1977); Kuklick, *A History of Philosophy in America, 1720-2000*, pt. 2 (2001); Herbert W. Schneider, *A History of American Philosophy*, pt. 8 (1946).

3 Veja, por exemplo, Robert B. Westbrook, “Pragmatism and Democracy: Reconstructing the Logic of John Dewey’s Faith”, em *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture* 128-129 (Morris Dickstein ed. 1998).

apenas o expediente na nossa maneira de pensar”<sup>4</sup> é *echt* Nietzsche e, na Introdução 1, citei o ensaio de autoria de Michel Foucault, um nietzscheano famoso, como obra exemplar de análise pragmática. A concepção de inteligência de Dewey do raciocínio sustentador e não especulativo o liga a Heidegger e Wittgenstein, bem como aos filósofos do “bom-senso” anteriores, como Thomas Reid e, mais tarde, G. E. Moore. Os pré-socráticos são protopragmáticos, como veremos em breve, assim como Hume, Bentham (estou pensando em particular em suas críticas a Blackstone e suas visões da linguagem) e certamente Mill – sem falar de Hegel. A noção de verdade de Habermas deriva da de Peirce e o torna um outro pragmatista honorário (honorário se o pragmatismo for visto como uma filosofia distintamente americana), apesar de apenas se a noção de Peirce de que a verdade é simplesmente o resultado de investigação racional continuada indefinidamente for aceita. Eu disse na Introdução que esta é uma das proposições pragmáticas que não aceito.

Por meio de ligações desse tipo, que exploram uma semelhança familiar de escopo impressionante, uma vasta quantidade de filosofia se torna pragmática. O utilitarianismo, por exemplo, faz isso,<sup>5</sup> e outras teorias morais consequencialistas também (apesar de que enfatizarei em capítulos subsequentes a diferença entre pragmatismo e consequencialismo); e até a epistemologia kantiana o faz. Pois Kant afirma que nosso conhecimento do mundo externo está condicionado por conceitos mentais, como causação, tempo e espaço, de que não conseguimos escapar; então não podemos esperar obter um conhecimento não imediato do mundo.<sup>6</sup>

O problema básico é que o pragmatismo é mais uma tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina. Ele tem afinidades mais do que extensão. Então, em vez de começar com os pragmatistas americanos clássicos e seguir adiante em círculos concêntricos até que a maior parte da tradição filosófica ocidental tenha sido trazida sob o domínio do pragmatismo, será melhor reconhecer que, conforme sugerido na citação de James que forma a epígrafe deste capítulo, há um *tom* pragmático, que é antigo e que, a partir de suas raízes antigas, deu origem a um ramo de uma filosofia do pragmatismo (que daí ramificou nos últimos anos) e a uma prática cotidiana do pragmatismo.

### O tom pragmático e a ascensão do pragmatismo filosófico

O tom pragmático já é visível na *Odisseia*.<sup>7</sup> O poema começa com Odisseu vivendo numa ilha remota governada por uma ninfa que lhe oferece a imortalidade se ele permanecesse

4 James, nota 1 acima, em 106.

5 “A virtude do utilitarianismo [do ponto de vista pragmático de John Dewey] foi pôr no centro da teoria ética uma preocupação com as consequências e uma vontade de pensar sobre como promover consequências desejáveis e escapar de consequências indesejáveis.” Alan Ryan, *John Dewey and the High Tide of American Liberalism* 90 (1995).

6 “Kant foi o primeiro que realmente percebeu que descrever o mundo não é simplesmente copiá-lo.” Hilary Putnam, *Pragmatism: An Open Question* 28 (1995). Charles Sanders Peirce admirava muito Kant, a quem chamava de “um pragmatista em tanto confuso.” Citado em Eric MacGilvray, *The Task before us: Pragmatism and Political Liberalism*, cap. 5, p. 6 n. 7 (Social Science Collegiate Division, University of Chicago, 18 de novembro de 2001, não publicado).

7 Depois de escrever esta frase, descobri uma observação do famoso filósofo Robert Brandom dizendo que o conceito de razão no pragmatismo “é a razão de Odisseu e não a de Platão.” Robert B. Brandom, “When Philosophy Paints Its Blue on Gray: Irony and the Pragmatist Enlightenment”, *Boundary 2* Summer 2002, pp. 1-7.

como seu consorte. Um tanto surpreendente para alguém impregnado pela tradição religiosa-filosófica-científica ocidental, ele recusa, preferindo a mortalidade e uma perigosa luta para retomar sua posição de rei de uma pequena ilha rochosa e se reunir com seu filho, sua mulher idosa e seu velho pai. Ele recusa o que a tradição ortodoxa diz que ele deveria desejar acima de tudo, a paz que vem da superação da transitoriedade e das vicissitudes da mortalidade, tome esta paz a forma de imortalidade pessoal ou de comunhão com verdades eternas, morais ou científicas – em cada caso nos conduzindo para o ponto imóvel do mundo mutável. Odisseu prefere ir a chegar, lutar a descansar, explorar a alcançar – a curiosidade é um dos seus traços mais marcantes – e o risco a certeza.<sup>8</sup> A *Odisseia* situa a ilha encantada de Calipso no extremo ocidente, a terra do sol poente, e descreve a ilha em imagens fragrantemente de morte. Ao contrário, a chegada de Odisseu a sua própria ilha, distante no oriente, uma terra do sol nascente, é descrita com imagens sugestivas de renascimento.

Uma outra coisa que é estranha sobre o protagonista, e os valores implícitos, da *Odisseia* do ponto de vista ortodoxo é que Odisseu não é um herói *convencional*, do tipo descrito na *Iliada*. Ele é forte, corajoso e habilidoso na luta, mas não é nenhum Aquiles (que tinha uma mãe divina) ou mesmo Ajax, e se apoia na astúcia, na trapaça e na fraude inequívoca num nível incompatível com o que concebemos como heroísmo ou com a descrição de heroísmo na *Iliada*. Seu traço dominante é a habilidade para se adaptar ao ambiente e não de se impor pela força bruta. Ele é o personagem mais inteligente na *Odisseia*, mas sua inteligência é totalmente prática, adaptativa. Diferentemente de Aquiles na *Iliada*, que é dado à reflexão, principalmente sobre a própria ética heroica, Odisseu é pragmático. Ele é um argumentador instrumental e não especulativo.

É verdade que ele também é claramente piedoso, uma característica que a *Odisseia* ressalta e os leitores modernos tendem a não notar. Mas a piedade na religião homérica é um mecanismo adaptativo. A religião homérica é protocientífica, é uma tentativa de entender e controlar o mundo natural. Os deuses personificam a natureza e os homens manipulam-na “usando” os deuses da maneira apropriada. A pessoa faz sacrifícios aos deuses para adquirir sua intervenção nos negócios dessa pessoa – isto é religião como mágica, a ancestral da moderna tecnologia – e também para obter pistas do que acontecerá em seguida; este é o uso da religião como previsão do futuro e corresponde à ciência moderna. As próprias rivalidades dos deuses, espelhando (no pensamento homérico, personificando ou causando) o choque violento das forças da natureza, evitam que os seres humanos aperfeiçoem seu controle sobre o ambiente. Na mesma moeda, essas rivalidades ressaltam o caráter dinâmico e competitivo da existência humana e o irrealismo de supor que a paz e a permanência, uma vida segura e estática, são a fortuna do homem.

A piedade de Odisseu não tem nada a ver com amar a Deus como criador ou redentor, ou como nome, local, subscritor metafísico ou repositório do eterno ou do imutável, ou de absolutos (como onisciência e onipotência) e universais (números, palavras, conceitos). A piedade de Odisseu é pragmática porque sua religião é naturalística – é simplesmente o meio mais eficaz conhecido por sua sociedade para controlar o ambiente, assim como a ciência e a tecnologia são os meios mais eficazes pelos quais as pessoas controlam seu ambiente.

8 Esses traços de caráter mudam via descrição reprovadora de Ulisses em *Inferno* para a extrema inquietude do Ulisses de Tennyson: “Não consigo parar de viajar: Beberei/A vida até a borra.”

Chamei Odisseu de argumentador instrumental e isso convida à objeção de que o raciocínio instrumental (meio-fim) não é o bastante; os meios são relativos aos fins e escolher um fim deve exigir um tipo diferente de raciocínio. Mas a escolha de um fim não precisa ser, talvez não possa ser, um produto do raciocínio. Os fins de Odisseu – lar, família, vingança sobre os inimigos – são fins naturais aos seres humanos. A cultura também pode produzir fins, inclusive fins que talvez sejam mais edificantes do que os intrínsecos à natureza animal. Mas Richard Rorty está certo ao dizer que “o progresso moral é uma questão de cada vez maior simpatia. Não é uma questão de pairar acima do sentimental até o racional. Nem é uma questão de apelar de tribunais locais de menor instância, possivelmente corruptos, a um tribunal superior que administre leis morais a-históricas, incorruptíveis e transculturais.”<sup>9</sup> Para buscar ajuda ao desenvolver essas capacidades, Rorty recorre à literatura, para ele um compêndio de imagens e narrativas projetadas para ampliar nossas simpatias nos comovendo.<sup>10</sup> Experienciar a literatura é quase sempre uma atividade reflexiva, mas não é uma forma de deliberação. De forma semelhante, Aquiles foi mais reflexivo do que deliberativo.

O tom pragmático começou a assumir uma forma filosófica com os filósofos pré-socráticos e uma forma demótica na prática da democracia ateniense. Os sofistas – instrutores nas técnicas retóricas empregadas nas contendas legais e políticas nos tribunais atenienses e na Assembleia – construíram uma ponte entre as duas formas. Heráclito enfatizou o caráter de experiência como fluxo em vez de como fixidez<sup>11</sup> e de conceitos como tentativas de impor ordem ao fluxo em vez de discernir a fixidez dentro dele. Protágoras disse que o homem é a medida de todas as coisas, querendo dizer que a realidade é o que seres humanos fazem do mundo externo para seus próprios fins.<sup>12</sup> Essa máxima pragmática harmonizou-se bem com a prática democrática, que estava centrada no homem no mesmo sentido. Os cidadãos debatiam a política de um ponto de vista de suas opiniões e interesses em vez do dos princípios abstratos do bem público ou reivindicações críveis de possuir a verdade última.<sup>13</sup> Os sofistas, cujo papel, como o dos advogados modernos, era o de persuadir os cidadãos a escolher um lado ou o outro das disputas políticas e legais, não estavam interessados em descobrir a verdade. Estavam interessados em escrever recursos persuasivos para a compreensão imperfeita, as opiniões e até os prejuízos, de plateias específicas. Na medida em que tentaram justificar

9 Richard Rorty, *Philosophy and Social Hope* 82-83 (1999).

10 Richard Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity* xvi (1989).

11 G. S. Kirk, J. E. Raven e M. Schofield, *The Presocratic Philosophers* 194-195 (2ª ed. 1983).

12 Id. em 411. Compatível com esta visão, Protágoras escreveu que era incapaz de determinar se os deuses existem. Richard Winton, “Herodotus, Thucydides, and the Sophists”, em *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought* 89, 95 (Christopher Rowe e Malcolm Schofield eds. 2000). A frase de Heráclito de que o caminho para cima e o caminho para baixo é o mesmo e único, Kirk, Raven e Schofield, nota 11 acima, em 188-189, é um outro exemplo de uma abordagem relativista ou perspectivista.

13 Josiah Ober, “How to criticize Democracy in Late Fifth- and Fourth-Century Athens”, em Ober, *The Athenian Revolution: Essays on Ancient Greek Democracy and Political Theory* 10-11, 141 (1996), observa o caráter pragmático da democracia ateniense. E há a citação famosa de Protágoras por Platão defendendo a democracia com base em que, enquanto faltava à maioria dos cidadãos conhecimento especializado sobre os empreendimentos específicos do governo, como a construção de navios de guerra, era esperado que eles ouvissem os conselhos de especialistas sobre tais assuntos, e que o mais importante traço de caráter do ponto de vista da governança política, a saber, um senso de justiça política, era, ao contrário da especialização, distribuído entre a população em vez de ficar concentrado num punhado de pessoas especialmente treinadas. Winton, nota 12 acima, em 96-100. Veja também Peter Levine, *Living without Philosophy: On Narrative, Rhetoric, and Morality* 96 (1998).

e não meramente praticar sua arte, eram filósofos também – sendo Protágoras um exemplo notável – apesar de Platão ter conseguido obscurecer esse fato e fingir que a filosofia tinha começado com Sócrates.

Com a derrota de Atenas na Guerra do Peloponeso, um desastre que Tucídides atribuiu aos excessos da democracia ateniense,<sup>14</sup> e o período que se seguiu de instabilidade política logo seguido pela condenação de Sócrates pela democracia restaurada, era chegado o tempo de uma reação ao tom pragmático na filosofia e na política. Isto é, era chegado o tempo de Platão inaugurar a tradição ortodoxa de pensamento ocidental. Platão virou Homero, os filósofos pré-socráticos e os sofistas de cabeça para baixo, celebrando a estase sobre o fluxo, o permanente sobre o contingente, a paz sobre a guerra, o conhecer sobre o fazer, a lógica sobre a adaptação, a divindade abstrata sobre os deuses naturalísticos, os universais sobre os particulares, a razão abstrata sobre a inteligência prática (e, assim, a filosofia sobre a retórica), a verdade sobre a opinião, a realidade sobre a aparência, o princípio sobre a conveniência, a unidade sobre a diversidade, a objetividade sobre a subjetividade, a filosofia sobre a poesia e o domínio por filósofos sobre o domínio popular.

Platão definiu a pauta da filosofia para os 2.000 anos seguintes ou mais – de fato, até hoje –, atribuindo à filosofia a tarefa de descobrir, pelo raciocínio especulativo, as verdades que forneceriam fundações seguras para o conhecimento científico e crenças morais, políticas e estéticas. Suas garras só começaram a se afrouxar de forma séria no final do século XVIII e início do século XIX, com Hume e Hegel (e, até certo ponto, como sugeri, com Kant) e nos Estados Unidos com Emerson.

A definição mais simples de pragmatismo é que é a rejeição da raiz e dos ramos do platonismo.<sup>15</sup> Mas a exatidão da definição depende do significado preciso atribuído ao “platonismo”. Os pragmatistas não rejeitam o *insight* de Platão de que conceitos matemáticos são “reais” num sentido significativo que não depende de estarem incorporados. Eles são plausivelmente incorporados como entidades metafísicas realmente existentes. Um ponto, ou uma linha, na geometria euclidiana é real, mesmo que não haja objetos uni ou bidimensionais no universo e, de forma semelhante, a palavra “cadeira”, que nomeia um número indefinido de objetos físicos, mas não é física em si mesma. (Então Heráclito estava errado ao afirmar que não se pode entrar duas vezes no mesmo rio.)<sup>16</sup> Mas há entidades “metafísicas” no sentido mais modesto das coisas que, apesar de úteis e discutíveis, não possuem localização no tempo e no espaço, coisas em outras palavras que são reais (ou reais o bastante) apesar de não físicas, como distintas das entidades não sensoriais e quase sempre sobrenaturais que supostamente geram ou apoiam os mundos físico e moral. Essas entidades, sendo inacessíveis à investigação empírica, surgem do ceticismo do pragmatista. Os deuses são aquele tipo de entidade meta-

14 Veja Simon Hornblower, *Thucydides* 160-176 (1987).

15 Do platonismo, não de Platão – que não era, ele próprio, um platonista, pelo menos no sentido que a palavra é normalmente usada. O argumento foi desenvolvido pelo arquiantiplatonista John Dewey: “Sou incapaz de encontrar em [Platão] esse sistema abrangente e prioritário que mais tarde a interpretação, parece-me, conferiu a ele com um obséquio duvidoso... [Seu] voo mais alto da metafísica sempre terminava com uma viravolta social e prática.” Dewey, “From Absolutism to Experimentalism”, em *John Dewey: The Later Works, 1925-1953*, vol. 5: 1929-1930, em 147, 154-155 (Jo Ann Boydston ed. 1984). Platão era um intelectual totalmente engajado, não um acadêmico ou um autor de tratados eruditos.

16 Se é que isso foi o que ele queria dizer, o que não está claro. Veja Kirk, Raven and Schofield, nota 11 acima, em 194-197.

física, semelhantes ao númeno de Kant e à noção dos realistas científicos do universo como realmente é, como distinto de nossas descrições dele. E de forma semelhante às Formas de Platão – que acreditava que todo número, toda palavra, era a projeção de uma Forma que existiu num Céu de Formas sobrenaturais. Os pragmatistas não compram essa ideia, mas, o que é mais importante, rejeitam a confiança de Platão num método de investigação baseado no apelo a uma faculdade racional com o treinamento e a orientação apropriados para captar verdades profundas sobre ética, política e ciência, e seu desdém pelo empiricismo como alternativa, quanto mais, como os pragmatistas tendem a acreditar, como um método superior de investigação.

A ascensão da sociedade comercial pode ter sido responsável pelo afrouxamento da influência de Platão sobre a mente filosófica. As pessoas envolvidas no comércio têm pouco interesse por verdades absolutas. A ideia de sociedade sendo governada por filósofos os atinge como uma imbecilidade. Não só as teorias filosóficas, teológicas e até científicas possuem pouca relevância direta para a vida comercial; eles a impedem, drenando recursos, tirando a atenção do mercado e incitando o conflito e a animosidade. A última coisa que um comerciante quer é uma discussão com um cliente sobre assuntos fundamentais, o tipo de debate que aborrece por contestar seu modo de vida. (Esse argumento, debate e discussão podem causar divisão, bem como harmonização; voltarei outras vezes a este ponto neste livro. Este é um dos pontos essenciais para a teoria pragmática da democracia e da adjudicação.) Os mercados são um meio de capacitar estranhos potencialmente avessos a transacionar de forma pacífica uns com os outros, e uma relação superficial, na qual todas as questões profundas são equiparadas, é a base mais produtiva sobre a qual lidar com estranhos. Os mercados mais eficientes são aqueles em que as partes no negócio nem conhecem as identidades uma da outra, como nas transações em bolsa de valores. Os filósofos não fazem muitos negócios, mas fazem parte da sociedade e absorvem suas atitudes. A filosofia pragmática começou como um pragmatismo cotidiano academizado.

Depois da ascensão do comércio, o outro grande revés na tradição filosófica ortodoxa foi provocado por Darwin. Se, como sua teoria sugeria, o homem tinha se desenvolvido a partir de alguma criatura semelhante ao macaco por um processo de seleção natural que buscava uma adaptação melhorada ao meio ambiente desafiador do homem primitivo, presumia-se que a inteligência humana estava adaptada para lidar com o meio ambiente mais do que para alcançar *insights* metafísicos que poderiam não ter qualquer valor adaptativo no meio ambiente ancestral. Quando o homem atingiu uma fase em podia ter lazer, seu vasto cérebro, não mais totalmente engajado em tarefas cotidianas, pôde se voltar para buscas metafísicas. Mas não havia qualquer garantia de sucesso nesses empreendimentos,<sup>17</sup> que haveria se a inteligência humana fosse um dom de uma deidade benevolente – quando então, os seres

17 “Os pragmatistas estão decididos a levar Darwin a sério. Eles acreditam que os seres humanos são únicos no reino animal por terem a linguagem, mas advertem que a linguagem seja entendida como uma ferramenta e não como um retrato. O desenvolvimento gradual da linguagem de uma espécie é explicável tão prontamente em termos darwinianos quanto seu desenvolvimento gradual de lanças e potes, mas é mais difícil de explicar como uma espécie pode ter adquirido a habilidade de *representar* o universo – principalmente o universo como realmente é (em oposição a como é descrito de forma útil, em relação às necessidades articulares dessa espécie).” Richard Rorty, “Pragmatism”, em *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7, pp. 633, 636 (Edward Craig ed. 1998) (ênfase no original).

humanos, já que estariam, na citação sarcástica de Holmes, “no piso térreo com Deus”,<sup>18</sup> “o amigo de que Deus precisaria para descobrir que ele existia”,<sup>19</sup> puderam aspirar a um entendimento quase angélico.<sup>20</sup>

Isso não é para denegrir o papel que a inteligência especulativa, a imaginação e o pensamento abstrato desempenharam no progresso humano, inclusive no progresso científico e tecnológico. Uma outra implicação do darwinismo, no entanto, coloca o lado da teoria da atividade intelectual em perspectiva: é provável que nossos procedimentos intelectuais mais convincentes sejam experimentais em vez de apriorísticos. A evolução é um processo experimental, um processo de tentativa e erro. As mutações criam variações herdáveis e a seleção natural na verdade escolhe o mais adaptativo. Pura tentativa e erro opera devagar demais para ser uma estratégia de pesquisa factível e é aí que entra a teorização. As teorias escolhem os caminhos mais promissores para a investigação experimental. Mas isso significa que a teorização é o início da investigação, não o final. E dada a finitude da inteligência humana, isso pode fazer mais sentido, em vez de se comprometer no início de uma linha única de investigação, para tentar abordagens teóricas diferentes e, por um processo de seleção direcionada em vez de aleatória, escolher o melhor – o que quer dizer o melhor adaptado às necessidades humanas –, observando os resultados.

No Capítulo 3, veremos como John Dewey elaborou a concepção experimentalista da investigação; mas Mill já tinha a ideia.<sup>21</sup> *On Liberty* baseia o caso referente à liberdade de expressão sobre o argumento falibilista mais tarde enfatizado por Charles Sanders Peirce de que a validade de uma hipótese não pode ser determinada sem fazer com que a hipótese passe pela crítica do desafio hostil e no outro argumento de que o progresso intelectual e social é impossível sem experimentação, inclusive, no domínio da conduta, “experimentos na vida”,<sup>22</sup> que pressupõem diversidade de gosto e perspectiva.

Eis um exemplo simples. Pergunte a si mesmo: se você fosse um homem que quisesse se casar, faria mais sentido formular um conceito da esposa ideal e depois buscar a melhor aproximação para ele no mundo real ou, sem pré-concepções, tentar conhecer várias mulheres solteiras disponíveis (em termos de idade e formação) e, por meio desse processo exploratório, descobrir que tipo de mulher com quem você seria mais feliz casado? Meu palpite é que a segunda opção, o processo pragmático de busca, seria a mais sensata atualmente, assim como, com certeza, era há 30.000 anos. Isso é verdade em várias outras situações de resolução de problemas, inclusive legais e políticas também. Podemos chamar isso de prioridade do empírico. Suponha que você creia fortemente nas bases teóricas em mercados livres, mas também

18 Carta de Oliver Wendell Holmes para Harold Laski, 26 de fevereiro de 1918, em *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* 112 (Richard A. Posner ed. 1992).

19 Carta de Oliver Wendell Holmes para Alice Stopford Green, 9 de novembro de 1913, em id. em 22, 23. “Não que eu não gostaria de ter um anjo pousado sobre o meu porta-canetas tinteiro aqui dizendo: ‘Deus me enviou para lhe dizer que é você e Ele, que Ele criou o descanso e você se fez a si mesmo e que Ele deseja a sua amizade.’” Carta de Oliver Holmes para Harold Laski, em id. em 112.

20 “Que obra-prima, o homem! Quão nobre pela razão! Quão infinito pelas faculdades! Como é significativo e admirável na forma e nos movimentos! Nos atos quão semelhante aos anjos! Na apreensão, como se aproxima dos deuses, adorno do mundo, modelo das criaturas!” *Hamlet*, ato II, cena 2, ll. 303-306.

21 A dívida que o pragmatismo tem para com Mill é reconhecida pela dedicatória de William James em seu livro *Pragmatism*, nota 1 acima, a ele.

22 John Stuart Mill, *On Liberty* 54 (David Spitz ed. 1975 [1859]).

considere a Rádio Pública Nacional muito superior a qualquer rede de rádio comercial. Se suas convicções o levam a qualificar sua ideologia de livre mercado, você estará priorizando a experiência, o empírico. Mas, se sua ideologia faz com que você decida que você deve ter um parafuso a menos por preferir a estação de rádio pública às rádios comerciais, então você estará priorizando a teoria.

Dando à narrativa evolucionária uma inclinação social, Nietzsche descreveu a inteligência como sendo uma invenção do fraco para alcançar a dominância sobre o forte. A inteligência, em sua interpretação, é uma faculdade manipulativa em vez de contemplativa. Tem tudo a ver com poder e nada a ver com a busca da certeza. A verdade, no relato de Nietzsche, está bem abaixo na lista de coisas que são importantes para o homem e a sociedade.<sup>23</sup> Então, ele defendeu uma concepção pragmática da escrita da história contra a crença convencional de que uma função do historiador é falar a verdade, custe o que custar.<sup>24</sup>

Nietzsche foi o maior dos protopragmáticos. Porém, reconheceu a influência de Emerson sobre seu pensamento e, antes que as ideias de Nietzsche fossem amplamente disseminadas nos Estados Unidos, o pragmatismo emergira como a primeira e talvez a única contribuição original para o pensamento filosófico. Este era um desdobramento natural. Os Estados Unidos eram, ao mesmo tempo, a nação mais democrática do mundo, a mais imbuída de valores comerciais e a mais diversa em termos religiosos e étnicos, e, portanto, morais.<sup>25</sup> Diversidade e orientação comercial impulsionaram a equiparação de questões fundamentais, enquanto a democracia conferiu inclinação pragmática à política, como tinha feito na Atenas antiga, porque o cidadão médio tem pouco interesse em questões de princípios. O tom pragmático, claramente observado (apesar de não nomeado) por Tocqueville nos anos 1830,<sup>26</sup> estimulou uma filosofia autoconscientemente pragmática, e essa filosofia se espalhou para o direito na jurisprudência influente de Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo, e os realistas legais dos anos 1920 e 1930, assim como para outros campos.<sup>27</sup>

A diversidade religiosa e étnica, e portanto moral, da América tem uma importância adicional para a ascensão do pragmatismo. A confiança nas fundações do conhecimento é difícil de sustentar em face da discordância difundida. Acreditamos que fazemos a maioria das coisas simplesmente porque ninguém nunca nos deu razão para duvidar delas. Acreditamos nelas por hábito. Um exemplo é a nossa data de nascimento, de que temos conhecimento

23 Veja Brian Leiter, *Nietzsche on Morality*, 42-43, 266-268 (2002). Segundo Holmes, o Nietzsche americano, “uma nova inverdade é melhor do que uma velha verdade.” Carta de Oliver Wendell Holmes para Harold Laski, 24 de junho de 1926, em Holmes, nota 18 acima, em 116.

24 Veja Friedrich Nietzsche, “On the Uses and Disadvantages of History for Life”, em Nietzsche, *Untimely Meditations* 57 (R. J. Holingdale trad. 1983); Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, cap. 4 (2001).

25 Algumas outras nações, principalmente a Rússia e a Áustria-Hungria, tinham populações muito heterogêneas, mas os grupos minoritários estavam firmemente subordinados, como só os negros estavam na América.

26 Veja, por exemplo, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* 403-404, 434-437 (Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop trad. 2000). “Tocqueville esboçou, meio século antes de surgir, as características marcantes do pragmatismo.” James H. Nichols, Jr., “Pragmatism”, em *Political Philosophy: Theories, Thinkers, Concepts*, 145, 146 (Seymour Martin Lipset ed. 2001).

27 Veja, por exemplo, Cecil V. Crabb, Jr., *American Diplomacy and the Pragmatic Tradition*, cap. 1 (1989). A veia pragmática na literatura americana é explorada em dois livros de Richard Poirier: *The Renewal of Literature: Emersonian Reflections* (1987) e *Poetry and Pragmatism* (1992). Gostaria de deixar em aberto, no entanto, a extensão em que a jurisprudência de Holmes teve efeito e na causa do fato de ele ter abraçado o pragmatismo. Veja Capítulo 2.

apenas como a ligação final numa longa cadeia de rumores não verificados. Numa cultura uniforme em termos religiosos, é natural as pessoas darem como certa a verdade da religião prevalecente e suas proposições metafísicas associadas. Quanto mais diversa e individualista for uma cultura, mais permeável é a influências externas; e quanto mais livre e móvel a população, menores as certezas. Na América, as pessoas estão constantemente se acotovelando, figurativamente falando, com compatriotas americanos conhecidos por terem visões enfaticamente diferentes sobre grandes questões, como evolução, moralidade sexual, a natureza de Deus, a importância do dinheiro, o valor da vida fetal, a moralidade da eutanásia, os direitos dos animais, o escopo da igualdade, os métodos e metas apropriados das relações internacionais, a estrutura familiar e a importância da raça. O pragmatismo, com sua lição de tentativa e erro (as versões mais suaves do ceticismo e do relativismo, que mencionei na Introdução), floresce num clima de valores heterogêneos.

Várias correntes da filosofia do século XX incharam a corrente pragmática. A mais importante foi o positivismo lógico (empirismo lógico, o Círculo de Viena, o Wittgenstein nos seus primórdios). É verdade que os positivistas lógicos estavam em busca das condições de conhecimento, que não era uma busca pragmática e que os levou a adotar a verificabilidade como critério do conhecimento “real”. O que não podia ser verificado não era conhecimento. As relações lógicas eram questões de definição e, então, meras tautologias – você tira aquilo que botou, nada mais – enquanto proposições morais e estéticas eram meramente emotivas. A filosofia pragmática moderna, o renascimento do pragmatismo de Quine, Putnam e outros, encarregou-se de empurrar o positivismo lógico para fora de seu poleiro,<sup>28</sup> e teve êxito em grande parte. Mas era uma briga de família.<sup>29</sup> Os positivistas lógicos tinham afirmado, na verdade, que apenas os métodos experimentais de cientistas geravam conhecimento digno do nome. Os positivistas lógicos tinham rejeitado os métodos apriorísticos usados para estabelecer proposições metafísicas e, assim, baniram para a escuridão sem fim a teologia, a filosofia moral, as especulações transcendentais e a teoria política – em outras palavras, grande parte da tradição filosófica ortodoxa. Fazendo isso, tinham preparado a cena para uma renovação do pragmatismo.

### Pragmatismo ortodoxo versus não conformista

Com sua precisão e rigor, o positivismo lógico fez com que os pragmatistas americanos clássicos, principalmente James e Dewey, parecessem confusos e verborrágicos. Colocou o pragmatismo sob uma nuvem, ao mesmo tempo que estava preparando involuntariamente o terreno para seu renascimento. Esse renascimento, que pode ser datado a partir das obras de Wittgenstein e Quine publicadas no início dos anos 1950, rapidamente chegou a uma encruzilhada. Um lado levava para o que chamo de pragmatismo “ortodoxo” ou “academizado”, o outro, para o que chamo de pragmatismo “não conformista”.<sup>30</sup> Ambos desafiam a obsessão da tradição filosófica de estabelecimento de condições que tornam possível (ou impossível,

28 Rorty, nota 17 acima, em 637.

29 Para completar a relação entre pragmatismo e positivismo lógico, veja Daniel J. Wilson, “Fertile Ground: Pragmatism, Science, and Logical Positivism”, em *Pragmatism: From Progressivism to Postmodernism* 122 (Robert Hollinger and David Depew eds. 1995).

30 Este último é um termo originalmente aplicado aos católicos romanos ingleses que se recusaram a frequentar missas na Igreja da Inglaterra apesar de serem obrigados por regulamentos a fazerem-no.

pois o ceticismo filosófico é parte da tradição) afirmar a certeza de proposições “óbvias”, científicas, morais e políticas. Exemplos de proposições são as que existem no mundo externo, que o universo não passou a existir na semana passada, que outras pessoas têm mentes, que a ciência pode fornecer descrições da realidade, que  $2 + 2 = 4$ , que gatos não crescem em árvores, que nenhum ser humano já conseguiu comer um hipopótamo adulto de uma vez só, que o Tribunal de Nuremberg foi legal e que torturar crianças é errado.

O pragmatismo ortodoxo discorda da forma como a tradição central trata essas questões. Defende que muitos dos problemas tradicionais da filosofia podem ser dissolvidos se comprovados serem pseudoproblemas ou até ignorados completamente, como o problema do ceticismo, que é fundamental para a epistemologia.<sup>31</sup> Assim, Wittgenstein ressaltou que o conhecimento de que se tem um corpo é mais firme do que qualquer método de comprovação que se possa ter, já que uma prova pode ser questionada, mas ninguém em sã consciência duvida de que tem um corpo.<sup>32</sup> Buscar garantias para acreditar (o projeto da epistemologia) no que não podemos duvidar, buscar fundamentos para crenças confiantemente mantidas do que os fundamentos podem ser, não leva a lugar algum. De forma semelhante, apesar de o fato de que nenhum ser humano já comeu um hipopótamo adulto de uma vez só não poder ser verificado, é mais certo do que a maioria dos fenômenos dos quais temos percepção sensorial direta. Isso sugere ainda a inutilidade de prescrever condições, como a verificabilidade, para atestar como verdadeiro o conhecimento empírico, ou de prescrever uma hierarquia de critérios de validade.

Os filósofos costumam pensar que o “testemunho” (isto é, o que outras pessoas nos contam) estava na parte baixa da hierarquia; acima dele estavam a percepção, memória e inferência, em ordem decrescente de confiabilidade. Porém, por razões que Wittgenstein demonstrou, a escada está podre.<sup>33</sup> Devido a limitações de tempo e intelecto, baseamos a maior parte de nossas crenças no testemunho, como o testemunho de cientistas em relação a fenômenos cosmológicos e microscópicos. Muitas dessas crenças são mais confiáveis do que as que se baseiam na percepção, na memória e na inferência. Isso é verdadeiro apesar de julgarmos a confiabilidade do testemunho muito com base em *outro* testemunho (acredito que minha certidão de nascimento traz a minha data de nascimento certa, em parte devido ao que ouvi sobre o processo governamental de registro de pessoas naturais e em parte devido ao que meus pais me contaram) – isto é, apesar de muito de nosso conhecimento estar baseado em rumores, grande parte dele multiplica por dois, três ou até mais rumores remotos. “Todos nós sabemos que os bebês nascem das mulheres de uma certa forma e isso é um fato de observação, mas muitos de nós nunca viram uma criança nascer.”<sup>34</sup> Com frequência, somos enganados pelo testemunho; mas também percebemos mal, esquecemos e usamos erroneamente procedimentos inferenciais ou realizamos de maneira errada sua aplicação. A percepção em si, defende Sellars, vem carregada de teoria em vez de fundamentos: segundo o resumo útil de

31 “Ninguém gostaria de ter o ‘conhecimento humano’ (em oposição a algum relatório ou teoria específicos) justificado a menos que estivesse atemorizado pelo ceticismo.” Richard Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* 229 (1979).

32 Veja, por exemplo, Ludwig Wittgenstein, *On Certainty*, 32, 111, 125 (1969).

33 Id., 144, 240, 282, 288, 604.

34 C. A. J. Coady, *Testimony: A Philosophical Study* 81 (1992).

Brandon, “em vez de chegar a um conceito de algo porque percebemos esse tipo de coisa, ter a capacidade de perceber já exige ter um conceito, e não pode ser responsável por ele”.<sup>35</sup>

Popper, Goodman e outros, seguindo os passos de Hume, questionaram a indução e com ela a verificabilidade. Alegaram que hipóteses podem ser falsificadas, mas nunca confirmadas. Apesar de muitas instâncias confirmadoras terem sido observadas, a próxima pode ser desconfirmadora. Contudo, nem mesmo a falsificação é um critério infalível de invalidade; sempre é possível, e de fato é comum na prática científica, rejeitar evidências que contradizem uma hipótese com base em que as observações ou experimentos que geraram a evidência serem não confiáveis, em vez de rejeitar a hipótese e possivelmente ter que abandonar uma teoria bem-sucedida até o momento. Kuhn produziu a mais completa teoria pragmática da ciência, na qual teorias científicas são adotadas não porque sejam verdadeiras, ou melhores aproximações à verdade, mas porque são mais bem adaptadas aos interesses e necessidades existentes.

Quine tirou a lógica de seu pedestal. Suponha que um cisne seja definido como sendo um pássaro que tenha várias características, inclusive a de ser branco. Então, um dia alguém vê um pássaro que tem todas as características exceto a cor. Ou mudamos a definição de “cisne” para incluir esse novo pássaro ou podemos nos ater à definição antiga e chamá-lo de outra coisa. Nenhuma reação à nova observação é superior à outra. Isso significa que verdades lógicas (“necessárias”) não estão imunes à refutação empírica, como as tautologias genuínas estariam. Também, e o que é mais importante, isso significa que a decisão de se reagir a uma nova experiência alterando uma crença lógica ou empírica é uma decisão oportuna, da mesma forma que evidências desconfirmadoras podem ser harmonizadas, ou mudando a teoria ou rejeitando a evidência. “Para Quine, uma verdade necessária é apenas uma afirmação tal que ninguém nos deu qualquer alternativa interessante que nos levasse a questioná-la.”<sup>36</sup>

Quando os pragmatistas acabaram de falar, pouco da tradição platônica tinha sido deixada intacta. Porém, os exemplos que venho discutindo sugerem que o pragmatismo ortodoxo dá continuidade à tradição central. Os pragmatistas ortodoxos aceitam a pauta dessa tradição. Eles só acham que podem fazer um trabalho melhor com ela. O pragmatismo ortodoxo é antifundacionalista e, num sentido frouxo, antimetafísico, mas não é uma ruptura com a tradição filosófica (daí eu chamá-lo de “ortodoxo”). De fato, ele se baseia fortemente em filósofos considerados de hábito como cabendo sem arestas dentro da tradição, como Hume,

35 Robert Brandom, “Study Guide”, em Wilfrid Sellars, *Empiricism and the Philosophy of Mind* 119, 167 (1997).

36 Rorty, nota 31, acima, em 175. O exemplo do cisne tem um correspondente teológico interessante. O cardeal Bellarmine, adversário de Galileu, assumiu a posição de que, se um fato científico fosse estabelecido firmemente, as escrituras teriam que ser reinterpretadas a fim de incorporá-lo, mas até que o fato fosse firmemente estabelecido, ele seria rejeitado, se conflitasse com as escrituras. Sua opinião era que a teoria copernicana era este segundo tipo de fato – e foi só neste ponto que Galileu discordou dele. Richard J. Blackwell, *Galileo, Bellarmine, and the Bible* 166-173 (1991). (Então Bellarmine foi um Quine precoce!) Por fim, a Igreja aceitou a teoria de Copérnico como um fato comprovado e reinterpretou as escrituras de acordo com ele.

Brandon elucida o caráter pragmático da posição de Quine na passagem a seguir: “Quine faz objeção à noção de alegações analíticas com base no significado (alegações verdadeiras em virtude apenas do significado das palavras), fundamentadas na suposição amplamente pragmatista de que não há um status praticamente discernível correspondente a essa suposta categoria. Alegações tidas como analíticas, do tipo ‘todos os homens solteiros são não casados’, não estão imunes a revisão, afirmações conhecidas a priori ou de outra forma distintas de afirmações de fatos muito gerais, tais como ‘tem existido cães pretos.’” Brandon, nota 35 acima, em 155 n. 13.

Mill e os positivistas lógicos. Com frequência, quando pragmatistas parecem estar criticando as questões filosóficas tradicionais, eles na verdade estão tentando convencer os outros a adotarem suas respostas a essas questões; e empregam os estilos filosóficos tradicionais de análise para atingirem seu fim. Alguns deles consideram o pragmatismo principalmente, ou quase exclusivamente, uma teoria de significado e justificação e apresentam as seguintes proposições como canônicas do pragmatismo assim entendido: que o significado de um conceito reside nas consequências que decorrem da ação quando ele acontece e que a validade de uma crença reside no fato de que leva a consequências esperadas quando da ação.<sup>37</sup> Isso é filosofia acadêmica sutil.

Se isso é sólido é uma outra questão. Definir o significado em termos de consequências é um pouco estranho<sup>38</sup> e embasar a justificativa em sucesso previsto será contestado por popperianos, que defendem que hipóteses podem ser refutadas, mas nunca confirmadas, e serão tratadas como banais por outros filósofos da ciência. Mas essas idas e vindas só ressaltam a ortodoxia de muitos pragmatistas filosóficos, estando estes lutando no mesmo terreno e com as mesmas armas que os seguidores de filosofias opostas. Pragmatistas não conformistas, ao contrário, como Dewey, o Wittgenstein maduro em alguns momentos, Karl Marx e Richard Rorty, não acham que as questões epistemológicas e éticas que definiram em grande parte a tradição clássica e que muitos pragmatistas tentaram responder valem a pena ser analisadas porque eles não acham que nada de importante além de uma carreira na filosofia acadêmica gera as respostas. As questões são meras distrações da atividade de nos ajudar a entender e melhorar o mundo, seja ele físico ou social. Nada está em jogo, por exemplo, ao perguntar se a ciência nos fornece descrições verdadeiras da realidade. A ciência aumentou dramaticamente nossa habilidade de controlar nosso ambiente, e nada mais é necessário para definir que este é um método de investigação útil – e, de qualquer forma, ninguém sério está questionando sua utilidade,<sup>39</sup> então o que há lá para defender? Se a ciência é bem-sucedida porque suas teorias descrevem com exatidão o universo é irrelevante para qualquer interesse humano prático. Agora pensamos que a geometria euclidiana, astronomia ptolomaica e a física newtoniana são todas teorias errôneas, mas cada uma delas era e permanece sendo útil em empreendimentos práticos. Marinheiros ainda navegam pelo mapa ptolomaico do universo, construtores baseiam suas plantas na geometria euclidiana e artilheiros calculam trajetórias usando a lei da gravidade de Newton.

De forma semelhante, apesar de menos claramente, se solicitado a aceitar uma abordagem utilitária, kantiana ou religiosa a questões morais, o pragmatista não conformista vai querer saber quais são as prováveis consequências das várias abordagens para os assuntos nos quais está interessado. Se não gostar das consequências de uma abordagem em particular, se,

37 Esta citação foi retirada de uma troca de e-mails com Eric MacGilvray. Veja também MacGilvray, nota 6 acima, cap. 4, p. 27. Para uma explicação útil do que estou chamando de “pragmatismo ortodoxo”, veja John P. Murphy, *Pragmatism: From Peirce to Davidson* (1990).

38 Se se espera que a crença na existência de Deus leve a um sentimento de contentamento e a previsão for cumprida, isso quer dizer que Deus existe? Com certeza não. A única conclusão que se poderia tirar seria a da deseabilidade da crença.

39 Mesmo os criacionistas não expressaram uma opinião negativa da ciência em geral. Muitos deles, além disso, descrevem sua posição como “ciência da criação”, na verdade reconhecendo a autoridade epistêmica da ciência. Também não fazem críticas morais de descobertas científicas específicas nem linhas de pesquisa questionam essa autoridade.

em outras palavras, suas intuições morais se chocarem com os ensinamentos de uma teoria moral, ele seguirá suas intuições. Não se impressionará, por exemplo, com os argumentos utilitários para o infanticídio ou a eutanásia ou o argumento kantiano para nunca mentir ou os argumentos católicos de que o aborto viola a lei natural. Vai querer saber das consequências de ele acreditar em qualquer dessas coisas antes de abandonar suas crenças atuais, por mais que estejam baseadas na “razão”.

Considerarei a impotência da teoria moral menos clara do que a da epistemologia porque, apesar de os debates sobre os fundamentos do conhecimento não terem qualquer poder de mudar o comportamento das pessoas (ninguém duvida que elas tenham um corpo e não consigam engolir um hipopótamo), os debates sobre moralidade podem ter algum poder. As pessoas às vezes agem baseando-se num senso de dever ou por medo induzido pela crença numa deidade punitiva. Mas a *filosofia* moral, como oposta à religião e à liderança carismática, tem pouco poder de mudar as atitudes das pessoas e por meio dessa mudança alterar seu comportamento.<sup>40</sup> E porque tem poucas consequências no mundo real, enquanto distinto do mundo da teoria do filósofo acadêmico, o pragmatista não ortodoxo é inclinado a pensar que a filosofia moral normativa é uma perda de tempo.

Enquanto o pragmatista não ortodoxo está, como disse eu, firmemente dentro da corrente filosófica principal moderna (nenhum mais do que Quine, Davidson e Putnam),<sup>41</sup> lutando com as questões tradicionais com as armas retóricas e dialéticas tradicionais, só que chegando a conclusões diferentes dos clássicos, o pragmatista não ortodoxo é hostil à corrente principal.<sup>42</sup> Um está tentado, portanto, a descrever seu tipo de pragmatismo como antifilosófico. Por vezes, me rendi a essa tentação, mas estava errado ao fazê-lo. Uma coisa é ignorar a corrente principal ou ainda toda a filosofia, como muitos fazem. Outra coisa é atacá-la. Este é um movimento dentro da filosofia, apesar de heterodoxo. A filosofia não tem fronteiras fixas; se alguém impulsionar sua carreira escrevendo contra a filosofia, de que mais se poderia chamá-lo a não ser de filósofo? Se Rorty e os outros pragmatistas não ortodoxos não são filósofos, o que eles são? Rorty deixou de ensinar num departamento de filosofia porque desaprova os rumos que a filosofia acadêmica tomou. Mas ainda se considera um filósofo. Ele não quer abandonar a filosofia; ele quer redirecioná-la, substituir “a concepção platônica do filósofo como “espectador do tempo e da eternidade por uma concepção mais profissionalizada e mais orientada politicamente da tarefa do filósofo”<sup>43</sup>.

É verdade que Rorty decidiu descrever-se como um “pragmatista pós-filosófico”,<sup>44</sup> que espera que os filósofos se tornem “intelectuais para todos os fins”<sup>45</sup> a partir de sua condição presente como especialistas nos problemas tradicionais e na literatura da filosofia. Esses intelectuais para todos os fins, o equivalente ao que é cada vez mais chamado de “intelectuais

40 Veja Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, cap. 1 (1999).

41 Richard Rorty, o líder dos não ortodoxos vivos descreve Quine e Davidson como “filósofos sistemáticos”. Rorty, nota 31 acima, em 7.

42 Para um bom exemplo do contraste, veja Donald Davidson, “A Coherence Theory of Truth and Knowledge: Afterthoughts”, em Davidson, *Subjective, Intersubjective, Objective* 154, 157 (2001).

43 Rorty, veja nota 17 acima, em 634 (ênfase acrescentada).

44 Richard Rorty, “Pragmatism and Law: A Response to David Luban”, em *The Revival of Pragmatism*, nota 3 acima, em 304, 311 n.1 (ênfase acrescentada). Veja também James Ryerson, “The Quest for Uncertainty: Richard Rorty’s Pragmatic Pilgrimage”, *Lingua Franca*, dez. 2000/jan. 2001, p. 42.

45 Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism* (Essays: 1972-1980), em xxxix-xl (1982).



públicos”, comentariam sobre as questões sociais e culturais urgentes do dia num vocabulário não técnico em vez de continuarem a fazer investigações conceituais abstratas que são o ativo com liquidez tradicional do filósofo, investigações do tipo “O que é a verdade?” e “Existem deveres morais universais?” Depois que a evolução chegar ao fim, talvez não chamemos mais essas pessoas de filósofos. Nesse ínterim, no entanto, a atividade principal dos não ortodoxos não é resgatar tais promessas para o futuro, mas combater o inimigo atual, o filósofo acadêmico.

### A influência do pragmatismo filosófico sobre o direito

É o momento de perguntar o que qualquer dessas filosofias ou antifilosofias têm a ver com o direito. Refiro-me ao direito em nível operacional – adjudicação, prática da advocacia, consultoria etc. Os advogados acadêmicos são obrigados a tomar conhecimento de teorias filosóficas que possam estar relacionadas com teorias do direito. De fato, é o que estou fazendo neste capítulo. Outros advogados não.

O que estou chamando de pragmatismo ortodoxo tem pouco a contribuir para o direito em nível operacional. Ele se tornou parte da filosofia técnica, na qual poucos juízes ou advogados em exercício têm interesse. Ou poderiam prontamente ter algum interesse: Wittgenstein, Quine, Davidson, Putnam, Habermas e outros pragmatistas filosóficos pós-clássicos – exceto Rorty, mas ele é o menos ortodoxo deles – não são leituras fáceis.<sup>46</sup> O pragmatismo ortodoxo não está completamente não relacionado com o que os juízes fazem, porque as questões filosóficas de que tratam eventualmente acabam em processo judicial.<sup>47</sup> E para os poucos juízes que têm algum conhecimento de filosofia, o pragmatismo ortodoxo pode minar qualquer crença que possam ter, retirada de suas leituras filosóficas, de que o direito tenha uma estrutura lógica autônoma que proporcionaria segurança nas decisões judiciais, a serem determinadas com certeza, sem ter que se misturar com questões empíricas. Em outras palavras, o pragmatismo ortodoxo pode servir para esclarecer os juízes, mas só uns poucos. E não lhes proporcionaria nada para substituir o que tiver sido afastado; ele não daria aos juízes uma concepção alternativa do seu papel para substituir o papel lógico desacreditado. “O pragmatismo legal não depende, e de fato não pode fazer uso, das críticas de filósofos pragmatistas do fundacionalismo metafísico e epistemológico.”<sup>48</sup>

46 Veja, por exemplo, Putnam, nota 6 acima; Robert B. Brandom, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment* (1994). Na verdade, Rorty é apenas uma exceção parcial; *Philosophy and the Mirror of Nature* é um livro difícil, como são também seus ensaios mais recentes.

47 Veja, por exemplo, Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, cap. 5 (1990), onde uso o pragmatismo filosófico para esclarecer questões de causação em casos de atos ilícitos e intencionalidade em casos de coerção de confissão.

48 Thomas C. Grey, “Freestanding Legal Pragmatism”, em *The Revival of Pragmatism*, nota 3 acima, em 254, 259. Cf. Stanley Fish, *The Trouble with Principle* 304 (1999): “nada decorre do pragmatismo [filosófico], não a democracia, não o amor pela poesia, não um modo de fazer história.” Jules L. Coleman, um filósofo que ensina na Faculdade de Direito de Yale, discordaria. Em seu livro, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatic Approach to Legal Theory* (2001), ele usa o pragmatismo filosófico ortodoxo em seu sentido técnico mais severo (veja id. em 6-9), um sentido que recusa ter algo a ver com as predileções de Dewey, James ou Rorty (veja id. em 6 n.6), para expor o positivismo legal e uma teoria de justiça corretiva das leis sobre atos ilícitos. O livro de Coleman é abstrato demais para falar a um profissional do direito. De qualquer forma, sou capaz de discernir sua posição nas questões discutidas neste livro.

Mesmo o pragmatismo não ortodoxo tem, no máximo, um efeito atmosférico sobre o pensamento sobre o direito. Os juízes não estão mais familiarizados com Rorty, apesar de ser bem mais fácil de ler, do que com Kant; e, de forma alguma, o pragmatismo não ortodoxo trata principalmente da recusa em levar a filosofia canônica a sério, o que os juízes recusam a fazer de qualquer jeito, nem que seja por ignorância. Mas muitos pragmatistas não ortodoxos preveem uma recompensa prática – afinal são pragmatistas – por encorajar uma atitude mental que seja mais proveitosa do que a visão filosófica tradicional de engajamento construtivo com os problemas do mundo. Seria uma atitude mental, cética de abstração e desdenhosa de certeza, de chegada ao repouso – a modorra dogmática. Uma atitude mental que encarava o conhecimento como uma ferramenta de adaptação em vez de um lampejo de eternidade, ciência como um processo de investigação em vez de um canal para a realidade última, e a moralidade como um conjunto de regras úteis de se aceitar em vez de um dever imperativo imposto por Deus ou imanente em nossa posse do poder da razão. O público não acadêmico acredita no que é útil acreditar e, portanto, pede evidências das prováveis consequências antes de concordar com uma proposta.

Todos esses argumentos podem ser levantados contra os filósofos da corrente principal que os rejeitam. Mas Dewey acreditava e Rorty acredita que o estilo de pensamento que as versões de pragmatismo deles encorajam podem se derramar para campos não filosóficos, e até para a atividade de julgar, com bons resultados. Dewey escreveu, em nada menos do que numa publicação jurídica, portanto estava tentando atingir – e ensinar – profissionais do direito, que o que o direito precisava era de “uma lógica *relativa a consequências e não a antecedentes*.” Seria uma lógica (ele quer dizer um método) que trataria regras e princípios gerais como “hipóteses de trabalho, precisando ser constantemente testadas pelo modo como funcionam na aplicação a situações concretas.”<sup>49</sup> Concluiu que “a infiltração no direito de uma lógica mais experimental e lógica é uma necessidade social, bem como intelectual”.<sup>50</sup> Esta conclusão, no entanto, não é uma *implicação* do pragmatismo. Não há incompatibilidade intrínseca entre qualquer versão do pragmatismo filosófico e uma crença de que um juiz não deve considerar as consequências do que está fazendo. Essa era a posição de Friedrich Hayek, que a defendeu, pelo menos em parte, em bases afins ao pragmatismo – que juízes produziram melhores resultados se só impusessem regras e entendimentos existentes, custe o que custar, deixando de lado quaisquer melhorias à legislação ou à evolução de costumes.<sup>51</sup> Nada no pragmatismo filosófico possibilita uma escolha entre a abordagem de Dewey e de Hayek ao direito; esta é uma questão no desenho de instituições políticas.

Para o profissional ou o reformista, a filosofia de qualquer forma é uma mera distração, uma perda de tempo de dedicação a um envolvimento construtivo com os problemas da

49 John Dewey, “Logical Method and Law”, 10 *Cornell Law Quarterly* 17, 26 (1924) (ênfase no original). Sobre o pragmatismo legal em geral, veja Thomas F. Cotter, “Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement”, 84 *Georgetown Law Journal* 2071 (1996), bem como as referências na primeira nota de pé de página na Introdução.

50 Dewey, nota 49 acima, em 27.

51 Veja, por exemplo, F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, vol. 1: *Rules and Order* 87, 97, 119, 121 (1973), e o Capítulo 7 deste livro, onde observo um paralelo entre as concepções de conhecimento e investigação de Hayek e Dewey. Sobre o formalismo como uma estratégia pragmática possível para interpretação de leis, veja William D. Popkin, *Statutes in Court: The History and Theory of Statutory Interpretation* 222 (1999).

América, da mesma forma que poderíamos pensar que a vida de um monge que passou o dia todo em oração e contemplação é menos construtiva do que a de um padre paroquial. Contudo, Rorty, assim como Dewey, não pensa que a tradição filosófica ortodoxa é uma mera distração. Ele acha que ela cria uma barreira psicológica à busca da justiça social. Com sua alegação de que possui acesso privilegiado a verdades últimas, a filosofização tradicional se assemelha à teologia em fomentar um modo de ver que, sendo dogmático, é hostil ao acordo e à tolerância e, portanto, à democracia. Rorty acredita que “a superficialidade filosófica e a frivolidade ajudam... a tornar os habitantes do mundo mais pragmáticos, mais tolerantes, mais liberais, mais receptivos ao apelo da racionalidade instrumental.”<sup>52</sup> A reforma social será atrasada, ainda mais, se “o bom-senso tiver que permanecer em suspenso sobre a legitimidade de novidades culturais até que nós, filósofos, os tenhamos pronunciado autenticamente racionais.”<sup>53</sup> E ter que lançar fundamentos filosóficos para programas políticos desencoraja o apoio à experimentação social, que, defende Rorty no espírito de Mill, é essencial para o progresso social. Rorty quer ajudar a “libertar a humanidade da ‘mais longa mentira’ de Nietzsche, a noção de que, fora dos experimentos fortuitos e perigosos que realizamos, reside algo (Deus, Ciência, Conhecimento, Racionalidade ou Verdade) que, se ao menos realizarmos os rituais corretos, entrará em cena para nos salvar.”<sup>54</sup>

Esses argumentos têm algum fundamento, mas a sugestão de que o modo de ver pragmático favorece a democracia social ou o liberalismo legal não é convincente. O pragmatismo não tem valência política. Brian Leiter identificou uma corrente influente no pragmatismo que ele chamou de “realismo clássico” e a associa a Tucídides, Trásímaco, Górgias e outros sofistas, e a Maquiavel, Freud, Marx, Nietzsche, Justice Holmes. E também fico lisonjeado com a observação de ter me incluído nesta relação. O realismo clássico mistura “naturalismo” e “quietismo” com pragmatismo.<sup>55</sup> Leiter também podia ter observado a poderosa veia de pensamento pragmático obstinado na jurisprudência alemã durante as eras Weimar e Hitler. Carl Schmitt, um dos pensadores legais alemães mais influentes desse período, fundamentou sua rejeição da teoria legal liberal numa crença de que a lógica real do direito era uma lógica de consequências em vez de uma lógica de princípios antecedentes.<sup>56</sup> Estruturalmente, sua visão do direito era a mesma de Dewey e Rorty; quanto ao teor do direito, o pragmatismo ficou e está em silêncio.

Numa seção de capítulo alarmantemente intitulada “Pragmatismo como uma ideologia fascista do ato”, Hans Jonas ressalta que o pragmatismo americano “foi adotado como

52 Richard Rorty, “The Priority of Democracy to Philosophy”, em *Reading Rorty: Critical Responses to Philosophy and the Mirror of Nature (and Beyond)* 279, 293 (Alan R. Malachowski ed. 1990). Ele disse em outro texto que acha que “um mundo de ateus pragmáticos... seria um mundo melhor e mais feliz do que o nosso atual.” Richard Rorty, “Response to Frank Farrell”, em *Rorty and Pragmatism: The Philosopher Responds to His Critics* 189, 195 (Herman J. Saatkamp, Jr. ed. 1995).

53 Richard Rorty, “Philosophy and the Future”, em id. em 197, 201.

54 Rorty, nota 45 acima, em 208.

55 Brian Leiter, “Classical Realism”, 11 *Philosophical Issues* 244 (2001). Por “naturalismo”, ele quer dizer “existem fatos (muito) incorrigíveis e em geral sem atrativos sobre os seres humanos e a natureza humana, por “quietismo” que “qualquer teorização normativa que desrespeite o limite imposto por esses fatos sobre a natureza humana é inútil e sem importância; é melhor “ficar quieto” sobre assuntos normativos do que teorizar de uma forma que não faça diferença para a prática”, e por pragmatismo que “só as teorias que fazem diferença na prática valem o esforço: o efeito ou ‘compensação prática’ é a medida relevante de valor em questões teóricas.” Id. em 245.

56 Veja William E. Scheuerman, *Carl Schmitt: The End of Law*, cap. 1 (1999). Cf. Richard A. Posner, *Overcoming Law* 155-157 (1995).

a ideologia de um grupo todo de intelectuais alemães que simpatizavam com o Socialismo Nacional”, e que Mussolini creditava a William James ser uma das fontes de suas ideias.<sup>57</sup> “Como uma filosofia da ação, o pragmatismo acabou preso no entusiasmo da resolução, da ação e do poder que caracterizou os intelectuais socialistas nacionais.”<sup>58</sup> Heidegger foi tanto um pragmatista<sup>59</sup> quanto, pelo menos durante um certo tempo, um nazista.

Os calços darwinianos da filosofia pragmatista, particularmente marcados na versão de pragmatismo de Dewey, bem que *convidam* ao pragmatismo reacionário, mas Dewey declina o convite. O retrato da natureza pintado por Darwin é desolador; é um cão comendo o outro num sentido praticamente literal; o processo adaptacionista que nos produziu é um genocídio. Do darwinismo social no século XIX ao nazismo e à sociobiologia no século XX, o darwinismo inspirou ou nutriu ideologias que têm implicações reacionárias ou (no caso da sociobiologia) conservadoras. Não há motivo para os pragmatistas imersos no darwinismo *não* serem reacionários ou conservadores, então não é surpresa nenhuma que alguns tenham sido.

O próprio Dewey foi famosamente “liberal” no sentido moderno. Os pragmatistas modernos, muitos deles liberais no mesmo sentido, ficam relutantes em admitir que o liberalismo de Dewey estivesse desconectado, com a exceção de talvez num sentido psicológico, de sua filosofia. A psicologia vem do paralelismo entre a tradição filosófica ocidental que começa com Platão, a tradição religiosa ocidental dominada pelas doutrinas cristãs que tomaram, em grande parte, de empréstimo o pensamento filosófico platônico e outros pensamentos filosóficos clássicos, e a tradição legal ocidental, muito influenciada pelo cristianismo. O tipo de mente que é insubordinada em relação ao platonismo muito provavelmente será insubordinada em relação a essas estruturas paralelas também, estruturas que possuem implicações políticas geralmente conservadoras, apesar de servirem a diferentes fins, que é possível abandonar uma ou duas e manter a terceira, ou abandonar uma e manter as outras duas. Não há incompatibilidade lógica entre ser um pragmatista filosófico e um cristão devoto ou um formalista legal, mas talvez haja tensão psicológica. Mas mesmo que a retirada dos sustentáculos de sob Platão e seus sucessores filosóficos vire o cristianismo e o direito de cabeça para baixo, as consequências políticas podem ser – nada. O socialismo nacional era filosoficamente pragmático, ateu e desdenhoso da legalidade.

O pragmatismo aplicado ao direito no máximo tira dos juízes a alegação de estarem engajados numa atividade científica neutra de casar os fatos com as leis, em vez de numa atividade basicamente política de formulação e aplicação de políticas públicas chamadas de direito. Esta é uma alegação feita em nome das teorias legais de esquerda, bem como de de direita. Ronald Dworkin alega estar engajado numa busca objetiva de respostas certas a questões legais constitucionais e em outras questões legais difíceis e despreza os adeptos do movimento dos estudos jurídicos críticos e outras teorias legais “pós-modernistas” e critica Rorty por afirmar que a busca é inútil. Assim, o pragmatismo debilita Dworkin, um liberal de esquerda – enquanto não persegue os juízes alemães que, durante o período nazista, rejeitaram o processo de tomada de decisão formalista como um impedimento de pôr o di-

57 Hans Joas, *Pragmatism and Social Theory* 107 (1993). Veja também id. em 108-111.

58 Id. em 111.

59 Id. em 105-107; Richard Rorty, “Introduction: Pragmatism and Post-Nietzschean Philosophy”, em Rorty, *Philosophical Papers*, vol. 2: *Essays on Heidegger and Others* 1, 3-4, 10-11 (1991).

reito em conformidade com o espírito do regime.<sup>60</sup> Rorty execra o nazismo e olha Dworkin olho no olho, em termos políticos. Porém o pragmatismo rortiano, aplicado ao direito, desafia a jurisprudência de Dworkin, mas não a dos nazistas.

Rorty advoga uma concepção “visionária” de adjudicação constitucional. “Uma mudança de paradigma”, defende ele, pode ser “necessária para quebrar uma ‘má coerência’. Tal mudança pode ser iniciada quando juízes visionários conspiram para evitar... o ‘juiz pragmático complacente’... de perpetuar tal coerência.”<sup>61</sup> Rorty chama as mudanças de paradigma levadas a efeito pelos juízes visionários de “uma penetração no domínio do romance” e exemplos de “poesia da justiça.”<sup>62</sup> Porém, está bem ciente de que o termo “juiz pragmático complacente” não é um oxímoro. Está alerta para “a possibilidade de que decisões igualmente românticas e visionárias, mas moralmente aterradoras, possam ser tomadas por juízes pragmatistas cujos sonhos sejam elióticos ou heideggerianos em vez de emersonianos ou keatsianos.”<sup>63</sup>

A conexão entre o liberal-visionário e o pragmático é puramente histórica e contingente. Acontece que John Dewey e alguns outros filósofos pragmatistas eram também visionários políticos com tendências esquerdistas. Consequentemente, “na vida intelectual americana, o ‘pragmatismo’ significou mais do que um conjunto de argumentos filosóficos controversos sobre a verdade, o conhecimento e a teoria. Também representou uma tradição visionária à qual, como de fato aconteceu, uns poucos professores de filosofia no passado deram contribuições particularmente importantes.”<sup>64</sup> “Como de fato aconteceu” é vital; o fato de eles terem sido professores de filosofia foi acidental. E “representou” é uma evasão; é o mesmo que dizer que Charles Lindbergh surgiu para “representar” o movimento dos Primeiros Americanos, insinuando com isso que existe algo na prática de pilotar um avião que torna a pessoa um isolacionista.

Sugeri na Introdução que o pragmatismo mina a preferência de Platão pelo governo pelos filósofos em vez de um governo democrático. Porém, o governo por filósofos é apenas uma e, na verdade, uma das mais infrequentes formas de governo não democrático (no entanto, pode ser aproximada à teocracia, como no Irã, e presumivelmente à China confucionista). O pragmatismo fornece argumentos contra a censura e a favor da democracia e da experimentação social, mas também mina o liberalismo (inclusive as normas jurídicas) e a democracia questionando a possibilidade de basear essas ideologias em algo mais firme do que a conveniência.

O pragmatismo não leva, em linha reta, a uma filosofia de adjudicação mais do que leva, em linha reta, à democracia liberal. Ele pode encorajar ou fortificar uma disposição mental que é cética quanto a qualquer filosofia de adjudicação que põe o juiz num papel de buscador da certeza, que emprega para esse fim ferramentas tão próximas da lógica formal quanto possível. E pode encorajar o pensamento de que os juízes devem repensar sua missão de ajuda à sociedade a lidar com seus problemas e, portanto, que as regras que os juízes criam como subproduto da adjudicação devem ser avaliadas por um critério do “que funciona” em

60 Veja Posner, nota 56 acima, em 155.

61 Richard Rorty, “The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice”, 63 *Southern California Law Review* 1811, 1817-1818 (1990) (nota de pé de página omitida).

62 Id.

63 Id. em 1818.

64 Id.

vez de por sua correspondência com a verdade, o direito natural ou algum outro princípio validador abstrato. Minha suposição, no entanto, é que o modo de ver pragmático precede o conhecimento da filosofia pragmática em vez de ser moldado por ela. De qualquer forma, a defesa de Rorty do que parece ser uma filosofia pragmática específica da adjudicação, isto é, um modo visionário do processo de tomada de decisão judicial, deve pouco, até onde vejo, à filosofia pragmática; falta-lhe textura, estrutura e apoio factual; e simplesmente assustará os juízes, para quem “visionário” não faz parte da descrição do cargo.<sup>65</sup> No final, o que Rorty quer defender é que, dada a falência do formalismo, precisamos reconhecer que os juízes só são visionários no sentido de que todos eles têm que pautar suas decisões por suas próprias visões políticas, a única objeção é que a palavra “visionário” é um pouco pomposa demais para descrever um juiz que não tem outra alternativa a não ser se basear em seus próprios valores políticos e pessoais para decidir casos indefinidos. Se Rorty tinha algo de mais ambicioso em mente, algo que marcaria uma quebra real no pensamento judicial em vez de um mero desejo de nomeação de juízes que compartilham seus valores, ele precisa dedicar-se a perceber os perigos potenciais da adjudicação visionária – de um papel judicial imodesto – para a democracia e a estabilidade política.

Também temos que considerar os riscos *retóricos* no debate entre o formalismo e o antiformalismo. Pode ser que eles sejam os mais importantes. Sempre é possível dar uma decisão judicial nos moldes formalistas, como o exercício lógico ou algorítmico de um julgamento estritamente contido. O formalismo é a retórica mais eficaz quando os juízes estão tentando ir contra a inclinação política porque possibilita que eles transfiram (ou finjam transferir) a responsabilidade por atos impopulares de si mesmos para uma abstração impressionante, “a lei”. (Com sua pretensão de objetividade e certeza, o formalismo também pode casar bem com a psicologia judicial.<sup>66</sup> Os juízes gostam de pensar que sabem o que estão fazendo!) Esta é a tática de Dworkin e um visionário rortiano seria inteligente em incorporá-la em vez de se declarar um Don Quixote judicial. O antiformalismo é um modo retórico mais eficaz quando os juízes estão tentando seguir a inclinação política e não querem ser detidos por doutrinas legais, que tendem a deixar para trás a mudança social; este era o conselho de Carl Schmitt. Alguns radicais acham que precisam de um conjunto de ideias poderosamente bem fundamentadas, algo com peso metafísico, para atrair a opinião pública a seu favor. Isso é duvidoso, mas está, de qualquer forma, de um lado do debate entre o formalismo legal e o antiformalismo legal. Os radicais não estão procurando uma doutrina legal para fazer o mundo andar. Estão procurando uma doutrina política, uma variante do marxismo ou uma sucessora para o mesmo.

Não é por acidente que a retórica formalista é uma característica mais difundida da adjudicação constitucional e da teoria constitucional do que é, digamos, das leis antitruste e da teoria antitruste. As decisões constitucionais são, pelo menos à primeira vista, antedemocráticas – elas resistem aos atos de representantes oficiais eleitos ou de procuradores de oficiais eleitos. Então, são impopulares, potencialmente e com frequência de fato, e por causa disso os juízes e seus apoiadores na academia têm dificuldade para mostrar que as decisões

65 Para uma boa discussão da jurisprudência rortiana, veja Douglas E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law* 145-155 (1997).

66 Conforme vigorosamente argumentado em Dan Simon, “A Psychological Model of Judicial Decision Making”, 30 *Rutgers Law Journal* 1 (1998).

são impulsionadas por algo mais grandioso do que as preferências políticas dos juízes. Assim sendo, a enxurrada de teorias (como o originalismo, o textualismo, o intertextualismo, o dualismo, o translacionismo, o reforço de representação, o propositivismo, a leitura moral da Constituição, a expressão de valores públicos e princípios neutros – a lista poderia ser estendida) que busca, à moda formalista, critérios não políticos, impessoais, em suma, “objetivos”, pelos quais justificar ou condenar decisões constitucionais particulares. Vistas como retóricas em vez de teorias, estão tão disponíveis ao juiz pragmático que queira dourar a pílula de suas decisões como fazem com os formalistas. Em oposição, os tribunais não pensaram em ajustar as leis antitruste à teoria econômica moderna sem qualquer relance à linguagem e às intenções por trás das leis antitruste, promulgadas em épocas anteriores em resposta a preocupações distantes das do economista moderno. Em áreas não constitucionais, pelo menos nas especializadas, é difícil até despertar o interesse de profissionais, juízes e professores por teorias interpretativas.

O formalismo pode ser uma estratégia do pragmatista em vez de uma mera retórica. Como uma estratégia, ele se assemelha ao utilitarianismo de regras, que reside num reconhecimento de que os meios para se atingir um fim não precisam ter a mesma estrutura que o fim. Uma regra contra punir uma pessoa sabida inocente, aconteça o que acontecer, não agrega nem compara dores e prazeres, mas pode ser o melhor meio de promover essa agregação e comparação por causa do perigo de investir qualquer representante oficial de poderes para decidir quando punir o inocente. De forma semelhante, podemos pensar que a responsabilidade de considerar e, se necessário, alterar (por meio de uma mudança na lei) as consequências da ação judicial são mais bem acomodadas em outro lugar que no judiciário, que os juízes deveriam se ater a aplicar a lei conforme anteriormente estabelecida, aconteça o que acontecer. Esta foi a abordagem de Hayek<sup>67</sup> e é um apelo longínquo para retirar o formalismo de um sistema filosófico, como o utilitarianismo, o direito natural católico ou a moralidade política de Kant ou Rawls.

Porém, a sugestão de que o formalismo possa ser uma retórica ou uma estratégia pragmática não deve nada à *filosofia* pragmática e isso me leva ao próximo tópico.

### Pragmatismo cotidiano

Encontrei pouca coisa no pragmatismo americano clássico ou nas versões ortodoxas ou não ortodoxas da filosofia pragmática moderna que o direito possa usar. Mas o *tom* pragmático, a cultura pragmática que Tocqueville descreveu, deu ensejo a um pragmatismo diferente – que eu chamo de “pragmatismo cotidiano” – que tem muito a contribuir para o direito. 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 sonhos utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje 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

67 Também Savigny, conforme mencionei na Introdução. Acho que a abordagem de Savigny estava correta para sua época e lugar, mas, como veremos no Capítulo 7, a de Hayek não estava.

duro e avançar.<sup>68</sup> É a atitude que predispõe os americanos a julgar propostas pelo critério do que funciona, demandar, na expressão perspicaz de William James, o “valor pecuniário” de crenças particulares, julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e a prosperidade da pessoa. É uma mentalidade que considera a afirmação de Robert Nozick sobre o credo do filósofo imodesta e presunçosa: “O anseio mais profundo do filósofo... é articular e entender a base última e a natureza das coisas... O que poderia valer mais a pena pensar? E o que poderia ser mais enobrecedor do que pensar sobre essas coisas? Ela é, disse Aristóteles, a mais divina das atividades humanas.”<sup>69</sup> O pragmatista tem dificuldade de entender o que pode significar “coisas” terem uma “base” ou uma “natureza” ou como ruminar quanto ilusório pode ser “enobrecedor”, que dirá “divina”.

“Pragmatismo” no sentido cotidiano que estou descrevendo assume a acepção de “intransigente” e, em alguns círculos, é visto negativamente como “política sem princípios, orientada para o alcance de metas, mas sem âncora moral... [a mentalidade de] homens astutos e flexíveis com poucos valores ou ideais consistentes.”<sup>70</sup> Cecil Crabb ressalta a ambivalência de nosso uso:

Se um líder político é descrito como pragmático, isso pode significar uma das seguintes possibilidades: (1) faltam-lhe claras metas ideológicas; (2) seus atos não parecem ser guiados por adesão a princípios morais e éticos claramente definidos; (3) ele é motivado por considerações imediatas, do tipo “aqui-e- agora”, distintas de metas e estratégias de longo prazo; (4) ele é “oportunista” e busca alcançar o máximo benefício ou ganho de oportunidades disponíveis para ele; (5) tem habilidade em entrar em acordo e harmonizar posições divergentes; (6) é flexível, capaz de aprender a partir da experiência e de adaptar sua posição a realidades em mudança; (7) é prudente, criterioso, tende a evitar soluções extremistas e entende que a política é “a arte do possível.”<sup>71</sup>

O presidente Kennedy e seus conselheiros eram chamados de “pragmatistas” porque rejeitavam o moralismo e a ideologia – como incorporado nos adeptos liberais intransigentes como Adlai Stevenson e Chester Bowles, de quem os colaboradores próximos de Kennedy escarneciam chamando-os de falastrões e moderados – na condução dos negócios governamen-

68 “Ele que se dedicou de coração apenas à busca dos bens deste mundo está sempre com pressa, pois dispõe de tempo limitado para encontrá-los, toma posse deles e desfruta deles. Sua lembrança da brevidade da vida o instiga constantemente.” Tocqueville, nota 26 acima, em 512. A ideia de que americanos são pragmatistas naturais ressurgiu nos lugares mais estranhos, como quando o crítico de arte Clement Greenberg observou que: “[Winslow] Homer era um bom americano e, como bom americano, gostava dos fatos acima de qualquer outra coisa.” “Winslow Homer”, em Greenberg, *Art and Culture: Critical Essays* 184, 188 (1961) (ênfase no original)

69 Robert Nozick, *Socratic Puzzles* 10-11 (1997).

70 Morris Dickstein, “Introduction: Pragmatism Then and Now”, em *The Revival of Pragmatism*, nota 3 acima, em 1, 2, Veja também Nichols, nota 26 acima, em 148. Eis alguns exemplos desse uso: “O *Detroit News* fez uma reviravolta de opinião na semana passada e desconsiderou o princípio do pragmatismo do P.C. em relação a preferências raciais em universidades públicas.” *Weekly Standard*, 24 de dezembro de 2001, p. 2. “A administração do [governador da Califórnia] Davis é uma administração de imprudência e pânico, à procura de destroços de naufrágio num mar de pragmatismo, em vez de ideias e sabedoria para o futuro.” *Los Angeles Times* (ed. doméstica), 7 de janeiro de 2002, pt. 2, p. 10. “Os clamores dos lobbistas de escolas se alternaram entre a devoção (privando estrangeiros merecedores de educação de valor e exposição à democracia) e pragmatismo (a perda de receita seria devastadora).” *Insight on the News*, 7 de janeiro de 2002, p. 48.

71 Crabb, nota 27 acima, em 57.

tais tanto estrangeiros quanto domésticos.<sup>72</sup> Alguns observadores consideram a Guerra do Vietnã um legado desse tipo de pensamento. O pragmatismo cotidiano em sua variedade inflexível pode ser tido como descendente de Maquiavel, apesar de ser mais bem visto não como um moralista (no sentido popular de “maquiavélico”), mas como alguém que, sendo realista em matéria de política, entende que a moralidade pública, do tipo exigido para o desempenho de tarefas políticas, não apenas difere da moralidade privada, mas não deve ser julgada por sua proximidade com esta última.<sup>73</sup> A teoria da democracia de Joseph Schumpeter, como veremos em capítulos subsequentes, é “pragmática” no sentido não edificante da palavra.<sup>74</sup>

O sentido cotidiano de “pragmático”, destituído de insinuações cínicas, é compatível com o sentido filosófico apesar de independente dele. As diferenças são em grande parte institucionais. O discurso filosófico do pragmatismo é acadêmico, sutil, complexo e realizado num vocabulário técnico proibitivo. (Ele também tende a ser contemplativo em vez de orientado para a ação. O pragmatista cotidiano usa o senso comum para resolver problemas; o filósofo pragmatista explica por que este é um procedimento sensato.)<sup>75</sup> Lembra da proposição de que o sentido de um conceito é inerente às consequências que decorreriam de agir com base nele? Isso não funciona como a definição de “significado”. O significado da frase “Deus é o motor primordial” (em oposição à concepção de Deus não como aquele que põe as coisas em funcionamento, mas, além disso, responde a preces ou dá recompensas e punições após a morte) é bem clara, apesar de não haver consequências em agir de acordo com a crença de que a frase é verdadeira – não há nada em que se basear. O valor da abordagem pragmática ao significado reside não na exatidão da definição, mas em nos levar a considerar o que está em jogo ao acreditar numa coisa em vez de na outra. Nada parece decorrer da crença em que “Deus é o motor primordial” que não decorreria da crença de que não há Deus. Se isso for verdade, o pragmatista cotidiano perguntará, por que deveria ocupar minha cabeça com a questão de um motor primordial?

Elizabeth Anderson oferece a seguinte descrição da investigação ética pragmática:

Em primeiro lugar, os pragmatistas evitam apelar para princípios éticos que residem num nível de abstração elevado demais a partir de dados da experiência humana. Eles não tentam articular ou justificar princípios éticos supostamente verdadeiros em todos os mundos

72 Cf. J. F. O. McAllister, “An Instint for the Important’: Sandy Berger Brings Carter-Era Ideals Tempered by Pragmatism to the New Foreign Policy Team”, *Time*, 11 de Janeiro de 1993, p. 20. Para uma visão geral favorável do pragmatismo de Kennedy, veja Kenneth W. Thompson, “Kennedy’s Foreign Policy: Activism versus Pragmatism”, em *John F. Kennedy: The Promise Revisited* 25, 28-33 (Paul Harper e Joann P. Krieg eds. 1988). Woodrow Wilson e Jimmy Carter são os dois presidentes norte-americanos ridicularizados com mais frequência por inclinar demais a balança entre o idealismo e o pragmatismo em favor do primeiro. Nessa polaridade, o pragmatismo está associado a interesses próprios, objetividade, egoísmo e *Realpolitik*. Veja, por exemplo, Lincoln P. Bloomfield, “Idealism and Pragmatism in American Foreign Policy” (MIT Center for International Studies, fev. de 1974, não publicado).

73 A distinção, apesar de articulada de forma imperfeita, avultou nos debates sobre o *impeachment* do presidente Clinton. Veja Richard A. Posner, *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Conviction of President Clinton*, cap. 4 (1999).

74 Cf. Ian Shapiro, *Democratic Justice* 4 (1999); Patrick Neal, “Theory, Postwar Anglo-American”, em *Political Philosophy*, nota 26 acima, em 195, 198-199.

75 Apesar de eu notar que o pragmatismo tanto questiona quanto louva o bem comum. Seu questionamento faz parte de uma postura geral do pragmatismo de resistência ao hábito; o senso comum é pensamento habitual.

possíveis ou válidos para todos os seres racionais. Os princípios éticos pragmáticos são contingentes, refletindo as circunstâncias de cultura, local e história. Em segundo lugar, os pragmatistas conduzem suas indagações éticas 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. Em terceiro lugar, os pragmatistas justificam suas recomendações no contexto. Eles percebem a busca por princípios éticos que possam ser vividos, situados em contextos históricos e culturais particulares. A justificação... funciona demonstrando a superioridade prática da solução proposta para as alternativas finitas e concretas imaginadas no momento.<sup>76</sup>

Nesta descrição posta em linguagem comum, sem referência a conceitos técnicos de filosofia, podemos reconhecer o método de investigação usado por pessoas comuns e, se substituirmos “ético” por “legal” na descrição, podemos reconhecer o método de investigação usado por juízes comuns. Para os que duvidam que a filosofia, pragmática ou outra, possui recursos para inspirar ou subscrever propostas práticas para o aperfeiçoamento humano,<sup>77</sup> que duvidam que os filósofos tenham futuro como pregadores leigos e que percebem que a filosofia não tem influência sobre a mente dos juízes, o lado construtivo da filosofia pragmática cai por terra e, se o destrutivo é aceito, não há mais nada *na filosofia* que ajude a um juiz a decidir casos. Voltamos à luz do sol.

Mas espere – numa nação tão religiosa quanto os Estados Unidos, uma nação em que tanta retórica pública é expressa em termos moralistas, mesmo na esfera amoral da geopolítica,<sup>78</sup> uma nação de patriotismo enfático expresso na reverência à Constituição dos EUA e na bandeira americana como símbolos unificadores para uma população heterogênea, uma nação que rejeita o cinismo do Velho Mundo, uma nação em que apenas um punhado de intelectuais dá uma valência positiva ou mesmo neutra para a palavra “maquiavélico”, como o “pragmatismo cotidiano”, seja ele intransigente ou não, com sua insistência em sujeitar toda reivindicação a um exame esmiuçado de suas consequências concretas, pode ser considerado o ponto de vista básico do povo americano?

A resposta exige a distinção de comportamento a partir da retórica em seu sentido estreito de modo de expressão, em oposição ao conceito sofista e aristotélico de retórica como um método de raciocínio sobre questões que não podem ser resolvidas pela lógica, por cálculo matemático, experimentação científica ou outros métodos de raciocínio exato. Ninguém emprega um vocabulário consistentemente pragmático, mas é possível que a maior parte dos comportamentos possa ser traduzida num vocabulário como esse. O professor Mearsheimer faz a seguinte observação sobre a política externa dos EUA: “Deveria ser óbvio para observadores inteligentes que os Estados<sup>79</sup> Unidos falam uma coisa e fazem outra.” Considere também o baixo comparecimento às urnas nas nossas eleições, o cinismo difundido em relação à política mesmo por parte dos que votam e a prontidão da maioria das pessoas em endossar as críticas de decisões judiciais particulares como “legalistas” no mau sentido por negligenciarem as consequências

76 Elizabeth Anderson, “Pragmatism, Science, and Moral Inquiry”, em *In Face of the Facts: Moral Inquiry in American Scholarship* 17 (Richard Wightman e Robert B. Westbrook, eds. 1998).

77 Veja id. em 10, 11-14, onde essa posição é sucinta e fortemente argumentada. Veja também Posner, nota 40 acima, cap. 1 (1999); Richard A. Posner, *Public Intellectuals: A Study of Decline*, cap. 9 (2001).

78 Um aspecto irritante considerável para os realistas da política externa. Veja, por exemplo, John J. Mearsheimer, *The Tragedy of Great Power Politics* 22-26 (2001).

79 Id. em 26. Veja também Jack Goldsmith e Eric A. Posner, “Moral and Legal Rhetoric in International Relations: A Rational Choice Perspective”, 31 *Journal of Legal Studies* S115 (2002).

no “mundo real”. Esses comportamentos e atitudes coexistem com a expressão pelas mesmas pessoas de sentimentos pietistas em relação a processos democráticos e judiciais.

No mínimo, os americanos são, ao mesmo tempo, mais pietistas e mais pragmáticos do que outras pessoas – uma “contradição” que vivemos sem perceber como tal. Pense na quantidade excessiva de propagandas.<sup>80</sup> Os publicitários descrevem seu produto como o melhor que há e fingem uma preocupação altruísta com o bem-estar do consumidor, mas existe uma forte coincidência entre valores comerciais e pragmáticos; então aqui, no âmago da cultura americana, encontramos piedade e pragmatismo coexistindo de forma confortável. As causas da hiperbole dos publicitários são obscuras. Uma delas talvez seja que os publicitários empreguem uma retórica projetada para desviar as faculdades racionais do consumidor e exercer um forte apelo emocional. Uma outra pode ser simplesmente que depois que um publicitário se gaba da qualidade de seu produto e sobre seu altruísmo a fim de obter uma vantagem competitiva, seus concorrentes são pressionados irresistivelmente a seguir temendo que uma inferência negativa seja traçada a respeito da qualidade de seus produtos e seu altruísmo.<sup>81</sup> Contudo, a espiral hiperbólica é limitada pelo fato de que existem custos para a propaganda jactanciosa; em particular, se os produtos anunciados forem ruins, a propaganda excessiva só alimentará o cinismo e convidará ao ridículo. De forma semelhante, se os Estados Unidos não tivessem constitucionalismo, legalidade,<sup>82</sup> democracia, religiosidade, enorme riqueza, uma determinada história, uma posição especial no mundo, e assim por diante, os *slogans* nacionalistas cairiam no vazio. Como há *alguma* verdade em nossa retórica cívica hiperbólica, aspiratória e autocongratatória, consideraríamos o total realismo redutor e, em certo sentido, desorientador.

Não é tão importante mudar a maneira como as pessoas falam, apesar de que darei exemplos mais tarde de como juízes podem se meter em problema por entender *slogans* piegas do tipo “nenhum homem está acima da lei” ou “uma pessoa, um voto” ao pé da letra. O importante é que os juízes e outros tomadores de decisão pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas cotidianos. A escolha de vocabulários é uma consideração secundária, apesar de uma certa transparência ser desejável em sentenças judiciais, a fim de tornar mais fácil para as pessoas seguirem as regras explícitas ou implícitas neles; e, portanto, pensar que sentenças judiciais deveriam ser mais sinceras do que tipicamente são sobre os fatores pragmáticos que determinam o resultado das sentenças judiciais mais difíceis e mais importantes. Tento, ao escrever minhas próprias decisões, dentro dos limites permitidos por meus colegas de trabalho (a plateia da “noite de abertura” de uma decisão judicial consiste dos outros juízes que constituem o painel), ser sincero sobre o papel desses fatores no processo judicial. Mas a escolha do vocabulário é em si uma decisão pragmática. Não é necessariamente enganoso para os juízes expressarem suas sentenças em termos que se misturem com o vocabulário moralista e não pragmático das pessoas comuns. O vocabulário do pragmatismo cotidiano que este livro emprega daria, numa sentença judicial em vez de num trabalho acadêmico, a algumas pessoas, a impressão enganosa de cinismo. O

80 Veja Ivan L. Preston, *The Great American Blow-Up: Puffery in Advertising and Selling*, cap. 2 (1975).

81 Veja Eric A. Posner, “The Strategic Basis of Principled Behavior”, 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1185 (1998).

82 A resposta dos EUA para o feriado comunista-socialista do 1º de Maio foi declarar esta data o “Dia da Lei”. Rapidamente tornou-se o dia em que os advogados se congratulam.

pragmatismo cotidiano soa cínico e, admito, é às vezes eivado de cinismo. Mas não é cínico na sua essência; ele é meramente realista. De forma semelhante, o vocabulário moralista e pietista empregado por publicitários e políticos dá uma impressão enganosa da medida em que as atitudes e comportamentos comerciais e políticos são determinados por considerações moralistas e pietistas em vez de pragmáticas.

No entanto, a ênfase no pragmatismo cotidiano traz para o centro da discussão a crítica mais comum de o pragmatismo como um guia de comportamento: sua falta de limites morais. Mesmo ao pragmatismo filosófico falta uma valência política e, portanto, é igualmente compatível com visões sociais reacionárias e revolucionárias. O pragmatismo parece se reduzir ao “Atenha-se aos fatos, senhora”, levando-nos direto para o hiato criado pela valorização dos fatos.

É bem verdade que o pragmatismo, do tipo filosófico ou cotidiano, e seja o primeiro ortodoxo ou não ortodoxo, não possui limites morais. Mas vejo isso não como uma crítica, mas como um passo essencial para reenfocar a teoria legal e política. O pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho. 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 como a dos Estados Unidos, e prosseguir a partir desse ponto.