

DANIEL SARMENTO  
*Coordenador*

# Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea

EDITORA LUMEN JURIS  
Rio de Janeiro  
2009

# Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações

Diego Werneck Arguelhes\*\*  
Fernando Leal\*\*\*

Sumário: I. O escopo de análise: pragmatismo como teoria normativa da decisão judicial. II. A limitada relevância do Pragmatismo Filosófico. III. Pragmatismo Jurídico. III.1. O “espantinho” de Dworkin. III.2. Pragmatismo pelos olhos do juiz: análise da concepção de Richard Posner. III.3. O Raciocínio Pragmático entre “Consequencialismo”, “Utilitarismo” e “Law & Economics”. III.4. A complexidade do pragmatismo jurídico do ponto de vista do juiz. IV. Decisão jurídica e meta-estratégias (ou decidindo sobre como decidir). IV.1. Custos e estratégias de segunda ordem. IV.2. Pode um pragmático ser formalista? (um caso especial de decisão pragmatista de segunda ordem). V. Pragmatismo Jurídico: uma meta-teoria inevitável?

*“É espantoso de ver-se quantas e quantas disputas filosóficas dão em nada no momento em que a submetemos ao simples teste de traçar uma consequência concreta.”*

William James<sup>1</sup>

## I. O escopo de análise: pragmatismo como teoria normativa da decisão judicial

Ao decidirem casos – sejam eles “difíceis” ou “usuais” –, juízes precisam invariavelmente organizar uma série de informações diferentes, atribuindo um determinado peso para este ou aquele elemento, com vistas a apresentar uma decisão justificada. Nesse cenário, diferentes vozes dentro e fora do Judiciário valorizam um ou alguns dos elementos postos diante do juiz – o texto da regra incidente, a finalidade da norma, as possíveis consequências de sua aplicação, os princípios mais gerais do sistema, a história por trás da elaboração do dispositivo ou da lei em questão são as possibilidades mais usuais – em detrimento dos outros.<sup>2</sup> A relação entre esses elementos, apesar de envol-

\* Gostaríamos de agradecer a Noel Struchiner e a Pedro Jimenez Cantisano pela atenta leitura prévia e pelas inúmeras sugestões e críticas formuladas.

\*\* Mestre em Direito Público (UERJ). Pós-graduado em Direito (*Master of Laws – LL.M.*) pela Yale Law School. Doutorando (JSD) pela Yale Law School, EUA. Professor de Direito Constitucional da Graduação da FGV DIREITO RIO.

\*\*\* Mestre em Direito Público (UERJ). Professor da FGV DIREITO RIO e da Universidade Cândido Mendes. Doutorando em Direito Público na UERJ. Doutorando em Direito na Universidade de Kiel (Alemanha).

<sup>1</sup> JAMES, William. *Pragmatismo*. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 46.

<sup>2</sup> Para um exemplo de classificação e hierarquização dos argumentos que podem ser apresentados para justificar uma decisão judicial, cf. H. Ávila, “Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico”, in

ver o estabelecimento de prioridades, não implica necessariamente excluir de forma completa a consideração dos outros fatores. Por exemplo, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim afirmou que, diante de uma norma jurídica com múltiplas interpretações textualmente possíveis, sua concepção de atuação judicial recomendava que se escolhesse a alternativa decisória à qual se vinculassem as melhores conseqüências para a sociedade, quando o sistema jurídico não fornecesse uma resposta unívoca para um determinado problema que precisasse ser resolvido.<sup>3</sup> A postura do ex-ministro, embora certamente não seja uma unanimidade, não parece destoar, no geral, do modo como o Judiciário brasileiro compreende as relações possíveis entre “deferência ao direito” e “análise de conseqüências”, idéias comumente apresentadas como antagônicas. Dando novo exemplo, em outro contexto, visando a apurar o modo como os principais responsáveis pelos procedimentos de tomada de decisão jurídica no país lidam com as relações entre os citados fatores, os juízes brasileiros foram recentemente convidados a manifestar a orientação que adotam diante do problema da multiplicidade de argumentos com fontes distintas para a justificação de decisões judiciais. Em pesquisa realizada em 2005 com o apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Maria Tereza Sadek colocou uma amostra significativa de juízes brasileiros diante da seguinte pergunta: “[d]o seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se **preponderantemente** por parâmetros legais, atentar para suas conseqüências econômicas ou ter compromisso com suas conseqüências sociais?”. Os magistrados brasileiros em atividade afirmaram que os “**parâmetros legais**” continuam sendo um fator decisivo na tomada de decisão judicial (87%), seguidos de perto pelo “**compromisso com as conseqüências sociais**” (83%), ficando o “**compromisso com as conseqüências econômicas**” com um distante terceiro lugar (40,5%).<sup>4</sup>

“Compromisso com as conseqüências”. O que isso significa em termos práticos? À primeira vista, não se trata de uma categoria familiar ou tradicionalmente explora-

*Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, nº 5. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/12/2004.

3 Entrevista ao jornal *Valor Econômico* em 13/12/2004.

4 M. T. Sadek. “Magistratura: Caracterização e Opiniões” (2005). Disponível em [www.amb.com.br](http://www.amb.com.br). Um problema interessante que esses dados levantam é como seria possível que, na percepção dos juízes, “parâmetros legais” e “conseqüências sociais” não sejam elementos excludentes – ambos teriam um papel importante na tomada de decisão. Para uma leitura crítica da pergunta formulada aos magistrados e uma tentativa de interpretação dos resultados como compatível com a idéia de “Estado de direito” e obediência a normas jurídicas, ver D. W. Arguelhes, “Argumentação Conseqüencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização”, trabalho apresentado no XIV CONPEDI, Fortaleza, Nov/2005 (disponível no site: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>). Cf. também J. Falcao, L. F. Schuartz e D. W. Arguelhes, “Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 243, 2006. No caso específico de compatibilização entre os citados elementos e a defesa de estratégias de decisão mais comedidas no uso de princípios vagos, cf. LEAL, Fernando A. R. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Mimeo*, 2006. O tema sera desenvolvido com especial destaque no item IV, *infra*.

da pela doutrina brasileira sobre interpretação e aplicação do Direito.<sup>5</sup> No âmbito do debate norte-americano, por outro lado, essa questão vem sendo debatida há décadas sob diferentes rótulos, os quais, ainda que possam compartilhar um conjunto de compromissos e teses similares, nem por isso deixam de guardar entre si diferenças relevantes – jurisprudência sociológica, realismo jurídico, pragmatismo jurídico.<sup>6</sup> Mais recentemente, um dentre esses rótulos tem recebido particular atenção da academia no Direito – “pragmatismo jurídico”, entendido como uma concepção que atribui às conseqüências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes.

Na verdade, a expressão “pragmatismo jurídico” tem sido empregada de formas bastante distintas, em certos casos até opostas. Definições amplas de “pragmatismo jurídico” permitem abranger tanto o juiz norte-americano Richard Posner, autoproclamado pragmático, quanto seu crítico Ronald Dworkin, que se dedica expressamente a construir uma concepção “anti-pragmática” do papel do juiz.<sup>7</sup> Talvez por isso

5 Há referências meramente pontuais ao tema nas obras tradicionais de hermenêutica jurídica e especificamente constitucional, como a de Carlos Maximiliano sobre o assunto: “Se as normas positivas se não alteram a proporção que evolve a coletividade, consciente ou inconscientemente, a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do *meio* no sentido estrito e na acepção lata; ater-se às *conseqüências* de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego à palavras, o sistema silogístico de exegese” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 157). Além dessas menções pouco desenvolvidas, o que temos de mais explicitamente prospectivo – isto é, orientado para possíveis eventos futuros – em “interpretação constitucional” é a exigência de proporcionalidade. Os exames do postulado, fundados em relações causais teleológicas (meio-fim), exigem um exame minimamente prático. Sobre a proporcionalidade como ferramenta metodológica vinculada à realização de finalidades, cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. Para uma leitura da proporcionalidade como instrumento pragmático na atuação de diversas Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, cf. David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004, bem como a resenha desta obra feita por Richard Posner (“Constitutional Law from a Pragmatic Perspective”. *University of Toronto Law Journal*, 2005, pp. 299-309).

6 Como veremos adiante, “realismo jurídico” e “pragmatismo jurídico” não são equivalentes, podendo ser diferenciados sobretudo por serem concepções com finalidades diferentes.

7 Cf., por exemplo, Thomas Grey, “Judicial Review and Legal Pragmatism”, in *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003, pp. 473-511. Grey chama de “pragmáticos” todos os teóricos da decisão judicial (mais especificamente, os teóricos que discutiram o controle judicial da constitucionalidade das leis – “judicial review”) que a colocam como instrumento da promoção de “interesses sociais”, mesmo que, em um caso concreto, essa promoção não coincida com o sentido do texto das normas jurídicas ou da intenção original do legislador. Nesse sentido, o grupo dos “pragmáticos” é definido por oposição aos teóricos “formalistas”, alinhados com o estilo de doutrina jurídica defendida e praticada por Charles Langdell, famoso professor de Harvard do século XIX. Nesta classificação, porém, o grupo dos “pragmáticos” se subdividiria entre os que reconhecem um valor maior e mais vinculante a certo tipo de interesses sociais – os “direitos” – e os que não vêem nenhum peso intrínseco maior para qualquer categoria de interesses. Segundo Grey, no primeiro grupo – “rights pragmatists” –, encontraríamos Dworkin; no segundo, Richard Posner. Por motivos diferentes dos de Thomas Grey, a teórica feminista norte-americana Margaret Radin considera Hércules, o “juiz ideal” imaginado por Dworkin, como uma espécie de pragmático; para Radin, o pragmatismo na teoria de Dworkin estaria refletido no seu duplo compromisso com 1) a onipresença da interpretação no Direito, como um tipo de “contextualismo”, e 2) com a análise de eventos concretos (a história institucional destacada pela metá-

“pragmatismo” seja considerado por diversos auto-proclamados “pragmatistas” como um rótulo amorfo: dizer que alguém é um pragmático é dizer pouco.<sup>8</sup>

Mais ainda, a indefinição atinge inclusive a própria *finalidade* do pragmatismo jurídico como empreendimento teórico. Será uma maneira de compreender o fenômeno jurídico diante de outros fenômenos sociais que o afetam e são por ele influenciados?<sup>9</sup> Uma *meta-teoria* que pode nos orientar no diálogo entre diferentes teorias e abordagens sobre problemas jurídicos?<sup>10</sup> Uma teoria descritiva sobre quais os fatores que efetivamente levam os juízes a decidir desta ou daquela maneira? Ou ainda uma teoria *normativa* sobre a decisão judicial, i.e., um esforço de apresentar parâmetros que indiquem *como um juiz deve tomar uma decisão* em um dado ordenamento jurídico?<sup>11</sup>

---

fora dworkiniana do “romance em cadeia”) como forma de atribuição de significado às normas jurídicas, em vez de simplesmente recorrer a noções abstratas e ideais de “verdade” ou “justiça”. (RADIN, M., “The Pragmatist and the Feminist”, *Southern California Law Review: Symposium on the Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought*, n.63, Set/1990, pp. 1721-1723). Em sentido contrário, afirmando que Dworkin definitivamente não é um pragmatista, cf. T. Pogrebinschi. “Dworkin e o Pragmatismo Jurídico”, in *Páginas de Teoria do CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade*, n. 2, s/d. Disponível no site <http://cedes.iuperj.br/>. Vale notar que, nesse pequeno ensaio, apesar do título, a autora aponta principalmente para as discordâncias entre Dworkin e o *pragmatismo filosófico* (a relevância do pragmatismo filosófico para o argumento apresentado neste trabalho será discutida adiante – cf. tópico II, *infra*).

- 8 POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 1993, p. 28. No mesmo sentido RORTY, Richard. *Consequences of Pragmatism*. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1991, p. 160 e o próprio POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2003, p. 24 (“Pragmatism, notwithstanding William James’s effort at definition, is a devil to define”). No mesmo sentido, ver RADIN, M., “The Pragmatist and the Feminist”, *Southern California Law Review: Symposium on the Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought*, n. 63, pp. 1705-1706.
- 9 Cf., por exemplo, J. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2001. Certas concepções ligadas ao movimento dos *Critical Legal Studies* (CLS) nos EUA também procuram se apresentar como herdeiras da tradição pragmática. Ver, por exemplo, M. Radin, *op. cit.*; R. West, “Liberalism Rediscovered: A pragmatic definition of the liberal vision”, *University of Pittsburgh Law Review*, n. 46, 1985.
- 10 Joseph Singer, por outro lado, emprega uma abordagem que chama de “pragmática” para apontar que todos os movimentos de pensamento jurídico nos EUA contêm algum grau de formalismo, excluindo certos elementos da realidade em sua análise do fenômeno jurídico. Para combater esse “ranço formalista”, Singer parte do pragmatismo para propor um diálogo mais intensificado entre teóricos do Direito, como forma de eliminar os pontos cegos gerados pelas teorias existentes. (J. Singer, “Legal Realism Now”, *California Law Review*, n. 76, 1988, p. 465). Brian Tamanaha, por sua vez, procura utilizar os *insights* do pragmatismo filosófico clássico sobre o método científico para impulsionar o que chama de “estudos sócio-jurídicos” [*socio-legal studies*], comprometidos com rigorosa análise empírica e não-normativa das premissas e argumentos apresentados pelas múltiplas teorias normativas sobre a decisão judicial (B. Tamanaha, “Pragmatism in US Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction”, *American Journal of Jurisprudence*, v. 41, 1996, pp. 315-355).
- 11 Exemplos muito diferentes entre si de concepções com pretensões normativas para a decisão judicial podem ser encontrados em D. Farber, “Legal Pragmatism and the Constitution”, *Minnesota Law Review*, n. 72, Jun./1988; R. Posner, “Legal Pragmatism”, *Metaphilosophy*, vol. 35, nº 1/2, jan. 2004; C. Wells, “Situating Decisionmaking”, *Southern California Law Review*, v. 63, Set./1990; M. Minow & E. Spelman, “In Context”, *Southern California Law Review*, v.63, Set/1990. Além do fato de serem apresentadas como “pragmáticas”, essas teorias têm muitos mais diferenças do que semelhanças entre si.

Como se pode ver, tratam-se de níveis de análise muito diferentes – do foco no direito como fenômeno social à solução pontual de problemas internos ao sistema jurídico; da descrição de regularidades no comportamento dos juízes à prescrição de parâmetros que eles deveriam levar em conta na tomada de decisão; além de inúmeras outras combinações possíveis. No presente trabalho, nosso foco estará no pragmatismo jurídico como uma teoria que procura indicar *como juízes devem decidir* – isto é, uma teoria normativa da decisão judicial.

Vale notar que nosso objeto de análise situa-se em um nível diferente do qual estão localizadas as controvérsias a que os teóricos do Direito estão tipicamente acostumados. Durante a primeira metade do século passado, o debate em torno do positivismo e do jusnaturalismo dava o tom das investigações no âmbito da teoria do direito. Em uma das versões mais simples e cruas dessa disputa, o positivismo procura mostrar que não há ligação necessária entre os conceitos de “direito” e “moral”, enquanto o jusnaturalismo se caracteriza pelo reconhecimento de uma ligação necessária entre as duas esferas.<sup>12</sup>

Muito embora a adoção do jusnaturalismo ou (supostamente) de algumas versões do positivismo jurídico tenha reflexos práticos sobre a decisão judicial, o cerne do debate é imediatamente descritivo e conceitual, e apenas mediatamente normativo. Alguns dos mais recentes e importantes empreendimentos teóricos no campo do Direito, porém, encontram-se em um nível distinto daquele em que até então vinha se dando a discussão. Invertendo a relação dominante entre os termos da investigação teórica acerca do Direito, para esse “novo” tipo de teoria a pergunta “como os juízes devem decidir?” torna-se principal, enquanto a pergunta “o que é o Direito?” deixa de ser o centro das atenções – ainda que, se bem resolvida, possa influenciar aquela primeira indagação.<sup>13</sup> Sem embargo dessa possível complementariedade, na esteira da distinção descrita, foi expressamente realizada uma escolha neste trabalho. A preocupação central estará em reconstruir as teses centrais do pragmatismo *especificamente jurídico* entendido como *teoria normativa da decisão judicial*, algo que se pretende fazer em dois níveis diferentes: a) a partir de teorias centradas no ponto de vista do tomador de decisão e b) com base em meta-teorias, isto é, teorias sobre os critérios que devem ser utilizados para escolher a(s) teoria(s) que deveria(m) orientar o tomador de decisão. Nesse segundo nível de análise, procuraremos mostrar como a preocupação com as conseqüências das decisões judiciais pode e deve ser compatibilizada com as

<sup>12</sup> Sobre o tema, cf. STRUCHINER, Noel. “Algumas ‘Proposições Fulcrais’ acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo”, in MAIA, A.C.; MELO, C.C.; CITTADINO, G.; POGREBINSCHI, T. (orgs.) *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 399-415. HOERSTER, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Trad. Erenesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 2000. FARREL, Martín D. Discussion entre el derecho natural y el positivismo jurídico? *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, nº 21-II. Alicante: 1998.

<sup>13</sup> Cf., por exemplo, Anthony D’Amato, “The Effect of Legal Theories on Judicial Decisions”, *Chicago-Kent Law Review*, n. 24, 1999, pp. 517-527.

preocupações mais familiares com a coerência da decisão judicial com os textos legais pertinentes e com decisões passadas sobre casos similares.

## II. A limitada relevância do Pragmatismo Filosófico

Não é raro que certas posições teóricas “novas” acerca de problemas perenes do Direito sejam aplicações de teorias filosóficas já bem estabelecidas. Nesse sentido, é quase inevitável tentar ler a união dos termos “pragmatismo” e “jurídico” como uma aplicação, à linguagem e aos problemas com que juristas se deparam no dia-a-dia, de idéias consolidadas pelo chamado “pragmatismo filosófico”, geralmente associado a autores como Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e, na segunda metade do século XX, Richard Rorty. Mas que tipo de relação existe entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo compreendido como teoria normativa da decisão judicial?

A pergunta é mais difícil do que pode parecer à primeira vista. Para os fins deste trabalho, partiremos de uma leitura do pragmatismo (filosófico) clássico como uma concepção do pensamento humano que envolve basicamente três características:<sup>14</sup> *antifundacionalismo* (rejeição de qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento), *contextualismo* (por enfatizar o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e *conseqüencialismo* (expresso na idéia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas conseqüências práticas – o que leva a uma atitude *empiricista e experimentalista*).<sup>15</sup> Diz-se do pragmatismo ser apenas um método; não uma solução, mas um “programa para mais trabalho” sobre a realidade que pode ser permanentemente modificada.<sup>16</sup> Essas características são suficientes para o nosso propósito, porque, de um modo geral, coincidem com a descrição que defensores do pragmatismo no campo do Direito fazem do pragmatismo filosófico.

E o que dizer a respeito do pragmatismo *jurídico*? Como dito, a intuição de que existe alguma relação entre as duas coisas é certamente justificável. No entanto, seria arriscado afirmar simples e diretamente que o pragmatismo jurídico pode ser compreendido como uma aplicação da filosofia pragmatista à atividade jurisdicional. De fato, atualmente, tanto defensores, quanto críticos do pragmatismo jurídico como teo-

14 T. Pobrebinschi, *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, pp. 26-62. Cf. também SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo”. In MAIA, A.C.; MELO, C.C.; CITTADINO, G.; POGREBINSCHI, I. (orgs.) *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 488.

15 É nesse sentido a observação de William James: “Se não pode ser traçada nenhuma diferença prática qualquer [em uma disputa teórica], então as alternativas significam praticamente a mesma coisa, e toda disputa é vã. Sempre que uma disputa é séria, devemos estar em condições de mostrar alguma diferença prática que decorra necessariamente de um lado, ou o outro está correto.” (*op. cit.*, p. 44).

16 JAMES, William, *op. cit.*, p. 48.

ria normativa da decisão judicial procuram discuti-lo em seus próprios termos, sem colocar no primeiro plano do debate os méritos ou deméritos da filosofia pragmatista.

Nesse sentido, o juiz norte-americano Richard Posner, por exemplo, faz um esforço explícito para mostrar que sua concepção de pragmatismo jurídico não é apenas uma aplicação do pragmatismo filosófico ao Direito.<sup>17</sup> Embora concorde substancialmente com o “núcleo duro” da concepção pragmática filosófica (também aqui identificado com as noções de antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo), Posner separa o pragmatismo filosófico do que seria uma simples “atitude pragmática” ou “temperamento pragmático” [*pragmatist mood*], caracterizado tão somente por uma impaciência com abstrações e uma disposição para basear julgamentos e ações em fatos e consequências, em vez de “conceitualismos” e “generalidades”.<sup>18</sup> Assim, se é que o pragmatismo jurídico precisa de algum “fundamento” para se desenvolver, este seria apenas um determinado hábito de pensamento, e não a adoção das muitas vezes sofisticadas teses do pragmatismo filosófico. Nesse sentido, o rótulo de “pragmático” é quase trivial – basicamente um equivalente para “bom senso” ou “senso prático”. Como observa Dworkin, muitos advogados e juízes que se intitulam “pragmáticos” estão dizendo tão somente que são pessoas práticas, mais interessadas nos efeitos concretos de decisões judiciais ou legislativas do que em teorias abstratas.<sup>19</sup>

17 Posner é, sem dúvida, um dos teóricos mais importantes do movimento. O fato de ser um juiz influente e de ser o acadêmico mais citado de todos os tempos (pelo menos nos EUA, como cita SHAPIRO, Fred R. “The Most Cited Legal Scholars” *Journal of Legal Studies* nº 29, 2000, pp. 409-426 (especialmente a tabela 6), *apud* SOMIN, Ilya, *op. cit.*, p. 1.) são argumentos suficientes para essa escolha. Mas, vale frisar, Posner não é o único conhecido juiz pragmatista. O Justice Stephen Breyer, que chama o que faz na Suprema Corte de “interpretação constitucional consequencialista”, em certo sentido também pode ser assim rotulado. BREYER, Stephen. “Judicial Review: a Practicing Judge’s Perspective”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, summer, 1999, pp. 153-165.

18 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 12 e 59.

19 Ronald Dworkin, *Justice in Robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 36. O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim certamente é um bom exemplo desse tipo de postura. Exemplos do seu declarado compromisso com os efeitos atrelados a possíveis alternativas de decisão e certa impaciência com abstrações podem ser vistas no seguinte trecho do discurso de abertura do ano judiciário de 2006: “Diante de tudo isso, dessa síntese rápida que fazemos, aflora uma questão para urgente debate. *Qual o paradigma que deve orientar a atuação do Supremo na preservação da Constituição?* A resposta acadêmica é tipicamente tautológica: é a preservação da Constituição. Diante de demandas concretas tal afirmação não tem sentido, nada significa, nada orienta. É insuficiente. Em vez de esclarecer, esconde. (...) O Supremo, na sua história, sobretudo depois de 1988, tem claro o paradigma capaz de ajudar a resolver esta tensão dialética. É a *governabilidade democrática*” (Cf. discurso disponível em <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/aberturaJudiciario.pdf>. Acesso em 07/01/2008). No mesmo sentido, v. também palavras do ex-ministro em palestra a respeito do debate relativo à flexibilização de certas garantias trabalhistas: “É fundamental que tenhamos a perspectiva de que flexibilizar ou não está vinculado a resultados e não a princípios, ou seja, precisamos ter o que é chamado de núcleo mínimo de garantias, mas precisamos ter também a clareza que devem ser levados em conta, os processos produtivos e os custos da produção (...). O fato fundamental é que a discussão deve ser claramente separada a fim de estabelecer o que estamos falando de jurídico e o que estamos falando de político, o que estamos falando de ideologia e o que estamos falando de pragmatismo. E essa discussão, sob o nosso ponto de vista, é exclusivamente pragmática” (Cf. os trechos em [http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=1889&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1889&p_cod_area_noticia=ASCS). Acesso em 07/01/2008).



Na verdade, Posner acredita que *não há relação necessária* entre a adoção de alguma espécie de pragmatismo filosófico e o que ele chama de “pragmatismo cotidiano”, embora ambos sejam compatíveis e consistentes um com o outro.<sup>20</sup> As principais diferenças estão nos ambientes e procedimentos institucionais típicos de cada posição. Afinal, diz Posner, o pragmatismo filosófico é um tipo de discurso acadêmico e, portanto, técnico em alguma medida – enquanto “[o] pragmatista cotidiano usa o bom senso para resolver problemas”, o filósofo pragmatista pode nos explicar por que essa é uma boa estratégia.<sup>21</sup>

É claro que Posner reconhece que sua formulação é incompleta e inespecífica. Mas, para ele, a única verdadeira contribuição que o pragmatismo filosófico pode dar ao Direito é a de “limpar as mesas” dos juízes e dos juristas de mitos como o da “neutralidade científica” das elaborações doutrinárias e da decisão judicial “mecânica”.<sup>22</sup> Na verdade, essa não é uma tese nova – de fato, a função de “limpeza de mitos” reconhecida por Posner já havia sido defendida de forma bastante explícita por filósofos pragmáticos como John Dewey<sup>23</sup> e por realistas jurídicos como Felix Cohen.<sup>24</sup> Essa função seria eminentemente crítico-negativa, e não construtiva.<sup>25</sup>

Talvez aqui esteja uma das raízes da associação entre pragmatismo jurídico, realismo jurídico e pragmatismo filosófico: todos aqueles que se alinham a estes movimentos certamente compartilham entre si a descrença quanto a qualquer tentativa mais ambiciosa de fornecer fundamentos sólidos e unívocos para a função jurisdicional e os argumentos dos advogados. No caso do Direito Constitucional, por exemplo, esses *insights* filosóficos poderiam ser utilizados para deixar de lado esforços mais ambiciosos de justificar o controle de constitucionalidade com base em teorias abrangentes sobre a idéia de democracia ou de igualdade política, limitando-nos a reconhe-

20 No mesmo sentido de Posner, Thomas Grey argumenta que não há relação necessária entre pragmatismo filosófico e pragmatismo jurídico; como Posner, Grey acredita que o pragmatismo jurídico pode e deve se sustentar “*em seus próprios termos*” (T. Grey, “Freestanding Legal Pragmatism”, in M. Dickstein (org.) *The Revival of Pragmatism. New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Durnham: Duke University Press, 1998, pp. 254-273).

21 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., p. 42.

22 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., p. 56.

23 DEWEY, John. *Logical Method and the Law*, 1924.

24 COHEN, Felix. “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, 35 *Columbia Law Review* 809, 1935. Neste famoso ensaio, Cohen observa que a análise doutrinária tradicional – focada na manipulação de conceitos sem qualquer interferência da realidade – fosse substituída pelo que chama de “abordagem funcional” de conceitos jurídicos. A idéia chave por trás dessa análise funcional é a de que se deve procurar pelos efeitos práticos por trás de toda e qualquer discussão doutrinária, recorrendo ao máximo de dados que estiverem a disposição para mapear as possíveis conseqüências da aplicação de conceitos jurídicos como “empresa”, “domicílio”, “responsabilidade” etc. Assim, a abordagem de Cohen é claramente pragmática no nível da análise doutrinária, embora ela não necessariamente implique uma teoria normativa pragmática da decisão judicial (isto é, uma vez que a função de um determinado conceito tenha sido reformulada em bases pragmáticas, Cohen não parece defender que os juízes envolvidos na aplicação desse conceito “pensem nas conseqüências” de suas decisões).

25 Cf. B. Tamanaha, “Pragmatism in US Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction”, *American Journal of Jurisprudence*, v. 41, 1996, pp. 315-355.

cer que essa prática já está incorporada ao nosso cotidiano constitucional e, dependendo do caso, vai promover valores sociais distintos, de diferentes maneiras, dificilmente incorporáveis/justificáveis em uma única “grande narrativa”.<sup>26</sup> Contudo, uma vez que o papel do pragmatismo filosófico no Direito seja entendido como o de limpar concepções mistificadoras da decisão judicial, é certo que uma versão de “pragmatismo jurídico” como a de Posner seja uma espécie de “pragmatismo cotidiano”.<sup>27</sup>

Sendo apenas uma *postura* ou uma *disposição* voltada para a argumentação empirista e contextualista, o “pragmatismo cotidiano” é em princípio indiferente em relação às ideologias e valores em disputa na sociedade, bem como em relação às próprias questões filosóficas que estejam em discussão em um determinado momento. Além disso, segundo Posner, embora haja uma relação de proximidade entre relativismo cultural e pragmatismo jurídico, as duas posições não levam necessariamente às mesmas conclusões em todas as situações. Um pragmático poderia reprovar uma prática de outra cultura se essa prática se baseasse em premissas fáticas equivocadas, ou se gerasse conseqüências nocivas.<sup>28</sup> Na verdade, a ausência de orientação moral ou ideológica do pragmatismo jurídico é para Posner uma virtude, pois nos ajuda a deixar de lado o “sonho” de que a teoria moral ou política seria capaz de constranger a ação humana, incluindo a ação judicial.<sup>29</sup>

A mesma dissociação entre “pragmatismo filosófico” e “pragmatismo jurídico” também é compartilhada por críticos do pragmatismo jurídico.<sup>30</sup> David Luban, por

26 É o que propõe Daniel Farber em relação ao direito constitucional norte-americano (“Legal Pragmatism and the Constitution”, *Minnesota Law Review*, v. 72, 1988, p. 1331). Farber argumenta que os juízes praticam o *judicial review* sem se preocuparem em resolver em definitivo os intermináveis debates e questões políticas e filosóficas envolvidas na tentativa de fundamentar teoricamente essa prática. Caso contrário, o próprio caso *Marbury vs Madison* – o clássico precedente para o *judicial review* – estaria sendo julgado até hoje, dado o número de problemas institucionais e conceituais que o *Chief Justice Marshall* não resolveu em seu julgamento e que ainda estão sendo debatidos pelos acadêmicos. Nesse sentido, a única base de que uma prática como o *judicial review* precisa é o que Farber chama de “pragmatismo jurídico” – uma disposição para resolver problemas jurídicos empregando toda e qualquer ferramenta que estiver disponível, “incluindo precedentes, tradição, textos legais e conseqüências políticas e sociais” (pp. 1332 e 1348).

27 Vale registrar a interessante observação de Posner no sentido de que o “temperamento pragmático” visível nas ações cotidianas de uma pessoa é que geralmente *precede* o interesse pelo pragmatismo filosófico, e não o contrário; segundo Posner, o estudo formal de filosofia pragmatista *não tende a contribuir* para que o estudioso em questão se torne um “pragmatista cotidiano”, muito menos um “pragmatista jurídico”, dadas as tecnicidades e os hermetismos inerentes a esse tipo de debate acadêmico (POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., pp. 41 e 47). Em sentido contrário, Brian Butler (“Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position?”. *Essays in Philosophy. A Biannual Journal*. V. 3, n. 2, 2002) e Richard Rorty (“A Response to David Luban”, in M. Dickstein (org.), op. cit. 1998) afirmam que a aplicação do pragmatismo filosófico às discussões sobre teorias da decisão judicial tem efeitos sensíveis e benéficos, embora Rorty reconheça que esses efeitos *já teriam se consumado*, isto é, o pensamento jurídico já teria absorvido o que precisava do pragmatismo filosófico.

28 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., pp. 42-43 e 53.

29 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., p. 56.

30 Em seu mais recente trabalho, o próprio Dworkin – oponente declarado tanto do pragmatismo filosófico, quanto do pragmatismo jurídico – ataca cada uma das concepções em capítulos distintos, sem sobreposição de argumentos; em “Pragmatism and Law”, capítulo I de *Justice in Robes* (op. cit., pp. 35-48), Dworkin critica os ataques do *pragmatismo filosófico* de Richard Rorty e de Stanley Fish à sua teoria, apesar de uma lei

exemplo, argumenta que, se o pragmatismo jurídico é definido por seus próprios adeptos simplesmente como uma combinação de ecletismo, preocupação com o resultado prático de teorias e antiformalismo doutrinário (isto é, recusa em aceitar que a adoção de certas doutrinas jurídicas possa ter como “implicação lógica” a adoção de outras

tura descomprometida do título do capítulo sugerir uma discussão direta com Posner e outros adeptos do pragmatismo jurídico. Alguns comentadores, porém, seguem por um caminho distinto e procuram explicar e compreender certas características do pragmatismo jurídico – inclusive como teoria normativa da decisão judicial – como sendo aplicações do pragmatismo filosófico ao campo do direito (nesse sentido, cf. T. Pobrebinschi, “O que é o Pragmatismo Jurídico?”, *Páginas de Teoria do CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade*, n.1, s/d. Disponível no site <http://cedes.iuperj.br/>). José Eisenberg, por exemplo, afirma que a principal característica do pragmatismo jurídico “é o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica” (J. Eisenberg, “Pragmatismo Jurídico”, in V. P. Barretto (org.), *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/Porto Alegre: Renovar/Unisinos, 2006, pp. 656-657). Cláudio Pereira de Souza Neto, por sua vez, utiliza afirmativas do próprio Posner para registrar que o pragmatismo jurídico possuiria três características centrais, a saber: “1) a crítica à metafísica no campo do Direito; 2) a avaliação de proposições normativas a partir de suas conseqüências concretas; 3) a avaliação de proposições normativas a partir das necessidades humanas”, de modo que o pragmatismo jurídico só poderia ser considerado “antifundacionalista, contextualista e conseqüencialista” – exatamente os traços apontados como “núcleo duro” do pragmatismo filosófico (SOUZA NETO, Cláudio Pereira, “A Interpretação Constitucional entre o Construtivismo e o Pragmatismo”, in A.C.Maia, G. Cittadino, C.C. Melo, T. Pogrebinschi (orgs.), *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 490-491). A mesma afirmativa de Posner é utilizada por José Eisenberg para caracterizar o pragmatismo jurídico como herdeiro da filosofia pragmatista (“Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política”, in L.W. Vianna (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, pp. 48-49). Em que pese a complexidade do tema, que demandaria inclusive uma passagem pela história das idéias, duas objeções *prima facie* podem ser feitas à leitura que Souza Neto e Eisenberg fazem de Posner – e, conseqüentemente, às interpretações do pragmatismo jurídico defendido por Posner como uma aplicação do pragmatismo filosófico à “interpretação jurídica”. Primeiro, o primeiro artigo em que Posner começa a articular sua concepção de pragmatismo jurídico data de 1991. É possível que o seu encantamento inicial com as discussões filosóficas sobre pragmatismo tenha se alterado substancialmente ao longo da década passada, já que, na mais recente afirmação sistemática de sua posição – o livro *Law, Pragmatism and Democracy* (2003) –, Posner investe todo o primeiro capítulo (e boa parte da “Introdução”) em desfazer a ligação necessária ou qualquer possível relação de prioridade entre o “pragmatismo filosófico” e o que chama de “pragmatismo cotidiano”, que seria a base do pragmatismo jurídico. Após enumerar algumas das características do pragmatismo filosófico, entre as quais as mencionadas nas leituras de Souza Neto e Pogrebinschi, Posner observa: “What follows for law, or politics and government more generally, from accepting or rejecting any of the propositions that I have listed? Not much, which is one reason why I have not tried to prove or disprove any of them” (2003, pp. 10-11; as características centrais do pragmatismo filosófico estão brevemente discutidas nas pp. 04-10; no mesmo sentido, cf. S. Fish, “Almost Pragmatism: Richard Posner’s Jurisprudence”, *University of Chicago Law Review*, n. 57, 1990). Segundo, mesmo supondo que Posner endossasse hoje as características do pragmatismo que enunciou em 1991, poderíamos dizer – novamente, nos termos expressos em *Law Pragmatism and Democracy*, e aproveitando os insights de David Luban – que essas características são apenas um núcleo mínimo de convergência de qualquer posição “pragmática” sem sentido amplo (tanto do pragmatismo filosófico, quanto do “pragmatismo cotidiano” de que fala Posner), o que não quer dizer que o pragmatismo tipicamente jurídico pressuponha a adoção de muitas outras sofisticadas teses típicas do pragmatismo filosófico. Em síntese, independentemente de as leituras que Souza Neto, Eisenberg e Pogrebinschi façam da relação entre pragmatismo filosófico e pragmatismo jurídico serem ou não adequadas – como já observado, a discussão é complexa demais para ser esgotada aqui –, não é plausível alistar o próprio Richard Posner como um defensor dessa posição, ainda que ele efetivamente concorde com muitas das teses do pragmatismo filosófico e reconheça que elas não apenas podem ajudar a preparar o terreno para o pragmatismo jurídico, como podem também ter alguma aplicação direta no campo do Direito (POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., p. 04).

teses), então ele pode ser atingido a partir de virtualmente *qualquer concepção filosófica*. Para Luban, porém, isso não é uma virtude. Ao contrário: esse “núcleo duro” do pragmatismo jurídico seria banal, por ser incapaz de produzir consenso sobre quase nenhuma questão jurídica substantiva; na prática, questões controvertidas serão resolvidas com recurso às mesmas concepções filosóficas, morais e até metafísicas que o pragmatismo jurídico se esforçava por rejeitar em primeiro lugar. Ou seja: para Luban, o que o pragmatismo jurídico tem a oferecer a) é compatível com praticamente qualquer posição filosófica, e b) já é um terreno comum – pavimentado pelo “bom senso profissional”, poderíamos dizer – entre operadores e teóricos do Direito.

É preciso destacar que esse esforço de distinguir o pragmatismo jurídico (como teoria normativa da decisão judicial) do pragmatismo filosófico não deve ser encarado como esforço estéril e estético de legislação verbal. De fato, pensando pragmaticamente, a distinção é relevante por possuir conseqüências práticas relevantes: se o pragmatismo jurídico é independente das teses centrais do pragmatismo filosófico (clássico ou contemporâneo), então ele também deve ser enfrentado *nos seus próprios termos*, não devendo simplesmente ser rejeitado por quem rejeita também a filosofia pragmatista, nem necessariamente aprovado por quem simpatiza com as teses de Peirce, James, Dewey e/ou Rorty, entre outros.

### III. Pragmatismo Jurídico

#### III.1. O “espantalho” de Dworkin

Ironicamente, uma boa maneira de encaminhar a discussão sobre os méritos ou deméritos do pragmatismo jurídico como teoria normativa da decisão judicial consiste em começar pela reconstrução feita por Ronald Dworkin em “O Império do Direito”. Dworkin, como se sabe, tem sido um recorrente e feroz crítico da adoção de posturas “pragmáticas” por parte de juízes. Mais ainda: ele constrói a sua própria teoria normativa (“Integridade”) em oposição a duas concepções rivais que batiza de “convencionalismo” (uma possível redescritção do positivismo conceitual de H.L.A. Hart) e “pragmatismo”. O fato de Dworkin ser reconhecido como um intérprete pouco generoso – e um expositor pouco fidedigno – de concepções com as quais não concorda só complicaria a situação.<sup>31</sup> Nesse cenário, por que iniciar uma tentativa de compreensão do pragmatismo jurídico pelas lentes de Dworkin?

Existem pelo menos dois bons motivos para essa estratégia aparentemente contraintuitiva. Primeiro, a reconstrução feita por Dworkin leva a sério a proposta de analisar o pragmatismo como uma teoria que procura fornecer respostas à pergunta “como os juízes devem decidir?”, resistindo à tentação de entendê-lo como um “coro-

<sup>31</sup> Ver, por exemplo, a resenha da obra “Justice in Robes” feita por Brian Leiter (*Journal of Legal Education*, n. 56, p. 675, 2006).

lário”, no campo do direito, de certas teses filosóficas. Segundo, a descrição de Dworkin destaca um elemento que é considerado central inclusive por defensores de alguma versão de pragmatismo jurídico – e críticos de Dworkin: a concepção do Direito como um *instrumento* para atingir finalidades sociais relevantes.<sup>32</sup>

O pragmatismo é definido por Dworkin como “uma concepção cética”, na medida em que nega que decisões tomadas no passado sejam capazes de fornecer, por si sós, qualquer tipo de justificativa para o uso da coerção estatal.<sup>33</sup> A existência incontroversa de decisões tomadas no âmbito das instituições judiciais em uma linha argumentativa específica – precedentes –, ou de regras validamente criadas pelos poderes eleitos – “legislação” – não é condição necessária, nem suficiente, para que se justifique uma decisão a ser tomada *agora*.

Segundo Dworkin, no lugar de recorrer às decisões judiciais e legislativas passadas, o adepto do pragmatismo encontra a justificativa relevante para o emprego do poder coercivo do Estado “na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea” do momento decisório. Mais ainda: se o pragmatismo for adotado como teoria normativa da decisão judicial, a eventual coerência com decisões legislativas ou judiciais anteriores não necessariamente contribui para a correção da decisão a ser tomada.<sup>34</sup> Por outro lado, esta concepção não determina de antemão quais critérios devem ser utilizados para a definição do estado de coisas a ser perseguido com a decisão. Assim, o pragmatismo descrito por Dworkin é compatível com diversas noções acerca do que seria uma “comunidade justa”, ou uma “comunidade eficiente”, ou uma “comunidade próspera”.<sup>35</sup> O juiz é encorajado a escolher – segundo o seu próprio ponto de vista – os fins possivelmente relevantes e a decidir de que modo tentará atingi-los.

A concepção pragmática tem um apelo evidente, reconhecido pelo próprio Dworkin: ela nos liberaria da “mão morta do passado” do “fetiche da coerência pela coerência”, deixando os juízes livres para perseguirem metas positivas e úteis para a comunidade.<sup>36</sup> Mas tal concepção também traz dificuldades. A principal delas diz res-

32 Como veremos adiante, o caráter instrumental do Direito (tanto das normas, quanto do vocabulário supostamente técnico compartilhado pelos seus profissionais) está no centro das recomendações que Posner faz a um juiz que se pretenda pragmático. David Luban, por sua vez, entende a visão dworkiniana do pragmatismo no Direito como uma forma de “instrumentalismo”. O próprio Luban, porém, descarta essa concepção e procura encarar a tradição – a partir do pensamento pragmático clássico – como algo que, longe de possuir apenas valor instrumental, é uma condição de possibilidade do próprio raciocínio humano (D. Luban, “Legal Pragmatism and the Constitution”, *Minnesota Law Review*, n. 72, Jun. 1998, pp. 1343-1345).

33 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 185. Vale notar que isso não é a mesma coisa que dizer que as normas jurídicas e precedentes sejam *indefinidos*. Em tese, o pragmatismo descrito por Dworkin *pode* reconhecer que a solução “X” para um determinado caso é a única embasada tanto pelo texto de uma norma jurídica, quanto por sua finalidade subjacente. O ponto decisivo é que, *mesmo assim*, o juiz pragmático negaria que essa constatação seja condição suficiente para adotar a decisão “X”.

34 *Idem*, *ibidem*.

35 Nesse ponto, o pragmatismo descrito por Dworkin é idêntico ao pragmatismo defendido por Richard Posner.

36 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, *op. cit.*, p. 185.

peito ao papel do Judiciário e do próprio Direito na estabilização de expectativas sociais. Certos comportamentos são praticados ou evitados na medida em que os indivíduos esperam que o Estado reaja às suas ações de uma maneira específica, passível de identificação *ex ante*. Empresta-se dinheiro porque se sabe que o direito garante o acesso ao Judiciário com vistas à obtenção da quantia emprestada; compra-se um bem esperando que o Estado vá interferir caso terceiros prejudiquem a sua utilização pelo proprietário. Esta é justamente uma das dimensões da idéia de Estado de Direito – um ponto sobre o qual há extensa e convergente literatura jurídica, econômica e sociológica.<sup>37</sup> De qualquer sorte, ainda que os argumentos em defesa dessa tese possam variar, bem como os motivos que levam à sua aceitação, há amplo reconhecimento de que as hipóteses de admissibilidade da ação estatal – e sobretudo o seu conteúdo – devem ser *minimamente* previsíveis.<sup>38</sup>

Contudo, se o pragmatismo não reconhece qualquer exigência intrínseca de obediência do juiz às decisões políticas e judiciais que formam as “convenções” da comunidade, como ele responde à exigência de previsibilidade? Já se observou acima que o pragmatismo descrito por Dworkin se liberta do “fetiche da coerência pela coerência”, isto é, não encara a coerência com decisões passadas como um fim em si mesmo. Ou seja, o juiz não está obrigado, *nem proibido*, de seguir decisões ditadas pelas convenções da comunidade. Na maioria dos casos, as decisões políticas e judiciais passadas serão, sim, obedecidas e apresentadas pelo juiz como justificativa pública suficiente para a sua própria decisão, só que por *razões instrumentais*. O juiz agirá “como se” estivesse vinculado pelas convenções passadas não por considerar que está obrigado a decidir dessa forma, mas sim porque alguma fidelidade aparente a essas convenções é uma boa maneira de se atingir um estado de coisas socialmente relevante e útil: a previsibilidade e, com ela, a sensação de segurança indispensável para o desenvolvimen-

<sup>37</sup> Cf. em perspectivas diferentes mas ressaltando o mesmo ponto, H. L. A. Hart. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994; F. Neumann, “A Mudança da Função do Direito na Sociedade Moderna”, in \_\_\_\_\_. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969; J. J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1989; E. G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The political economy of diverse institutional patterns and reformers’ responses”, 2003. Para uma defesa explicitamente pragmática da mesma tese, cf. John Dewey, *Logical Method and the Law*, 1924. No âmbito da economia, alguns autores argumentam que o papel desempenhado pelas instituições teria um peso decisivo em qualquer contexto de crescimento econômico. Cf. POSNER, Richard. “Creating a Legal Framework for Economic Development”. In *The World Bank Research Observer*, vol. 13, n. 1, pp. 1-11, fevereiro 1998. RODRIK, Dani. “What do we Learn from Country Narratives?” in RODRIK, Dani (ed.) *In Search of Prosperity. Analytic Narratives on Economic Growth*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2004, pp. 1-19 e DAM, Kenneth W. “The Judiciary and Economic Development”, in *Chicago Working Paper in Law & Economics*, 2nd. Series. Março, 2006, pp. 1-41; BECK e LEVINE, “Legal Institutions and Financial Development”, *World Bank Policy Research Working Paper*, n. 3136, 2003.

<sup>38</sup> O que não quer dizer que não possam existir múltiplas respostas juridicamente corretas em certos casos. Quando se fala em “segurança jurídica”, é preciso reconhecer que essa previsibilidade precisa conviver com a incerteza estrutural inerente ao processo de aplicação de normas gerais a casos concretos, realizado pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, cf. J. Falcão, L. F. Schuartz e D. W. Arguelles, *op. cit.*, 2006.

to da comunidade. Assim, mesmo que os juízes pragmáticos não tenham qualquer reverência para com as convenções, eles certamente reconhecem a importância de se fazer com que os cidadãos sintam que o poder estatal será utilizado de acordo com as decisões do legislativo, por exemplo, e que as convenções públicas da comunidade ainda são o parâmetro pelo qual a legalidade das ações individuais é julgada. Nas palavras de Dworkin:

[Na concepção pragmática], [o]s juízes devem às vezes agir “como se” as pessoas tivessem direitos, porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade. O argumento em favor dessa estratégia do “como se” é bastante direto: a civilização é impossível a menos que as decisões de uma pessoa ou de um grupo bem definido sejam aceitas por todos como instauradoras de normas públicas que, se necessário, serão aplicadas pelo poder de polícia. Só a legislação pode estabelecer taxas de tributação, estruturar mercados, determinar códigos e sistemas de trânsito, estipular taxas de juros aceitáveis ou decidir quais construções em estilo georgiano devem ser preservadas da modernização.<sup>39</sup>

A necessidade prática por trás da estratégia “como se” é evidente: se a cada caso o juiz escolhesse apenas algumas leis e regulamentos diferentes para aplicar, sem apresentar maiores justificativas, as conseqüências dessa prática – previsibilidade *ex ante* – provavelmente seriam tão graves que contrariariam os valores e as metas sociais com as quais os próprios juízes pragmáticos se comprometeram. Assim, segundo Dworkin, o pragmatismo seria menos radical na prática do que na teoria, já que, *por razões pragmáticas*, os juízes devem decidir “como se” a parte vencedora tivesse direitos preexistentes à decisão. Na prática, o juiz pragmático precisaria buscar em sua atuação o “exato equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valiosas instituições da legislação e do precedente e a flexibilidade necessária a si mesmo, e a outros juízes, para aperfeiçoar o direito”.<sup>40</sup> Evidentemente, a busca desse arriscado equilíbrio levaria a resultados necessariamente precários, pois a precisão exigida para se chegar a um resultado seguro na combinação de previsibilidade e flexibilidade seria muito difícil de ser obtida na prática. Ainda assim, o juiz pragmático deve estar *prima facie* suficientemente aberto para rever os arranjos e equilíbrios já feitos sempre que houver a possibilidade de aperfeiçoamento dos cálculos. Na verdade, o pragmatismo reconhece que determinadas estratégias e determinados arranjos para preservar o interesse coletivo na decisão judicial (o que inclui algum ponto de equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade) variam de época para época e que não há razão para supor que as estratégias da geração passada exerçam qualquer espécie de força cogente intrínseca sobre as escolhas que a geração atual deve fazer.<sup>41</sup>

39 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., p. 187.

40 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., p. 188.

41 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., p. 192.

Vale notar que proteger os direitos dos cidadãos não é a única coisa que os juízes pragmáticos fariam com base na estratégia do “*como se*”. Mesmo quando estiver *mudando* o direito vigente ou indo além dos parâmetros legais já existentes, um juiz pragmático pode ter boas razões para disfarçar a sua decisão como uma inofensiva *interpretação* das leis ou dos precedentes em jogo.<sup>42</sup> Assim, partindo-se de uma concepção pragmática do Direito, toda pretensão à tutela jurídica submetida à apreciação do Judiciário seria, no fundo, meramente *estratégica*. Não existiriam pretensões jurídicas genuínas – nem obediência do juiz ao Direito como um fim em si mesma.

### III.2. Pragmatismo pelos olhos do juiz: análise da concepção de Richard Posner

A caracterização do que seria uma abordagem “pragmática” da função jurisdicional é um projeto que o juiz norte-americano Richard Posner vem aperfeiçoando há quase duas décadas. Como já discutido na seção anterior, o sentido que intuitivamente se atribui à expressão “pragmatismo jurídico” parece com frequência girar em torno da importância das idéias (típicas do pragmatismo filosófico clássico) de “conseqüências” e de “resultado prático” na orientação do pensamento humano. Assim, no campo do Direito, o critério confiável para adotar certas doutrinas jurídicas e abandonar outras deveria ser baseado no resultado prático da adoção de cada uma delas; as decisões judiciais devem ser tomadas levando-se em consideração as suas conseqüências; e o próprio direito não deve ser visto como um fim si, mas sim como ferramenta possivelmente útil para resolver os conflitos entre os cidadãos e fornecer pautas de conduta para a atuação privada e estatal. Evidentemente, essas são idéias vagas e, portanto, a partir delas só podemos construir uma imagem vaga do que seria o “pragmatismo jurídico”. Mas, ainda assim, essa imagem inicial não pode ser simplesmente descartada. Nesse cenário, o terreno comum no qual se confrontam críticos (como Dworkin) e defensores de alguma espécie de pragmatismo jurídico (como Posner) ainda é a definição do papel das *conseqüências* na tomada de decisões judiciais.<sup>43</sup>

De fato, a *centralidade das conseqüências* é um traço comum tanto da teoria de Posner, quanto da versão “espantinho” de pragmatismo jurídico descrita por Dworkin. O que está em disputa, portanto, é o detalhamento do papel que as conseqüências podem e devem ter no sistema jurídico. Em seu mais recente livro, Posner procura

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., p. 189. Aqui, o pragmatismo parece ficar exposto a um tipo de crítica já feita ao utilitarismo e ao conseqüencialismo no âmbito da filosofia moral: se para que dêem bons resultados devem ser adotados *secretamente* pelos órgãos estatais, então não seriam adequados em termos de *moralidade pública*, pelo simples fato de que não podem ser utilizados para justificar perante a sociedade as decisões governamentais (cf. DE VITA, A. *Justiça Liberal: Argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, especialmente o capítulo I).

<sup>43</sup> Cf., no mesmo sentido, J. Eisenberg, “Para que serve o Pragmatismo Jurídico?”, *Páginas de Teoria do CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade*, n. 3, s/d. Disponível no site <http://cedes.iuperj.br/>.



enfrentar essa necessidade de detalhamento, respondendo a críticas dos mais variados setores e escolas do pensamento jurídico, filosófico e político e, principalmente, enumerando uma extensa lista de características ou teses essenciais do pragmatismo jurídico.<sup>44</sup>

Os elementos centrais do pragmatismo jurídico de Posner seriam basicamente os seguintes. Primeiro, o pragmatismo jurídico não encoraja o juiz a tomar decisões *ad hoc*, sem qualquer compromisso com o mundo além do caso específico em exame. Além das conseqüências imediatas da decisão – aquelas que afetam diretamente as partes –, o juiz pragmático deve estar atento para as *conseqüências sistêmicas* de sua atuação.<sup>45</sup> Se os juízes começarem a decidir única e exclusivamente com base na melhor solução prática possível para o caso em exame, o efeito sistêmico da generalização dessas decisões sobre os atores públicos e privados será nocivo, pois aumentará a insegurança jurídica. Essa preocupação com as “conseqüências sistêmicas” é encorajada apenas para preservar certos “bolsões de formalismo” [*formalist pockets*] no funcionamento do direito, assegurando que áreas-chave da vida em sociedade permaneçam estáveis, facilitando assim o planejamento e a calculabilidade.<sup>46</sup>

Vale notar que, para Posner, decidir com base no texto das normas, sem atentar para as conseqüências econômicas ou sociais da decisão (ou qualquer outro elemento que transcenda o texto da norma), não é necessariamente uma “decisão de segunda-ordem” *não-pragmática*.<sup>47</sup> Afinal, é possível elaborar uma justificativa *prática* (ou, mais especificamente, *conseqüencialista*) para impedir que cada juiz analise todas as conseqüências possíveis da sua decisão antes de se posicionar sobre o caso.<sup>48</sup> Assim, a idéia-

44 Em linhas gerais, esta lista é repetida no artigo “Legal Pragmatism” (*op. cit.*, 2004), mas a versão que aparece no livro *Law, Pragmatism and Democracy* (2003) é mais completa, tanto em termos do número de características apresentadas, quando da profundidade com que as críticas atuais e potenciais a essas teses são abordadas (embora muitas das teses sejam na verdade corolários umas das outras). Para os fins deste trabalho, foram escolhidas apenas as características que são mais decisivas para o contraste com o pensamento de Dworkin no que se refere ao ponto específico da justificativa de decisões judiciais. Vale notar que pragmatistas jurídicos como Richard Posner e filósofos pragmatistas como Richard Rorty certamente compartilham de diversas reservas quanto à ênfase metodológica de Dworkin na reconstrução do Direito existente para aplicação de normas principiológicas, por exemplo, bem como nas posições dworkinianas sobre a idéia de justiça distributiva. Sobre esse *front* de discordância entre “pragmáticos” e “construtivistas” (como Dworkin e Rawls), situado em um nível de abstração maior do que o foco específico deste trabalho, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo”, *op. cit.*, especialmente pp. 487 e seguintes.

45 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, pp. 60-64.

46 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, p. 59; POSNER, Richard A. “Legal Pragmatism”, *op. cit.*, p. 03. Na prática, as conseqüências sistêmicas funcionam como o limite da consideração das conseqüências internas ao caso; o juiz deve procurar a melhor solução prática para o caso desde que isso não implique prejudicar de forma excepcional a estabilidade proporcionada pelo direito. Uma análise mais detalhada dessas questões será feita no item IV, *infra*.

47 Cf. item IV, *infra*. Por agora, sobre as “decisões de segunda-ordem” – meta-decisões que tomamos antes do momento das decisões de primeira ordem para definirmos como procederemos para resolver problemas de primeira ordem –, cf. SUNSTEIN, Cass e ULMANN-MARGALIT, Edna. “Second-Order Decisions”, in SUNSTEIN, Cass (ed.). *Behavioral law and Economics*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2004, pp. 187-209.

48 Frederick Schauer elenca diversos outros argumentos para justificar certo grau de resistência, por parte dos juízes, em aplicarem diretamente os propósitos sociais subjacentes à regra, afastando a sua formulação ter-

chave do pragmatismo jurídico quanto ao papel das conseqüências na decisão judicial não poderia ser descrita simplesmente como sendo “o juiz deve sempre adotar a decisão que tenha as melhores conseqüências para o caso”. A melhor leitura possível da posição de Posner seria, portanto, a de que o juiz pragmático *não* adotará a decisão com melhores conseqüências imediatas sempre que essa postura não implicar as melhores conseqüências sistêmicas, isto é, para o sistema judicial como um todo no longo prazo.

Segundo, o pragmatismo jurídico é necessariamente voltado para o futuro. O juiz pragmático não se vê envolvido por qualquer *dever* de consistência com o passado.<sup>49</sup> Quando os precedentes e as decisões legislativas forem honrados por um magistrado pragmático na solução de um caso concreto, será única e exclusivamente como um meio para se atingir finalidades sociais relevantes.<sup>50</sup> O juiz pragmático é *historicista* no sentido de que procura investigar o contexto histórico de emergência de cada doutrina jurídica, em vez de encarar as interpretações e conceitos dogmáticos consagrados como verdades atemporais.<sup>51</sup>

Terceiro, o juiz pragmático é *empiricista*. Isso não significa, porém, aversão a toda e qualquer teoria. Ao contrário, o programa pragmatista o encoraja a recorrer a teorias que tragam o debate judicial para perto de discussões e problemas empíricos. Por esse motivo, Posner rejeita não apenas a filosofia moral e política, mas a filosofia como um todo, que só seria útil em “casos excepcionais”, já que palavras e conceitos como “justiça”, “equidade” e “legitimidade” seriam geralmente usados para interromper o diálogo, e não para facilitá-lo.<sup>52</sup> O pragmatismo jurídico recomenda aos juízes que utilizem

---

tual (F. Schauer. *Playing By the Rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life.* Oxford: Oxford University Press, 1991, especialmente o cap. VII (pp. 135-166)). Para uma análise da teoria de Schauer, cf. STRUCHINER, Noel. *Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis no Direito.* Tese de Doutorado em Filosofia, PUC-Rio, 2005. Para uma discussão mais detalhada das possíveis razões pragmáticas que poderiam justificar a adoção de uma postura interpretativa “formalista” – focada no texto das regras – em uma dada sociedade, veja-se o artigo de Noel Struchiner nesta coletânea: “Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A Dignidade [Contingente] do Formalismo Jurídico”.

49 Nesse sentido, a concepção pragmática de Posner é bastante diferente do “Direito como Integridade” adotado por Dworkin. Cf. *O Império do Direito*, *op. cit.*

50 Richard Posner, “Legal Pragmatism”, in *Metaphilosophy*, V. 35, N.1/2, Jan 2004, p. 151. Essa posição não é nova na obra de Posner, já tendo aparecido – às vezes de forma menos contundente – em trabalhos anteriores. Ver, nesse sentido, do mesmo autor, “Pragmatic Adjudication”, in DICKSTEIN, M. (ed.). *The Revival of Pragmatism. New Essays in Social Thought, Law and Culture.* Durnham: Duke University Press, 1998, pp. 235-252; “So what *has* Pragmatism to offer to law?”, in \_\_\_\_. *Overcoming Law.* Cambridge: Harvard University Press, 1995. Esse aspecto da teoria de Posner tem gerado críticas dos mais variados matizes ideológicos e metodológicos do pensamento jurídico, inclusive de grupos nos quais o próprio Posner se enquadra, como a direita conservadora norte-americana (cf. EPSTEIN, Richard A. “A Farewell to Pragmatism”, in *University of Chicago Law Review*, v. 71, n. 2, 2004; EPSTEIN, Richard A. “The perils of Posnerian Pragmatism”, in *University of Chicago Law Review*, v. 71, n. 1).

51 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, pp. 71-72. Para Dworkin, essa “característica” do pragmatismo jurídico de Posner seria completamente trivial (*Justice in Robes*, *op. cit.*, pp. 60-61).

52 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, p. 66. É dessa forma que Posner justifica o seu profundo e notório interesse pela economia. Essa justificação é importante, pois ele tem sido freqüentemente criticado como um “falso pragmático” na medida em que manifesta uma adesão incondicional e *a priori*

apenas aquelas abstrações e conceitos que *promovam* discussões com relevância prática para o caso e nas quais os argumentos sejam empiricamente fundados.<sup>53</sup>

### III.3. O Raciocínio Pragmático entre “Conseqüencialismo”, “Utilitarismo” e “Law & Economics”

Como visto, enquanto se aproxima de disciplinas mais ligadas à investigação empírica (como a economia e a ciência política), o pragmatismo jurídico se afasta de qualquer pré-compromisso com uma teoria política ou moral específica. No caso de Posner, a suposta *neutralidade de compromissos políticos* é exaltada como uma das virtudes de sua concepção.<sup>54</sup> Há, porém, um ponto possivelmente problemático quanto aos compromissos morais e políticos do pragmatismo jurídico. Apesar de sua alegada neutralidade, a postura de Posner em relação ao que a aplicação do direito exige do juiz encontra paralelos nas teorias morais do utilitarismo e, de forma mais geral, nas teorias morais conseqüencialistas. Mas qual a relação entre utilitarismo, conseqüencialismo e pragmatismo jurídico – expressões muitas vezes utilizadas de forma intercambiável?

A forma canônica da teoria ética normativa utilitarista se caracteriza por três teses centrais. Primeiro, a exigência de que o agente adote a “promoção da felicidade” (ou do “bem-estar”, como preferem os economistas contemporâneos que adotam alguma versão do utilitarismo<sup>55</sup>) como critério para se determinar qual é a ação “moralmente boa” em cada caso. Adicionalmente, o utilitarismo requer que se considere moralmente correta a *melhor* ação, isto é, aquela que promova o bem-estar em um grau no mínimo idêntico ao de outras ações possíveis no momento em que o agente precisa tomar sua decisão. Vale notar que é possível reconstruir essa segunda exigência de modo que a ação correta seja aquela que maximiza a utilidade *ex ante*, isto é, a utilidade prevista (ou previsível) para o agente no momento em que a ação foi tomada, independentemente do que possa vir a acontecer de inesperado depois disso.<sup>56</sup>

- ao saber econômico; segundo essa linha de raciocínio, ninguém que mereça o rótulo de “pragmático” pode se comprometer de antemão e de forma permanente com a promoção da eficiência econômica, por exemplo.
- 53 “Equidade”, por exemplo, pode ser o ponto de partida de uma investigação empírica acerca dos resultados econômicos de uma determinada política pública. Trata-se de um conceito que pode ser útil, desde que *intensifique* o diálogo e o abra aos argumentos empíricos, em vez de encerrá-lo de forma dogmática.
- 54 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, p. 84. Segundo o autor, essa é uma importante diferença entre o pragmatismo jurídico e correntes próximas como o realismo jurídico e o movimento de *Critical Legal Studies* – ambas comprometidas de antemão com uma agenda política de reforma da sociedade.
- 55 Um dos problemas centrais do utilitarismo está precisamente na definição daquilo que se encontra envolvido pela noção de bem-estar humano ou “utilidade”. Nesse sentido, é possível identificar possíveis respostas, que partem de critérios hedonistas ou da satisfação de preferências, informadas ou não, dos agentes. Para uma descrição resumida das principais propostas de definição da idéia de “utilidade” cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea. Uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, cap. 2.
- 56 P. J. Hammond, “Utilitarianism, Uncertainty and Information”, in Amartya Sen e Bernard Williams (orgs.) *Utilitarianism and Beyond*, pp. 92-96.

Além disso, na caracterização mais freqüente da concepção utilitarista, essas duas teses são geralmente complementadas com uma terceira – a de que é possível medir a utilidade/felicidade/bem-estar total de um estado de coisas a partir da soma das utilidades individuais.<sup>57</sup> A combinação dessas três teses – que Amartya Sen chama respectivamente de “*welfarism*”, *conseqüencialismo* e “*sum-ranking*”<sup>58</sup> – resulta no critério proposto pelo utilitarismo para justificarmos a correção moral de uma ação: minha conduta está correta se, dentre outras condutas possíveis, ela promove no mínimo tão bem quanto as outras o bem-estar ou utilidade geral, entendido como a soma das utilidades individuais.<sup>59</sup>

Para Posner, o pragmatismo jurídico se diferencia do utilitarismo como teoria normativa da decisão – nos termos descritos acima – na medida em que, enquanto este *se compromete* com a maximização do bem-estar, o pragmatismo apenas *se importa* com esse fator – isto é, o impacto da decisão é um elemento dentre outros a serem levados em conta, mas que pode ou não ser levado em consideração.<sup>60</sup> Ou seja: o juiz prag-

57 SCARRE, G. *Utilitarianism*. London: Routledge, 1996, p. 14.

58 SEN, Amartya. “Utilitarianism and Welfarism”, *Journal of Philosophy*, v. 76, n. 09 (sep/1979), pp. 464-465. Cf, no mesmo sentido, Amartya Sen, *Sobre Ética e Economia*, 1999; e Amartya Sen e Bernard Williams, “Utilitarianism and Beyond”, in \_\_\_\_\_. (orgs.) *Utilitarianism and Beyond*, pp. 03/04, onde se lê: “What, in particular, is utilitarianism? We have already implicitly referred to the point that it can be regarded as the intersection between two different kinds of theory. One is a theory of the correct way to assess or assign values to states of affairs, and it claims that the correct basis of assessment is welfare, satisfaction, or people getting what they prefer. This theory, one component of utilitarianism, has been called welfarism. The other component is a theory of correct action, which claims that actions are to be chosen on the basis of the states of affairs which are their consequences: this has been called consequentialism. Utilitarianism, in its central forms, recommends a choice of actions on the basis of consequences, and an assessment of consequences in terms of welfare. Utilitarianism is thus a species of welfarist consequentialism – that particular form of it which requires simply adding up individual welfares or utilities to assess the consequences, a property that is sometimes called sum-ranking.” (grifos no original). Geoffrey Scarre acrescenta duas outras propriedades distintas da teoria – o seus traços *maximizadores* e *universalistas* (*op. cit.*, pp. 18-26), mas é plausível afirmar que elas são apenas corolários ou conseqüências das outras três propriedades explicitadas por Amartya Sen e Bernard Williams.

59 Os leitores familiarizados com o utilitarismo certamente notarão que estas três teses são insuficientes para definir todas as nuances, potencialidades e dificuldades ressaltadas pelos defensores e críticos da teoria. Essa caracterização possui um evidente (e intencional) caráter simplificador. Uma exposição verdadeiramente compreensiva do utilitarismo precisaria enfrentar, por exemplo, o problema da determinação dos conceitos de *bem-estar* e de *utilidade* – afinal, até que ponto devemos levar em conta no cálculo utilitário preferências suicidas ou sádicas, por exemplo (R. Goodin, “Utility and the Good”, in SINGER, Peter (org.) *Encyclopedia of Ethics*, 1993)? Além disso, seria preciso também ressaltar que a ação não precisa ser o único ponto focal de avaliação moral; duas conhecidas formas de utilitarismo – o utilitarismo de regras [*rule utilitarianism*] o utilitarismo de motivos [*motive utilitarianism*] – não avaliam a “bondade” da ação, mas sim as regras produzidas a partir da generalização da ação, ou dos traços de caráter que levaram o agente a praticá-la, respectivamente (cf. G. Scarre, *op. cit.*, pp. 122-132; A. Sen, 1979, pp. 466-468; cf. também o interessante artigo de Shelly Kagan, *Evaluative Focal Points*, in B. Hooker, E. Mason, D. E. Miller (orgs.) *Morality, Rules and Consequences*, 2000, pp. 134-155).

60 Na verdade, em outros trabalhos Posner oferece um critério alternativo ao da “utilidade”: a “maximização da riqueza” [*wealth maximization*]. Cf. R. Posner, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, in *Journal of Legal Studies*, v. 8, 1979; cf. também a crítica de Ronald Dworkin em “Is Wealth a Value?”, *Journal of Legal Studies*, v. 9, 1980).

mático analisa os estados de coisas que podem ser gerados por cada decisão possível, mas – e é neste ponto que ele se diferencia de um tomador de decisão utilitarista – tem liberdade para comparar esses estados de coisas e escolher o(s) mais vantajoso(s) dentre eles com base em critérios que podem ou não incluir a maximização do bem-estar.

A partir dessas observações de Posner, podemos tentar reconstruir duas etapas que as decisões judiciais que se pretendam “pragmáticas” necessariamente levam em conta, ainda que nem sempre estejam explicitadas nos processos considerados pragmáticos de tomada de decisão jurídica: 1) *individualização* de pares de decisões possíveis e os estados de coisas associados a cada uma delas (ou seja, determinar quais serão as conseqüências esperadas com a tomada de cada uma das decisões entre as quais o juiz pode optar); 2) *ordenação* desses pares com base em algum critério pelo qual se estabeleçam relações de preferência entre os estados de coisas possíveis (que não precisa necessariamente ser a maximização do bem-estar). De forma mais detalhada, é possível dizer que a primeira dimensão é eminentemente *descritiva*, na medida em que se volta apenas à identificação das conseqüências atreladas a cada alternativa de decisão que se coloca diante daquele que deve decidir, sejam essas relações determinísticas (sob condições de certeza) ou estocásticas (cujas certezas são apenas prováveis). Neste momento, a tarefa que se impõe àquele que pretende, como observador ou participante, analisar as conseqüências de possíveis caminhos decisórios resume-se a apresentar pares que correlacionem as alternativas decisórias A1, A2, A3...An às respectivas conseqüências C1, C2, C3...Cn. Em outro plano, que pressupõe o anterior, coloca-se a questão relativa à valoração, i.e. ordenação dentro de uma certa escala de preferências, de cada conseqüência. Nesta dimensão *normativa*, cabe ao tomador de decisão, com base em algum critério, indicar qual conseqüência é preferível, o que significa identificar aquela que realiza em maior medida o valor desejado usado como referência, e, a partir dessa conclusão, indicar a alternativa de decisão mais adequada para a solução do problema que se lhe apresenta.<sup>61</sup>

Vale esclarecer que essa estrutura não é exclusiva da concepção posneriana de pragmatismo. O reconhecimento da estrutura de um raciocínio conseqüencialista não

61 Neste ponto, as questões mais importantes que se colocam ao oferecimento de soluções prescritivas para a tomada de decisão dizem respeito (i) à comparabilidade e à comensurabilidade de distintos critérios valorativos disponíveis que eventualmente recomendam soluções diferentes, especialmente em casos cujas respectivas soluções dependem da consideração de múltiplos objetivos (no domínio jurídico, por exemplo, da consideração de diversos princípios incidentes); (ii) ao reconhecimento, no Direito, da natureza *política* da eleição dos critérios considerados importantes para ordenar conseqüências; (iii) à necessidade de deferência, quando o tomador de decisão é membro do Poder Judiciário, às opções do Poder Constituinte originário ou das instâncias democraticamente eleitas; e (iv) à identificação de quais ferramentas teóricas e práticas (incluindo condições de conhecimento) são necessárias para que a indicação dos pares “[alternativas de decisão; conseqüências]” seja considerada consistente e previsível na maior medida possível, temas que não serão desenvolvidos em razão dos objetivos e limites deste trabalho. Sobre alguns desses temas cf. CHANG, Ruth (org.). *Incommensurability, Incomparability and Practical Reasoning*. New York: Oxford University Press, 1997. JACKSON, Howell E. (ed.), KAPLOW, Louis, SHAVELL, Steven M., VISCUSI, W. Kip, COPE, David. *Analytical Methods for Lawyers*. University Casebook Series. Cambridge: Foundation Press, 2003.

implica nenhuma tomada de posição quanto ao *valor* que esse raciocínio deve ter na tomada de decisão judicial. Essa estrutura representa um esforço de sistematizar, da forma mais completa possível, o que está em jogo em uma tomada de decisão baseada em conseqüências que se pretenda minimamente racional e coerente.<sup>62</sup> Nada obstante, a clareza na compreensão dessa estrutura de raciocínio conseqüencialista pode facilitar a análise das possíveis relações entre pragmatismo jurídico (entendido como uma concepção segundo a qual a decisão judicial deve ser *sempre* tomada a partir de uma estrutura conseqüencialista – o que inclui a teoria de Posner) e os estudos agrupados sob o rotulo de “análise econômica do direito”, muitas vezes associados automaticamente com a adoção do pragmatismo como teoria normativa da decisão judicial.

Assim como no caso do utilitarismo, existe relação entre as duas idéias em algum nível, mas essa relação não é necessária, nem nos autoriza a identificar as duas coisas. Mas, se o utilitarismo é *mais* do que a adoção de uma estrutura pragmática como a delineada acima – por se comprometer com um único critério na etapa da ordenação das decisões possíveis –, no caso da análise econômica do direito o problema é oposto: ela pode abranger apenas *uma* das duas etapas. Muitas das teses levantadas em estudos de *Law & Economics* abrangem tanto a etapa da individualização dos pares “(decisão; estado de coisas)”, quanto a etapa da ordenação dos pares a partir de algum critério defendido pelo autor da análise.<sup>63</sup> Contudo, são empreendimentos diferentes e – ao menos em tese –, bem delimitados e independentes. É possível descrever as conseqüências possíveis de cada decisão do juiz ou do legislador, sem avaliá-las como positivas ou negativas, ou mesmo sem dizer qual tipo de conseqüências devemos perseguir. Em outras palavras, é possível trabalhar apenas na primeira etapa (individualização dos pares de alternativas de decisões) – eminentemente descritiva –, sem que isso dependa necessariamente de algum tipo de valoração a respeito dos resultados e a correspondente indicação de melhores respostas – algo típico de uma dimensão normativa.

Boa parte tanto da idealização, quanto do preconceito em relação aos estudos de *law & economics* parece partir de uma confusão ou identificação entre os aspectos *positivos/descritivos*, de um lado, e *normativos*, de outro, desse tipo de investigação. Posner – que, coincidentemente, é um dos maiores expoentes dos estudos em *L & E* nos EUA – enfatiza que a análise econômica do direito possui dimensões *positivas* e *normativas*.<sup>64</sup> De um lado, pretende-se descrever/identificar as conseqüências (econômicas) da implementação de uma determinada norma – geralmente *regra* – jurídica

62 Para uma proposta de estrutura que os argumentos pragmáticos/conseqüencialistas podem assumir no Direito Brasileiro, bem como dos riscos e problemas envolvidos no emprego desse tipo de raciocínio, cf. ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Mimeo*, 2006.

63 Para um excelente panorama do surgimento das principais “escolas” de *law & economics* nos Estados Unidos, cf. L. Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*. New Haven: Yale University Press, 1998.

64 R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6ª ed. 2003. O próprio Ronald Dworkin afirma que o lado empírico ou positivo da análise econômica do direito é “usualmente muito útil”, ainda que considere o lado normativo “simplista e confuso” (“Entrevista”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 25. Jan./mar. 2006, p. 302).

(ou da generalização de uma decisão judicial tomada em um caso individual). De outro, procura-se argumentar em favor da *desejabilidade* ou *indesejabilidade* dessa conseqüências. As duas dimensões podem se combinar, mas não se confundem. Mesmo que se consiga determinar com segurança o impacto econômico (e, indiretamente, o impacto social em sentido mais amplo) de uma determinada lei ou decisão (aspecto positivo ou descritivo), está longe de ser evidente ou “natural” que o conhecimento das conseqüências econômicas de uma determinada lei ou decisão seja sempre decisivo. De fato, as recomendações *normativas* feitas por praticantes de análise econômica precisam partir de um certo *critério* com base no qual os pares de decisões e estados de coisas – ligados por um vínculo causal que, no momento descritivo, a análise econômica pode nos ajudar identificar – serão ordenados.<sup>65</sup>

Portanto, mesmo que cada par alternativa de decisão/estado de coisas tenha sido adequadamente identificado, a decisão a ser tomada não “surge”. Ela é *escolhida* a partir de certos critérios que expressam uma determinada *preferência*, entendida como uma relação de ordenação de um conjunto de ações alternativas.<sup>66</sup> Como já observado acima, uma teoria pragmática da decisão judicial como a de Posner é compatível com *diversas* preferências. Existem múltiplos critérios para se identificar qual o *melhor* estado de coisas, e dizer qual desses critérios será utilizado já é dar um passo além da simples identificação das conseqüências – trata-se, enfim, de uma tomada de posição normativa.<sup>67</sup> Recorrer à análise econômica do Direito pode tanto ajudar um juiz pragmático a *identificar* os estados de coisas que podem ser gerados por certas decisões, como a fornecer um critério com base no qual seja possível *ordenar* as decisões possíveis e escolher a melhor – mas nada disso é de modo algum uma *implicação* de se adotar teoria normativa pragmática da decisão judicial.

A constatação de que o critério para escolher uma combinação de alternativa de decisão/estado de coisas já representa um passo além da simples “análise das conseqüências” nos leva a um terceiro problema – a distinção entre pragmatismo jurídico e conseqüencialismo. Na verdade, trata-se de um problema conceitual verdadeiramente espinhoso, ao contrario dos anteriores. De fato, se, por um lado, Posner, para mantermos nosso referencial, afasta um compromisso *a priori* com um determinado *critério* com base no qual o agente/juiz deve comparar diversas conseqüências possíveis e, assim, escolher a ação/decisão que produza (ou que tenda a produzir) tais conseqüên-

65 Não é por outro motivo que se fala em “análise econômica”, e não em “análise sociológica” ou “análise política”, para designar esse conjunto de estudos que 1) utilizam instrumentos econômicos para *descrever* as conseqüências (econômicas) da adoção de arranjos jurídicos, e, em alguns casos, também 2) recorrem a critérios econômicos para valorar positiva ou negativamente essas conseqüências e, assim, *prescrever* a adoção de determinados cursos de ação.

66 R. C. Soler & C. Venier “Racionalidad de las justificaciones conseqüencialistas en las decisiones judiciales”, *Isonomia*, n. 19, 2003, p. 29.

67 ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Mimeo*, 2006.

cias, por outro lado ele parece manter intacta a terceira característica do utilitarismo identificada por Amartya Sen (a estrutura “conseqüencialista” propriamente dita).

Como vimos acima, a “estrutura conseqüencialista” – indicação, avaliação das conseqüências de cada decisão, seguida da escolha da decisão que promova as *melhores* conseqüências – é em si independente da escolha do critério com base no qual as alternativas de decisão serão ordenadas, embora seja compatível, em certo sentido, com a combinação das três teses acima identificadas como centrais ao utilitarismo. Trata-se de uma possível aproximação entre o raciocínio conseqüencialista no âmbito da ética normativa e a teoria defendida por Posner. Contudo, Posner afirma que, ao contrário do conseqüencialismo, o pragmatismo jurídico não se preocupa apenas com as conseqüências imediatas da decisão *para as partes envolvidas* [*case-specific consequences*], mas também com os efeitos da decisão sobre o resto do sistema jurídico e até mesmo sobre a economia, o sistema político, etc [*systemic consequences*].

Esse argumento, porém, parte de uma concepção equivocada e simplista do que seria o conseqüencialismo como teoria ética normativa.<sup>68</sup> Trata-se apenas de uma *estrutura de raciocínio valorativo* que transforma a “correção” ou a “bondade” de uma ação em uma função da avaliação positiva ou negativa que se dê às suas conseqüências. Não há nada nesse conceito que restrinja “conseqüências” apenas aos efeitos mais imediatos da decisão sobre as partes. Posner insiste na diferenciação entre pragmatismo jurídico e conseqüencialismo afirmando que os juízes pragmáticos fazem na verdade uma espécie de “conseqüencialismo truncado”, pois não olham para *todas* as conseqüências de cada decisão possível, apenas para algumas delas – a ênfase será nas conseqüências para o caso concreto, exceto quando isso implicar conseqüências sistêmicas nocivas.<sup>69</sup> Contudo, na teoria de Posner, a razão para que os juízes não olhem para certas conseqüências é em si baseada em uma avaliação das conseqüências – isto é, a sociedade estará em uma situação *melhor* (por exemplo, quanto à previsibilidade necessária para o planejamento dos cidadãos) se os juízes não pensarem em *todos* os elementos possíveis para alcançar no caso concreto a *melhor* decisão.<sup>70</sup> Trata-se de um

68 Posner parece acreditar que a distinção entre “conseqüências imediatas” e “conseqüências sistêmicas” é uma de suas principais contribuições originais para o debate sobre a decisão judicial. Na verdade, essa distinção pode ser facilmente extraída dos debates, no âmbito da teoria moral, acerca de qual o “ponto focal” adequada para a avaliação moral conseqüencialista. Devemos pensar apenas nas conseqüências de cada ação espedido para a avaliação moral conseqüencialista. Devemos pensar apenas nas conseqüências de cada ação específica (que corresponderiam às conseqüências para o caso concreto de que fala Posner), ou nas conseqüências da generalização da nossa ação no caso concreto para toda a sociedade (as “conseqüências sistêmicas”)? No fundo, o que Posner parece estar fazendo é uma combinação de conseqüencialismo de atos e conseqüencialismo de regras, sem, porém, se comprometer com um meta-critério preciso para determinar quando seguir por um caminho ou pelo outro – o que, aliás, pode ser considerado um problema “operacional” de sua teoria. Sobre o tema, ver. S. Kagan, “Evaluative Focal Points”, *op. cit.*, 2003.

69 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, p. 65.

70 Esta leitura fundamenta-se em formulação de Joel Kupperman, segundo a qual as teses conseqüencialistas contemporâneas no âmbito da ética normativa envolveriam a aceitação da seguinte proposição: “[e]m qualquer situação na qual não seja verdade que o agente deva fazer o que terá melhores conseqüências, a razão para isso deve estar baseada em alguma avaliação das conseqüências” (“A Case for Consequentialism”).



raciocínio tipicamente consequencialista focado no respeito às regras. Assim, enquanto a justificativa para a colocação desses limites na atuação do juiz pragmático for uma razão pragmática, o pragmatismo jurídico de Posner continuará em sua essência indistinguível de uma recomendação para que os juízes adotem um raciocínio similar ao que exige o consequencialismo como teoria moral, com a complexidade adicional de que, em cada caso, eles devem pesar se é melhor agir como um consequencialista *de atos* ou *de regras*.<sup>71</sup>

#### III.4. A complexidade do pragmatismo jurídico do ponto de vista do juiz

Como se vê, uma teoria pragmatista não-ingênua como a de Posner procura ir além de simplesmente dizer aos juízes que “tomem as decisões com melhores consequências para a sociedade”. A aplicação da teoria pode gerar como resultado inclusive a necessidade de *não olhar para as consequências* da decisão em um caso específico, desde que isso se justifique por razões *prudenciais* e *práticas*, ligadas, por exemplo, a uma preocupação concreta com os efeitos sociais nocivos da falta de segurança jurídica. Assim, uma teoria normativa da decisão judicial que se pretenda verdadeiramente pragmática não pode limitar a análise de consequências ao caso que se tem diante de si. Para ser coerente com sua posição pragmática, o juiz precisa pensar *inclusive* nas consequências sistêmicas sociais possivelmente geradas por uma decisão pragmática neste caso específico. Isso porque, em qualquer caso no qual não seja verdade que o juiz deva adotar a decisão que terá melhores consequências, essa postura não-pragmática no curto prazo só pode ser justificada por uma razão pragmática de longo prazo. No mesmo sentido, e como Posner bem o percebe, uma teoria que oriente os juízes a olharem sempre para as consequências *mesmo sabendo que essa recomendação tem consequências sociais negativas* não merece ser chamada de pragmática.

O preço da complexidade e da sofisticação, porém, é a dificuldade de operacionalização. De fato, tantas são as possibilidades decisórias diferentes em cada caso, tantas são as informações que o juiz precisa considerar e sopesar, que precisamos de algum parâmetro mais confiável para que o julgador “navegue” entre a liberdade que o pragmatismo lhe confere e a responsabilidade que surge quando se liberta dos “mitos” do formalismo ingênuo. No caso de Posner, por exemplo, há uma tentativa de domesticar a complexidade que a sua teoria traz para o dia-a-dia da função jurisdicional: segundo o autor, o critério último para a tomada de decisão judicial em um programa pragmatista é a “razoabilidade”.<sup>72</sup> Talvez seja a única resposta que permanece

*American Philosophical Quarterly*, v. 18, n. 4, p. 305, oct. 1981, reimpresso em Phillip Petit (org.), *Consequentialism*. Aldershot (UK): Dartmouth, 1993).

71 Para uma defesa, entre nós, de um tipo de consequencialismo de regras cf. LEAL, Fernando A. R. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Mimeo*, 2006, cap. III.

72 *Idem*, p. 59.

acessível a alguém que já rejeitou explicitamente qualquer noção de “objetividade” como incompatível com o próprio Direito.<sup>73</sup> Posner reconhece que seu critério de “razoabilidade” não é conclusivo, mas garante que isso não chega a ser um problema. Ou melhor: trata-se de um problema *insolúvel*, que toda teoria normativa da decisão judicial precisa enfrentar e para o qual toda e qualquer resposta será invariavelmente precária.<sup>74-75</sup>

É por esse mesmo motivo que uma teoria pragmática da decisão judicial consistente não pode ser simplesmente um complemento *ad hoc* para o formalismo jurídico, ou para qualquer outra teoria normativa da decisão judicial. Não se trata, por exemplo, de afirmar que, “se nos ‘casos difíceis’ é inevitável que o juiz crie o direito, então é desejável que ele o faça tendo em vista as conseqüências de sua criação para a sociedade”, de forma similar à clássica teoria de Herbert Lionel Adolphus Hart.<sup>76</sup> Na concepção de Hart, em “casos de penumbra” – nos quais as normas pertinentes não determinam um único resultado, devido à “textura aberta” da linguagem com que são construídas – o critério de tomada de decisão é necessariamente *extrajurídico* – moral, econômico, político etc. Nessas ocasiões, que são a exceção no cotidiano do magistrado, a situação que se verifica é aquela descrita pelos realistas jurídicos: as regras jurídicas *não determinam* a decisão do juiz, que recorrerá inclusive a palpites, suposições, intuições etc para resolver o caso. Segundo Posner, embora a “legislação judicial” que

73 POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 7.

74 Em suas próprias palavras: “Não existe um algoritmo capaz de atingir o equilíbrio perfeito entre estado de direito e conseqüências em um caso específico, entre continuidade e criatividade, entre o curto e o longo prazo, o sistêmico e o particular, regra e ‘standard’. Na verdade, não ha muito mais que possa ser dito ao juiz que queria ser pragmático alem de ‘tome a decisão mais razoável que puder, levando todos os fatores pertinentes em consideração’.” Cf. POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, p. 64 (tradução livre).

75 Ainda que o critério seja precário como ferramenta de racionalidade para as decisões, o simples fato de haver um *standard*, ainda que geral, é julgado importante, para Posner, como meio de marcar as diferenças entre o pragmatismo jurídico e o ceticismo do realismo jurídico. Na descrição das teses de Posner oferecida por Knight e Johnson (KNIGHT, Jack e JOHNSON, James. “Political Consequences of Pragmatism”, *Political Theory*, vol. 24, nº 1, fevereiro 2006), para um pragmático, discricionariedade judicial não implica ativismo judicial; para um realista, discricionariedade é igual a ativismo. Para Posner, o pragmatismo não tem qualquer inclinação política, ao contrário da tendência de centro-esquerda que caracterizava o realismo. Como visto, o pragmatismo é só um método e, portanto, politicamente neutro. Além disso, argumenta o autor, o ceticismo dos realistas impede a consideração (i) da importância das regras e sua eficácia para estabilizar as expectativas das pessoas e (ii) do diferente papel e restrições a que estão sujeitos juizes e legisladores, vistos pelo realismo como funcionários da mesma estirpe. Finalmente, o que marca a diferença entre pragmatismo e realismo é a deficiência metodológica deste último. Há uma ausência total de método na abordagem realista da adjudicação, ao contrário do aporte econômico e estatístico usado por muitos pragmáticos – Posner inclusive – em suas teorias normativas da decisão. Sendo, talvez, excessivamente caridoso com a versão pragmatista de Posner, é possível dizer que uma “lógica do razoável” subjaz às suas preocupações teóricas, ainda que Posner não se esforce, como já frisamos, em definir precisamente o que seja uma decisão “razoável” – embora destaque o papel de ferramentas prático-racionais como o raciocínio analógico e o uso adequado dos precedentes e de seus princípios norteadores. Cf. POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 455ss.

76 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*, *op. cit.* especialmente cap. VII. STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ocorre nos casos em que o juiz teria “poder discricionário” seja sem dúvida compatível com o que prega o seu pragmatismo jurídico, Hart só vê metade da história: ele limita a atuação pragmática do juiz aos casos de penumbra.<sup>77</sup>

O pragmatismo jurídico não seria, portanto, um simples “critério de desempate” para casos nos quais as fontes convencionais do direito se esgotam e não podem fornecer orientação decisiva sobre a sua aplicação ou não. Como já observado, mesmo quando age “como se” fosse um formalista, o juiz pragmático ainda mantém a análise das conseqüências como critério último para a tomada de decisão, pois a única justificativa aceitável para aplicar uma regra jurídica quando a sua não-aplicação pudesse gerar resultados melhores precisa ser também *conseqüencialista* – no caso, a proteção da segurança jurídica. Ao contrário da “metade formalista” da teoria de Hart, o juiz pragmático interpreta e aplica as normas em seu sentido textual mais evidente apenas porque essa estratégia produz resultados sociais interessantes. Nas palavras de Posner:

Os recursos convencionais da decisão judicial não têm prioridade absoluta sobre outras fontes de informação relativas às possíveis conseqüências de decidir um caso desta ou daquela maneira. Em casos nos quais as conseqüências não são catastróficas ou absurdas, costuma ser razoável seguir o sentido mais evidente do texto legal ou contratual para proteger expectativas e preservar a linguagem ordinária como um efetivo meio de comunicação. Mesmo nesses casos, porém, como eu tenho me esforçado para enfatizar, a base da decisão continua sendo pragmática.<sup>78</sup>

#### IV. Decisão jurídica e meta-estratégias (ou decidindo sobre como decidir)

Até o momento, nossa investigação sobre a definição do que significa decidir pragmaticamente reconhece que uma atitude decisória tipicamente pragmática não procura justificar decisões para casos específicos em algum tipo de necessidade permanente de referibilidade ao material jurídico preexistente. Não há, em outras palavras, um compromisso necessário com a manutenção de algum nível de coerência – global ou local<sup>79</sup> – entre a decisão e o sistema jurídico no âmbito do qual ela se enuncia – exceto se for possível justificar a importância de se preservar a coerência em algum juízo baseado em conseqüências. Posner, com seu complexo modelo pragmático de

77 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., pp. 80-82.

78 POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., p. 82. Grifos adicionados.

79 LEVENBOOK, Barbara Baum. “The Role of Coherence in Legal Reasoning”, in *Law and Philosophy*, nº 3, 1984. BERTEA, Stefano. “The Argument from Coherence: Analysis and Evaluation”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, nº 3, pp. 369-370. SORIANO, Leonor Moral. “A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice”, in *Ratio Juris*, vol. 16, nº 3, setembro 2003, pp. 296-323.

decisão, que permite o afastamento de posturas preocupadas com as melhores conseqüências para casos específicos se tal atitude puder ser justificada em termos igualmente conseqüencialistas, parece ter deixado suficientemente assentada essa possibilidade. No momento, nosso objetivo é aprofundar as truncadas relações entre a defesa do pragmatismo e um modelo de decisão judicial que possa partir da inconveniência prática de se olhar para as conseqüências das decisões em cada caso.

Como visto, o endosso do pragmatismo como teoria normativa da decisão judicial parece gerar uma aparente tensão entre o que determina um dos seus pilares mais importantes – o compromisso com as conseqüências – e a possibilidade de em casos específicos (a) o tomador de decisão não analisar todas as conseqüências vinculadas a cada um dos possíveis “caminhos decisórios” ou mesmo (b) tomar uma decisão convencionalista ou tipicamente formalista. E por que isso acontece? Segurança, previsibilidade, certeza, objetividade e tantas outras virtudes reconduzíveis à noção de Estado de Direito apareceram como razões favoráveis à adoção de estratégias não propriamente conseqüencialistas no julgamento de casos concretos, justificando posturas “como se”, para usarmos a expressão de Dworkin, adotadas por juízes ditos pragmáticos. Mas, ainda assim, uma questão permanece: como relacionar algum tipo de deferência à coerência do sistema com uma teoria de decisão jurídica que se afirma, em princípio, descompromissada com o passado? Resta-nos, no momento, esclarecer como essa contradição existente entre a afirmação de uma atitude pragmática por parte de tomadores de decisão e o tipo de decisão proferida em casos pontuais – às vezes estritamente formalista – pode ser considerada meramente aparente. Ao contrário do que descreve Dworkin, essa atitude não é necessariamente o resultado de um mero estratagema para o atingimento de fins que o próprio aplicador do direito se impõe como relevantes.

A resposta para o problema parte de uma análise mais aprofundada daquilo que pode significar o *alcance justificado das “melhores conseqüências” com o mínimo de rigor metodológico*.

“Busque as melhores conseqüências” é um comando de largo alcance e, não raro, realizá-lo pode depender do acesso e do processamento de um número elevado de informações. Afinal, juízos amparados em análises prospectivas lidam quase sempre com *possíveis* conformações da realidade, a partir das quais aquele que deve tomar uma decisão justifica o caminho a seguir. Por tal motivo, o processo de tomada de decisão de um pragmatista é considerado *racional* apenas no momento em que uma certa alternativa de decisão é escolhida *porque* é capaz de produzir um certo “estado de coisas” no qual um certo valor ou um conjunto de valores é promovido na maior medida possível, se comparado com outros possíveis desenhos da realidade atrelados a outras possíveis escolhas.

Sem embargo, nem sempre será possível superar completamente o componente de *incerteza* subjacente ao processo de tomada de decisão sugerido. Se, por exemplo, um ministro do Supremo Tribunal Federal pretende sustentar a inconstitucionalida-

de de uma norma porque ela restringirá ou impedirá a realização de certos princípios caros ao constituinte originário, se comparada com a outra alternativa que se lhe apresenta (a declaração da constitucionalidade da mesma norma), o processo de justificação pode não ser simples e imediato. Afinal, como garantir que o estado de coisas relacionado à escolha jurisdicional se realizará de fato – ou mesmo que poderá ocorrer com uma elevada probabilidade?<sup>80</sup> Sem a superação desse ônus de fundamentação, parece “frouxo” ou incompleto o resultado que se pretende justificar.

Mas de que ônus estamos falando? Em princípio, é possível também estender ao pragmatismo jurídico o mesmo tipo de problema já percebido em teorias de interpretação e aplicação do direito reconhecidamente “convencionalistas”, ou seja, aquelas que trabalham essencialmente com juízos fundados sobre análises *retrospectivas*, como propostas fortes de busca por coerência ou um modelo que imponha a busca pela ótima composição entre princípios em colisão. De uma forma simplificada e reducionista, é possível descrever o citado problema em termos da possibilidade de existência e identificação de uma “única resposta correta”, no vocabulário corrente das teorias do raciocínio jurídico tipicamente *retrospectivas*, ou de alcance e pertinência de decisões que tendem a *maximizar* a promoção de certos valores, nos termos do linguajar corrente das análises *prospectivas*, típicas de posturas *consequencialistas*. Em ambos os casos, presume-se que a correção das decisões dependeria de juízos que levem em conta todos os fatores possivelmente envolvidos [*“all things considered”*], ainda que esse conhecimento só possa ser atingido com um gasto virtualmente infinito de recursos.

Neste momento, para além das questões importantes relacionadas à existência e cognoscibilidade das melhores respostas para cada problema específico de decisão, a questão a ser respondida diz respeito à racionalidade de buscá-las *sempre*. Nos domínios do raciocínio jurídico pragmatista, o problema se reduz a saber se os benefícios vinculados à busca incessante pelas melhores *consequências* em cada caso concreto

80 Em certo sentido, o que se discute pode ser percebido no julgamento da ADI nº 2130-2, em que o Supremo Tribunal Federal apreciou, em sede cautelar, a constitucionalidade da Lei nº 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a consumidores com mais de 60 anos na compra de medicamentos. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio tentou justificar a inconstitucionalidade da norma recorrendo, nos seguintes termos, aos efeitos possíveis da decisão contrária (declaração de constitucionalidade): (...) *Essa intervenção do Estado, a meu ver, diverge das normas básicas da Constituição Federal. Trata-se, sob a minha óptica e com a devida vênia dos colegas – torno a ressaltar o alcance social do diploma -, de uma interferência no domínio econômico, que discrepa, principalmente, do artigo 174 da Carta da República. De qualquer forma, de duas, uma: ou a farmácia arcará com o ônus do desconto ou majorará os preços dos remédios, ficando apenas toda a população. Por isso, peço vênia – principalmente numa época em que se busca preservar a estabilidade da moeda, afastando-se do cenário jurídico o aumento de preço – para deferir a liminar.* (g.n.) De fato, admitindo-se a correção em tese do argumento, a força da razão apresentada diminui sensivelmente quando o ministro deixa as portas abertas para a apresentação de perguntas tais quais: “como o senhor sabe que acontecerá um dos dois estados de coisas?”, “é mais provável que ocorra, se a norma for declarada constitucional, a primeira ou a segunda conformação da realidade?”, “se a lei for considerada constitucional, não superaríamos os benefícios os custos impostos aos donos dos estabelecimentos?”.

superam, no limite, os custos relacionados à tentativa de alcançar respostas maximizadoras para cada um dos mesmos, ainda que o componente de incerteza seja alto.

A solução para a equação passa pela constatação de que atores diante de problemas recorrentes e complexos de decisão costumam fazer meta-escolhas anteriores ao momento de tomada de uma decisão específica, reduzindo os seus ônus de escolha ou a possibilidade de erro.<sup>81</sup> Um pai, por exemplo, em vez de decidir caso a caso se o horário em que os seus filhos retornam a noite é ou não razoável, ponderando com quem eles estavam, para onde foram, se havia algo relevante a ser feito na manhã seguinte, os riscos de permanência fora do lar por longo período de tempo, o próprio grau de satisfação dos filhos e tantos outros fatores, pode simplesmente definir um padrão *ex ante* de conduta que facilitará o seu processo decisório ao fixar que os filhos devem sempre retornar até a meia-noite. Essa “mecânica” quase que intuitiva de raciocínio tão comum em diversas situações é justificada pela noção de que a racionalidade de buscar, em cada caso concreto, as alternativas de decisão que promovem os melhores estados do mundo depende, em diversos casos, da definição de estratégias a respeito de como decidir, ou, em outros meios, meta-decisões ou *decisões de segunda ordem*.

Decisões de segunda ordem, como dito, são decisões sobre decisões, no sentido em que se centram sobre a fixação das estratégias de decisão capazes de reduzir os problemas gerais vinculados a decisões de casos específicos (decisões de primeira ordem). Por definição, segue-se claramente o caráter contingente das meta-estratégias de decisão, uma vez que a existência dos referidos “problemas gerais” depende decisivamente do *contexto* no âmbito do qual as decisões de primeira ordem devem ser tomadas.

Nesse sentido, é possível afirmar que o grande equívoco das teorias de interpretação que têm a pretensão de universalidade está no modo relativamente negligente como encaram dois importantes pontos: as *capacidades institucionais* dos competentes tomadores de decisão e os *efeitos dinâmicos* relacionados à adoção de uma determinada decisão de segunda ordem em um dado cenário.<sup>82</sup> É preciso, para levar a sério o primeiro, conhecer as distintas habilidades e limitações de cada instituição e, daí, buscar o método (normativamente) mais apropriado para o seu processo de tomada de decisões. O Senado Federal, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, a Câmara dos Deputados, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e autarquias como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica<sup>83</sup> (CADE), por exemplo, têm restrições, possibilidades de conhecimento técnico, condições de processamento de informações e compromissos políticos diferentes, que não justificariam

81 SUNSTEIN, Cass R.; ULMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*. *op. cit.*, p. 187.

82 SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. “Interpretations and Institutions”. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, nº 156 (2d Series), Public Law and Legal Theory Working Paper nº 28, p. 2.

83 Sobre as possibilidades probatórias e os limites da fixação do peso relativo de argumentos econométricos e de teoria dos jogos nos processos de investigação e decisão no direito da concorrência veja-se SCHUARTZ, Luis Fernando. “Haverá Lugar Digno para o “Jurídico” na Teoria e Prática do Direito Antitruste?” in *Revista do IBRAC*, vol. 13, nº 2, 2006.

a adoção de uma única teoria para todos ou a desconsideração *a priori* de um modelo de decisão adotado por um deles. É preciso afastar, em certa medida, a pressuposição ideal assente em teorias como as de Dworkin, Posner<sup>84</sup> e tantos outros de um juiz detentor de capacidades heróicas e, como corolário, uma visão enviesada das capacidades de outros intérpretes e órgãos com competência normativa.<sup>85</sup> No segundo caso (consideração dos efeitos dinâmicos), é preciso considerar as conseqüências para os atores públicos e privados do endosso de diferentes teorias por certas instituições. A questão de fundo é: quais são as possíveis conseqüências atreladas à adoção de uma específica postura decisória relativamente a outras possíveis? No caso das estratégias de decisões pragmáticas, em termos bem simples, devem-se considerar as conseqüências relacionadas à busca pelas melhores conseqüências. Afinal – e este é um pressuposto fundamental para as próximas conclusões –, nem sempre as melhores conseqüências podem ser *diretamente* alcançadas.<sup>86</sup>

#### IV.1. Custos e estratégias de segunda-ordem

Já disse o ex-ministro Nelson Jobim que “tão importante quanto proferir uma decisão correta é proferi-la em tempo oportuno e de forma eficaz. (...) Há que não negligenciar os *custos*, a equidade e o acesso para os cidadãos”.<sup>87</sup> O que isso exatamente significa?

Antes de tudo, é importante destacar que a expressão “custos”, nos limites deste texto, não se restringe a uma abordagem econômico-financeira, mas se aplica a todas

84 Para uma defesa desse ponto de vista, cf. ARGUELHES, Diego Werneck, *op. cit.*, pp. 185-186: “Embora não tenha criado seu próprio Hércules, Posner inadvertidamente deixa transparecer que a sua teoria também tem um juiz como personagem principal – ele mesmo. Podemos chamá-lo de “Juiz Richard”. Apenas para fins de argumentação, digamos que o “Juiz Richard” esteja *mais próximo de um arcanjo que um juiz jamais esteve*. Mesmo nesse cenário, faria sentido deixá-lo decidir se e quando obedecerá o direito e adotará a estratégia do “como-se”, descrita por Dworkin, e quando se afastará dos precedentes e da lei para garantir conseqüências excepcionalmente melhores? Vejamos. A princípio, parece melhor para o seu país e para a sua comunidade deixá-lo livre da obediência às decisões políticas do passado, podendo sempre e em cada caso fazer a partir do zero todos os cálculos e experimentos mentais necessários para pesar as razões pragmáticas ligadas ao caso e as razões ligadas a efeitos sistêmicos. Contudo, mesmo supondo que o “Juiz Richard” nunca cometa erros em seus julgamentos baseados em argumentos de *policies* (o que é impossível), o que pode ser dito das capacidades institucionais dos *outros* juízes encarregados de aplicar o direito com base em sua teoria? Quantos semi-arcangjos como o “Juiz Richard” existiriam no Judiciário americano? Posner acredita que, devido ao seu processo rigoroso de seleção, incluindo requisitos de idade e experiência profissional, as Cortes de Apelação norte-americanas podem ser vistas como “conselhos de anciões”, nos quais a comunidade pode confiar (POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, pp. 64ss). Ainda que isso fosse verdadeiro para os Estados Unidos, e não apenas uma idealização, não temos razões empíricas suficientes para confiar aos magistrados brasileiros o poder de transitar livremente entre a perspectiva de quem decide dentro de instituições e a perspectiva de quem decide como desenhar as instituições. Muito menos de *incentivá-los* a utilizar esse poder”.

85 SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. “Interpretations and Institutions”, *op. cit.*, p. 3.

86 ALEXANDER, Larry. Pursuing the Good-Indirectly. in *Ethics*, vol. 95, n. 2, pp. 315-332, jan. 1985.

87 Discurso do presidente do STF, ministro Nelson Jobim, na “Mensagem ao Congresso Nacional na abertura da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura”, 2006, pp. 3-4. Disponível em <www.stf.gov.br>.

as dificuldades do mundo real em termos de imprevisibilidade e resultados que se seguem de uma ou outra estratégia interpretativa. Tempo, dinheiro, impopularidade, ansiedade, agitação, remorso antecipado, culpa, vergonha e sujeição à pressão de diversos grupos são exemplos do que pode estar por trás do termo “custos”.<sup>88</sup> Entre todas as formas de identificação, no entanto, interessa-nos particularmente os conceitos de “custos de decisão” e de “custos de erro”. Por “custos de decisão” (*decision costs*) entendem-se os custos envolvidos para se tomar uma decisão (em termos bem simples “encontrar o resultado”), um tipo de custo enfrentado por tribunais e por cidadãos, que têm de investir recursos nesse processo; já os “custos de erro” (*error costs*) envolvem a quantidade e a magnitude dos erros que possam advir de uma decisão.<sup>89</sup>

Superada a digressão, a frase aparentemente enigmática do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal deixa claro que mesmo um juiz preocupado com a tomada de decisões corretas do ponto de vista das conseqüências não deve olvidar o contexto de elevada incerteza que cerca juízos prospectivos complexos. Os recursos necessários para um exercício especulativo fundamentado não são poucos e, ainda assim, a chance de se produzir resultados diferentes daqueles que sejam realmente os melhores é alta. Daí a pergunta: se o risco de erro é tão alto, será que vale sempre a pena investir o máximo possível na decisão de cada caso? A resposta é, na grande maioria dos casos, negativa. De fato, ainda que sem dados concretos, comparadas duas a duas, as estratégias pragmáticas comprometidas com a escolha das alternativas de decisão que promovem sempre as melhores conseqüências implicam maiores custos de decisão e, *a fortiori*, também de erro, que posturas menos ambiciosas. Esse é um impacto sistêmico que não deve ser descartado.

Por tal razão, parece claro que a consideração dos custos envolvidos nos processos decisórios estampa a impossibilidade de se trabalhar *sempre* – em um mundo de recursos e de capacidade de conhecimento limitados e em um sistema jurídico que não se ampara exclusivamente sobre alguma noção utópica de certeza, o que sugeriria a impossibilidade de trabalho com resultados *subótimos* no Direito – com estratégias interpretativas *maximalistas*, ou seja, que buscam permanentemente a melhor interpretação para cada caso concreto, consideradas todas as possibilidades de ação.<sup>90</sup> Teorias maximalistas não levam a sério – ou simplesmente desconsideram – os constrangimentos decorrentes da busca pela quantidade necessária de informação para se obter a melhor alternativa de ação. Além dos custos de decisão e das chances de erro, em qualquer processo decisório, por exemplo, a pesquisa por mais dados capazes de criar novas combinações e novos resultados envolve custos crescentes de oportunidade, de tal modo que, a partir de certo ponto, tornam inviáveis a empreitada: o mais

<sup>88</sup> SUNSTEIN, Cass R.; ULMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*, *op. cit.*

<sup>89</sup> SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically? *The University of Chicago Law Review*, [S.l.], [s.n.], summer 1999, p. 647.

<sup>90</sup> VERMEULE, Adrian. “Three strategies of interpretation”. in *Chicago Public Law and legal Theory Working Paper*, [S.l.], [s.n.], nº 75, out. 2004, pp. 1-5.



racional passa a ser alocar tais recursos em outras atividades – no caso do Judiciário, por exemplo, na solução de outros processos. Isso é ainda mais decisivo em um contexto como o nosso, no âmbito do qual são distribuídos anualmente cerca de 17,3 milhões de processos.<sup>91</sup> Uma estratégia de interpretação consciente das limitações empíricas de decisão não deve negligenciar os efeitos sistêmicos relacionados a um aumento sensível de custos. O que se deve buscar em cada caso é, consideradas as restrições, a melhor interpretação possível, i.e., uma solução maximalista de segunda ordem ou indireta – ou seja, a que busca uma *maximização global* que implique resultados inferiores à apontada pela aplicação da estratégia maximalista no caso concreto.<sup>92</sup> Se o argumento pode ser considerado correto, a conclusão permite-nos buscar outras estratégias de interpretação. Duas serão consideradas.

Para estratégias interpretativas de *otimização*, a resposta mais adequada para um problema envolve necessariamente a ponderação dos custos de erro e de decisão envolvidos na busca por uma solução. Para o estilo *satisfatório*, uma segunda alternativa anti-maximalista de decisão, os aplicadores, em vez de se orientarem pela melhor resposta (ainda que esteja considerada nos limites das restrições empíricas e institucionais), orientam-se pela seleção da interpretação apresentada como boa o suficiente.<sup>93</sup> Geralmente, decisões fundadas em decisões prévias usam modelos satisfatórios. A aplicação de uma regra, por exemplo, dispensa, *prima facie*, o conhecimento de algum conjunto de elementos que contenha todas as circunstâncias relevantes ou mesmo um conjunto ótimo, considerados os custos envolvidos, mas considera a mera identificação dos elementos presentes no predicado fático da norma. A presença desses elementos basta para que a decisão seja tomada.

Embora a otimização e a satisfação sejam estratégias de decisão de segunda ordem, elas diferem porque pressupõem distintas regras de parada, ou seja, regras que determinam quando novas informações passam a não ser mais importantes para a tomada de decisão. Quem adota a otimização como estilo deve parar quando o benefício marginal de encontrar uma opção melhor, considerada a probabilidade de achar uma opção dessas, é igual ou menor ao custo adicional de continuidade da busca.<sup>94</sup> Em outras palavras, o tomador de decisão está preocupado em saber se continuar buscando uma resposta melhor que a disponível em um dado momento compensará os custos que envolvem, por exemplo, a produção de mais uma prova ou o aumento do tempo para a proferição do resultado. Já uma estratégia satisfatória tem como regra de parada o momento em que é encontrada uma opção boa o suficiente. A partir desse ponto, não se investe mais. Ambas as estratégias são mais realistas e, embora em alguns casos possam convergir no mesmo sentido, nem sempre apontarão para a

91 São dados de 2003 do *Diagnóstico do Poder Judiciário*, divulgados pelo Ministério da Justiça em 2004. Disponíveis em <www.mj.gov.br>.

92 VERMEULE, Adrian. *Three strategies of interpretation*. *op. cit.*, p. 5.

93 Idem, *ibid.*, pp. 2-3.

94 VERMEULE, Adrian. *Three strategies of interpretation*, *op. cit.*, p. 6.

mesma opção. É preciso saber qual delas, consideradas suas virtudes e limitações, é a mais adequada para satisfazer os reclames de um Estado democrático de Direito. A busca pela opção satisfatória, certamente, está sujeita a decisões arbitrárias. Afinal, como é possível saber se uma decisão é satisfatória para determinado problema? Ao mesmo tempo, contudo, a busca por otimização se submete a um novo problema: como determinar o valor de uma nova informação? Se a otimização é a estratégia que considera adequada a solução que envolve custos que não excedem os benefícios obtidos pelo próprio processo de obtenção da decisão, como chegar até o melhor resultado possível se o valor de uma nova informação só pode, em muitos casos, ser definido depois que se obtém a informação?<sup>95</sup>

Ainda que objeções possam ser feitas, parece que a consideração dos custos e das capacidades de descoberta, assimilação e processamento de informações por parte de quem decide em um dado contexto institucional torna preferível uma decisão de segunda ordem a julgamentos sempre detalhados em todos os casos. Isso porque a tentativa de antecipação das conseqüências atreladas à adoção de uma estratégia de decisão específica, como uma forma de fixar o ônus de decisão, é uma forma de reduzir, no tempo, possíveis erros e os custos envolvidos no processo decisório marcado por informações limitadas. Daí porque nem sempre as melhores conseqüências são alcançadas diretamente por meio da adoção de estratégias conseqüencialistas de primeira ordem, ou caso a caso. Nesse sentido, embora pareça *prima facie* estranho, estratégias de primeira ordem formalistas, em termos de suas conseqüências, podem ser preferíveis a posturas conseqüencialistas, o que justifica, como dito acima, a atuação de um juiz pragmatista “como se” fosse um formalista.

#### IV.2. Pode um pragmático ser formalista? (um caso especial de decisão pragmatista de segunda ordem)

A possibilidade de um juiz que se reconheça um conseqüencialista adotar, nos julgamentos de casos específicos, uma postura formalista certamente não é intuitiva, embora justificável nos limites da própria estrutura de racionalidade em duas etapas, com três elementos, que marca o pragmatismo decisório (identificação de alternativas de decisão, das conseqüências atreladas a cada uma das alternativas e a eleição, preferencialmente justificada, de um critério de preferência capaz de ordenar as citadas conseqüências). No momento, nosso objetivo é mostrar como essa relação aparentemente antagônica – também presente na concepção pragmatista de Posner – pode se justificar como uma estratégia conseqüencialista de segunda ordem.

Na verdade, a compreensão adequada das relações entre conseqüencialismo e formalismo depende da solução de uma intrincada equação que envolve a consideração (i) dos custos vinculados à possibilidade de erro na busca por decisões que promo-

<sup>95</sup> Ibid., pp. 18-19.

vam sempre as melhores conseqüências, (ii) dos custos associados à busca pela quantidade de informações necessárias para que o juiz possa tomar aquelas decisões, (iii) da consideração da oportunidade de investir escassos recursos na busca permanente pelos melhores resultados, ainda que a probabilidade de erro não seja baixa, e (iv) da definição de estratégias de decisão a respeito de posturas de decisão caso a caso mais adequadas (iv.i) para reduzir os problemas intrinsecamente relacionados a um modelo decisório tipicamente pragmatista e (iv.ii) para lidar adequadamente com as capacidades das instituições no âmbito das quais as decisões são tomadas (uma típica decisão de segunda ordem). Eis porque já dissemos que levar a sério as propostas de um modelo não ingênuo de pragmatismo jurídico, do ponto de vista do tomador de decisão, pode ser algo complexo.

Antes de tudo, parece importante esclarecer que o termo “formalismo”, tal qual pragmatismo e tantos outros, não significa muita coisa, pois comporta várias teses, muitas logicamente independentes.<sup>96</sup> Assim como os teóricos da escola de Exegese francesa no Século XIX, também são considerados formalistas nomes como Frederick Schauer<sup>97</sup> e o Justice Antonin Scalia, da Suprema Corte dos EUA.<sup>98</sup> Uma das faces do formalismo – talvez a que imediatamente venha à mente dos operadores do direito quando são chamados a descrevê-lo – parte de uma perspectiva *dedutivista* da aplicação das normas jurídicas, por meio da qual se percebe o processo adjudicatório como essencialmente mecânico. Suas estratégias são simples: promover a adequação com todas as formalidades legais aplicáveis (façam ou não sentido no caso concreto), assegurar, no geral, a aplicação das regras (ainda que sua aplicação faça pouco sentido no caso específico) e constranger a discricionariedade judicial.<sup>99</sup> É claro que uma postura formalista extremada, como a que descreve o processo de tomada de decisão jurídica nos termos de um silogismo, é falaciosa diante de certos elementos. Só para nos referirmos a um único problema, questões de vagueza lingüística demandarão elementos de interpretação que estarão para além do próprio texto. E a extração da conclusão também não se seguirá lógico-dedutivamente do predicado fático da regra.

Cass Sunstein traz um exemplo que coloca essa descrição estrita do formalismo jurídico em xeque. Nos EUA, a *Delaney Clause* prevê que um corante qualquer não

96 Sobre o tema, vide STRUCHINER, Noel. Formalismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, pp. 363-366, e, do mesmo autor, o artigo desta coletânea “Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A Dignidade [Contingente] do Formalismo Jurídico”.

97 SCHAUER, Frederick. “Formalism”, in *Yale Law Journal*, v. 97, 1987, pp. 509-548.

98 SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

99 SUNSTEIN, Cass R. “Must Formalism Be Defended Empirically?” *The University of Chicago Law Review*. Summer 1999, p. 638. É claro que uma postura formalista extremada, como a que descreve o processo de tomada de decisão jurídica nos termos de um silogismo, é falaciosa diante de certos elementos e será, por isso, desde já, descartada. Só para nos referirmos a um único problema, questões de vagueza lingüística demandarão elementos de interpretação que estarão para além do próprio texto. E a extração da conclusão também não se seguirá lógico-dedutivamente do predicado fático da regra.

deve ser usado se, após a realização dos testes apropriados, o órgão de saúde achar que o elemento pode induzir câncer se ingerido pelo homem ou por animais. O referido órgão permite o uso do aditivo, ainda que cancerígeno, se o risco de contrair câncer for igual ou maior a uma chance em um milhão. Isso, segue o autor, significa nove vezes menos do que o risco de adquirir câncer através da ingestão de um único amendoim, com os níveis permitidos de aflatoxinas, uma vez a cada duzentos e cinquenta dias, ou ficar exposto ao ar poluído por dezessete horas por ano em Denver em vez de permanecer no distrito de Columbia. A questão é simples: violou a secretaria de saúde a *Delaney Clause*?<sup>100</sup> A leitura estrita do enunciado da regra permite concluir que a regulamentação foi ilegal? Como resolver casos como esse? A resposta dada pela descrição mais comum do que se entende por “formalismo”, i.e., uma postura de decisão que concebe o processo de aplicação de normas jurídicas como o produto de uma dedução “automática” que tem como ponto de partida o enunciado de uma regra, certamente não será suficiente para solucionar o problema. Mas as limitações de uma versão específica do que seja formalismo não significa necessariamente que não se possa oferecer uma saída tipicamente *formalista* para casos como esse. Fugir da associação reducionista tal qual apresentada é exatamente o ponto de partida para que se possa compreender adequadamente as relações entre pragmatismo e formalismo.

De uma forma geral, aceitaremos que o formalismo percebe o direito como *autônomo*, no sentido de independência a considerações políticas e/ou morais profundas, e *retrospectivo* (*backward-looking*), de tal sorte que busca fundar qualquer decisão no sistema normativo preexistente vigente em determinada comunidade. Formalistas sensíveis a dificuldades típicas que envolvem a aplicação de normas – especialmente regras – certamente tentarão reconduzir suas soluções ao sistema e darão ênfase à justificação interna,<sup>101</sup> tentando, por exemplo, “salvar”, no último caso, a decisão do órgão regulamentador. Na verdade, se considerarmos que em certos problemas a resposta para uma questão jurídica qualquer pode ser diretamente extraída do tecido normativo – especialmente quando o material jurídico preexistente é composto por diversos princípios e comandos vagos –, parecem desnecessárias considerações mais profundas a respeito de propostas pragmáticas de decisão. Afinal, se grande parte das soluções podem ser reconstruídas a partir de raciocínios que partem de elementos disponíveis antes da tomada de decisão, por que não ser, em todos os casos, um formalista no sentido apresentado, independentemente de considerações de segunda-ordem? A consideração dessa possibilidade, na verdade, antes de decretar a irrelevância das tentativas de conciliar formalismo e pragmatismo, apenas deixa claro que a verdadei-

<sup>100</sup> Idem, *ibid.*, p. 637.

<sup>101</sup> Por meio da justificação interna avalia-se se um determinado juízo decorre logicamente das premissas, ao passo que, pela justificação externa, busca-se exatamente a fundamentação das premissas a partir das quais se desenvolvem os silogismos. Vide ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2003, p. 39.

ra questão a ser enfrentada não é “ser ou não um formalista?”, mas “que grau de formalismo [é desejável]?”.<sup>102</sup>

A mesma pergunta se coloca em relação a outra posição convencionalista, que chamaremos de coerentismo. Trata-se de uma postura que enfatiza o postulado da *coerência* no direito, ou seja, a idéia (ampla) de que a multiplicidade de normas de um sistema jurídico deve fazer sentido quando consideradas em conjunto.<sup>103</sup>

O coerentismo, que tem na concepção de *integridade* de Dworkin<sup>104</sup> sua mais famosa expressão, não é tão rígido quanto o formalismo, embora também seja retrospectivo. O ponto de referência será sempre o sistema ou qualquer conjunto cujos elementos são previamente conhecidos, o que permite certos temperamentos nas estratégias fulcrais do tipo de formalismo com o qual estamos acostumados (respeito ao procedimento, aplicação opaca das regras e contenção absoluta da discricionariedade judicial). Decisões que afastam regras incidentes ou que revogam precedentes, por exemplo, são plenamente admissíveis, desde que o aplicador demonstre que a nova solução que dá ao problema é a que melhor se reconduz ao sistema preexistente. Basta que ele leve a sério a carga de argumentação que deve sobrepujar, pois, em favor da aplicação da regra e do precedente incidentes haverá sempre outras razões, como as de eles trazerem certeza, equidade, eficiência, estabilidade e o fato de serem ferramentas para a distribuição do poder em um Estado democrático de direito.<sup>105</sup> Ainda assim, marcadas as diferenças, a provocação de Sunstein persiste: quando será racional adotar uma estratégia especificamente convencionalista, como o formalismo?

A resposta dada é totalmente consistente com as bases do pragmatismo jurídico: o formalismo pode, sim, ser defendido, mas *empiricamente*, especialmente nos termos de

102 SUNSTEIN, Cass R. “Must Formalism Be Defended Empirically?”, *op. cit.*, p. 640.

103 MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 152. Para esse tipo de postura, a melhor interpretação para resolver um problema jurídico é a que melhor “se encaixa” no sistema, consideradas todas as normas que o integram. Se há dúvida, por exemplo, sobre o sentido ou aplicabilidade de uma regra num contexto específico, a referência a um princípio (que informa aquele sistema) pode ser decisiva para explicar como ela deve ser entendida. Da mesma forma, o trabalho com princípios envolve a tentativa de dar-lhes coerência, considerando-os um conjunto de normas que exprime valores justificativos e explanatórios do sistema. Coerência é mais do que consistência lógica e constitui um instrumento de estabilidade e previsibilidade para teorias. A idéia principal é simples: quanto mais uma interpretação de um enunciado pertencente a uma dada teoria (ou a um dado sistema de normas) se aproximar de uma estrutura perfeita de suporte, em que cada conclusão se sustenta sobre outros enunciados ou elementos da teoria (ou do sistema), mais ela é coerente. Conseqüentemente, mais justificada estará e mais racional e correta será (v. PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, *op. cit.*, p. 160) – preocupação de todas as teorias que investem nas potencialidades da racionalidade prática como mecanismo de redução do arbítrio e do subjetivismo. Para outras concepções a respeito do tema cf. LEAL, Fernando A. R. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Mimeo*, 2006, cap. II.

104 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, *op. cit.* caps. V, final, VI e VII.

105 Referimo-nos, aqui, ilustrativamente, às razões favoráveis à aplicação de regras e precedentes incidentes citadas por Frederick Schauer (como visto, um formalista e que, portanto, eleva bastante os ônus argumentativos para as situações de não-aplicação). Vide SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*, *op. cit.* 1991, especialmente o capítulo VI, 1 e 2.

suas *conseqüências*.<sup>106</sup> Não se trata de uma defesa escorada em argumentos conceituais ou ontológicos vinculados à natureza do direito ou da democracia, mas, sobretudo, em reclames práticos. Resta saber, em rápidos meios, se e quando o formalismo é bom.

Sunstein traz argumentos favoráveis ao formalismo que não se restringem, como o faz Posner, a problemas teóricos de estabilidade, segurança e respeito à noção de *rule of law*. É claro que é possível a defesa do formalismo como estratégia pragmática na medida em que a deferência aos elementos preexistentes do sistema jurídico em cada caso pode gerar, no tempo, os melhores resultados para a manutenção de valores caros à idéia de Estado de Direito. Posner, por exemplo, embora insista que as regras não constrem os juízes com a mesma intensidade que o fazem com os cidadãos,<sup>107</sup> reconhece que a maioria das pessoas vê as regras jurídicas como a fonte principal de expectativas. Elas amparam o desenvolvimento da vida e das relações sociais e jurídicas e esta é uma razão suficiente para que o juiz pragmático sempre procure nelas fundar suas decisões. No entanto, para Sunstein, uma estratégia interpretativa só pode ser preferível a outra quando também implicar a redução dos custos de decisão e de erro. E isso, na definição das relações entre pragmatismo e formalismo, significa poder responder três perguntas: (i) se um judiciário formalista pode ou não produzir mais erros e injustiças; (ii) se o legislativo vai antecipar possíveis erros ou injustiças e se ele as corrigirá, a um custo relativamente baixo, antes de ocorrerem; e (iii) se um judiciário não-formalista aumentará o custo de decisão para cortes, litigantes e todos os que recorrem ao Poder Judiciário, aumentando também nesse processo os custos associados à imprevisibilidade.<sup>108</sup> E se achamos que essas preocupações devem ser levadas a sério, notadamente em um cenário marcado pela escassez, parece não haver dúvida acerca dos efeitos positivos que o formalismo traz. E a justificativa é quase conceitual. Sem alguma vinculação a padrões normativos postos não é possível saber o que conta como “erro” ou “injustiça” na interpretação. Sem pautas objetivas, a definição daqueles conceitos passa a depender da adoção de uma teoria da interpretação, o que não elide o problema. Apenas o coloca a se mover em um círculo.<sup>109</sup>

A adequação do recurso ao formalismo na solução de controvérsias jurídicas depende, sobretudo, de considerações políticas, que envolvem a atuação das cortes e sua relação com o Legislativo. Sunstein tenta fixar uma agenda de discussões. Saber

<sup>106</sup> SUNSTEIN, Cass R. “Must Formalism Be Defended Empirically?”, *op. cit.*, p. 641.

<sup>107</sup> Posner traz três razões para justificar esse ponto de vista. Em primeiro lugar, porque vê as regras como o produto da prática de adjudicação, o que justificaria uma menor vinculação dos seus “criadores” em relação aos atores sociais. Em segundo lugar, porque a média dos cidadãos tem nas regras vigentes sua principal experiência jurídica, ao contrário do juiz, que trabalha com outras fontes normativas para decidir. Finalmente, o fato de as pessoas pautarem suas vidas com base em regras faz com que os juízes, embora não necessariamente (em qualquer sentido, lógico ou moral), tenham que ter grande deferência às decisões do legislador, ao contrário da vinculação estrita a que se submetem os demais. Vide, nesse sentido, KNIGHT, Jack e JOHNSON, James, *op. cit.*, p. 75.

<sup>108</sup> *Idem*, pp. 641-642.

<sup>109</sup> SUNSTEIN, Cass R. “Must Formalism Be Defended Empirically?”, *op. cit.*, pp. 642 e 666-667.

quando será conveniente o formalismo envolve três questões fundamentais: "(i) quanta *imprecisão* adicional seria introduzida através de uma perspectiva não-formalista? Se as cortes fizerem uma grande transação tropeçar, ou introduzirem irrelevantes considerações de política ou de princípio, o formalismo é fortificado; (ii) que tipo de *incentivos ex ante* são criados pelas perspectivas formalista e não-formalista e como o Congresso responderia a tais incentivos? O formalismo judicial encorajaria o Congresso a legislar mais claramente? Corrigiria o Congresso os problemas de excessiva generalidade, pelo menos após o fato? (iii) Quanta *incerteza* adicional seria introduzida por uma perspectiva não-formalista, considerando que incerteza inclui necessidade de litigância e dificuldade de planejamento? O quão mau seria essa incerteza? Qual seria o seu custo (de decisão associado às duas perspectivas)?"<sup>110</sup> Essas são pautas que deveriam nortear o raciocínio do teórico e do aplicador no momento de optar ou rejeitar uma teoria formalista da adjudicação. No fundo, a escolha pelo formalismo dependerá das circunstâncias. A resposta dependerá de aportes *empíricos*, não apenas relacionados ao caso, mas ao próprio cenário político-institucional.

Dessa maneira, se o processo democrático for estável e reagir prontamente a erros judiciais, a postura formalista pode ser a mais desejável. Mas o jogo pode se inverter se fica demonstrado o contrário. Há teorias melhores para resolver casos concretos? A resposta é negativa. Todas são boas, se aplicadas no momento certo. Para dizer com Sartorius, "como nós decidimos questões constitucionais depende de nossa visão sobre a teoria constitucional, ela mesma derivada da prática constitucional".<sup>111</sup>

A partir de dados da própria experiência jurídica é possível delinear um quadro dentro do qual decisões de segunda ordem a respeito de como decidir casos específicos podem ser fixadas visando a lidar, racionalmente, com as preocupações de quem decide e com as responsabilidades imputáveis em casos de erro ou investimento desnecessário de recursos escassos para obter informações. Afinal, buscar dados até o limite em contextos de racionalidade limitada é sempre justificável em todos os casos? Dadas as limitações para obter e processar informações, tentar em todos os casos especular a respeito de conseqüências jurídicas, sociais e até econômicas – algo não muito incomum no Poder Judiciário – aumenta ou reduz as chances de erro nas decisões? Nas respostas para essas e outras questões é possível justificar, definitivamente, a convergência teórica existente entre pragmatismo e formalismo. Basta a afirmação de que uma estratégia pragmatista de primeira ordem – ou caso a caso – implica um global aumento de incerteza para que o formalismo se apresente como a solução possível capaz de garantir, em uma análise de segunda ordem (ou meta-análise), os resultados que garantam a maior estabilidade possível, conseqüências também social e normativamente desejáveis. Chegar a essa conclusão, como vimos, não é algo simples e que

<sup>110</sup> *Idem*, pp. 656-657.

<sup>111</sup> "How we decide matters about the constitution depends on our view of constitutional theory, itself derived from constitutional practice". Citado por MacCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 133.

possa ser justificado apenas abstratamente. Na verdade, para que uma postura pragmática de decisão judicial seja defensável, ela mesma deve se submeter ao escrutínio de testes empírico-consequencialistas orientados por considerações sobre custos e análises de capacidades institucionais, o que parece ser o principal legado do pragmatismo jurídico para o adequado enfrentamento da pergunta “como os juízes devem decidir?”.

## V. Pragmatismo Jurídico: uma meta-teoria inevitável?

A expressão “pragmatismo jurídico” tem sido invocada por grupos muito distintos e muitas vezes com abordagens antagônicas, especialmente no debate norte-americano. O grau de elasticidade do adjetivo “pragmático” é em muitos casos surpreendente, abrangendo idéias e propostas que dificilmente se reconheceriam lado a lado. De fato, quando desde o expoente da análise econômica do Direito, Richard Posner, até feministas ligadas aos *Critical Legal Studies* (CLS), como Martha Minow e Margaret Radin, utilizam o mesmo termo para designar suas agendas para o estudo do direito e para a decisão judicial, duas possibilidades podem ser levantadas. Primeiro, cada um dos lados pode estar utilizando a mesma expressão – “pragmatismo jurídico” – para designar um conjunto de idéias e compromissos distintos; nesse cenário, a uniformidade de nomenclatura é enganadora. Segundo, o rótulo de “pragmático” pode na verdade ser tão pouco exigente – em termos de propriedades necessárias para a sua aplicação – a ponto de ser, de fato, aplicável tanto a Posner, quanto membros dos CLS; nessa hipótese, o preço da abrangência do “pragmatismo jurídico” é a sua quase total ausência de substância.

Essas duas hipóteses não são de modo algum excludentes. Na verdade, no presente artigo procuramos mostrar que, em alguma medida, no debate contemporâneo sobre o pragmatismo jurídico *ambas* são verdadeiras: tanto existe uma multiplicidade de usos da expressão, quanto vários desses usos se referem a um conjunto de idéias praticamente consensuais e, em muitos casos, pouco ou nada revolucionárias.

Dependendo de quem levanta a bandeira pragmática, podemos estar diante de uma aplicação da filosofia pragmatista (ou de *insights* por ela inspirados) aos debates em teoria do direito, de uma descrição dos fatores que efetivamente estão por trás da tomada das decisões judiciais e do funcionamento das instituições jurídicas em geral, ou, ainda, de um compromisso com as consequências de decisões judiciais como um parâmetro importante e/ou decisivo para a atividade jurisdicional – entre outros tantos sentidos possíveis. Para os fins deste trabalho, enfocamos o pragmatismo jurídico como teoria normativa da decisão judicial – isto é, uma concepção sobre como os juízes devem decidir casos dentro de um determinado sistema jurídico.

Mesmo desse subconjunto de idéias normalmente associadas ao adjetivo “pragmático” no campo do direito, algumas concepções são, na verdade, quase banais, não se prestando a uma análise mais profunda. Dizer que juízes devem se preocupar com as implicações práticas de conceitos jurídicos, e não fetichizar a sua suposta consistên-



cia lógica, por exemplo, ou que devem ter em mente que o seu conhecimento profissional não é ciência, mas sim um saber circunscrito a uma determinada tradição e ligado a determinados valores da comunidade a que pertence, ou ainda que todo juiz deve manter uma “mente aberta”, sem se comprometer *a priori* com uma ilusória adesão a um raciocínio “mecânico” – dizer tudo isso é ainda dizer muito pouco. Essas são teses contra as quais dificilmente pode haver oposição acadêmica séria, ainda que possam soar inéditas ou revolucionárias para alguns juizes e juristas brasileiros. Pode-se dizer que a força persuasiva dessas idéias é conseqüência direta de sua trivialidade – podem ser acomodadas confortavelmente tanto por pragmáticos adeptos da análise econômica do direito, quanto por teóricas feministas do direito. Mesmo assim, para muitas versões eminentemente *negativas* do pragmatismo jurídico essas parecem ser as preocupações centrais. Não se pretende aqui dizer que essas teses não são verdadeiras, mas simplesmente que têm pouco a oferecer para a construção de uma concepção pragmática do Direito. Se o “pragmatismo jurídico” é apenas uma espécie de bom senso provido de algum vago *pedigree* filosófico, ele pouco tem a contribuir para uma discussão relevante sobre a decisão judicial.

Nesse cenário, a teoria normativa da decisão judicial desenvolvida por Richard Posner foi escolhida como objeto de destaque nesta análise por ser *positiva* – isto é, procura enfrentar diretamente a questão de *como o juiz deve decidir*, em vez de se limitar a eliminar mitos sobre a atividade judicial e inculcar no juiz uma certa atitude mental de ceticismo quanto a grandes abstrações e interesse por implicações concretas. Analisar a forma pela qual Posner estrutura parâmetros para a tomada de decisão judicial a partir de uma premissa explicitamente pragmática – a de que a consideração das possíveis conseqüências da decisão judicial é o fator *decisivo* na atividade jurisdicional – permitiu-nos discutir com mais clareza as virtudes e deficiências desse tipo de teoria normativa.

Primeiro, quando um juiz se compromete de antemão a pensar nas conseqüências sempre que for decidir um caso, ele está na verdade tomando uma *decisão de segunda ordem*, isto é, está decidindo sobre como vai decidir. Esta decisão de segunda ordem já é em si algo que traz conseqüências sobre o sistema judicial como um todo. De fato, se todos sabem de antemão que os juizes decidirão com base nas conseqüências de sua decisão sobre o caso específico que está a decidir, as expectativas sociais que as regras jurídicas procuram estabilizar serão sistematicamente frustradas. O próprio Posner enfrenta esse problema reconhecendo que, por razões pragmáticas, em muitos casos será desejável que os juizes *não* olhem para as conseqüências de suas decisões, de modo a preservar a segurança jurídica. Levado ao extremo, vimos como esse argumento pode justificar posturas decisórias formalistas nos termos de suas próprias conseqüências.

Segundo, mesmo uma tese pragmática sofisticada como a de Posner – que pode ser formulada como “o juiz deve decidir levando em conta as conseqüências, exceto quando isso gerar conseqüências indesejáveis” – não fornece orientação suficiente-

mente detalhada para a atividade jurisdicional. Sem nenhum critério mais preciso para decidir quando ser pragmático e quando ser formalista (por razões pragmáticas), na prática tudo o que Posner tem a oferecer é um critério de “razoabilidade” – “tome a melhor decisão possível, levando em conta tudo o que for relevante”. Trata-se (ainda) de uma decisão de segunda ordem difícil de conciliar com a preservação de determinadas expectativas sociais.

Outras teorias podem ter sucesso onde o pragmatismo jurídico – especialmente o de Posner – parece não ter sucesso, mas o fato é que os problemas apontados acima não podem ser simplesmente ignorados por nenhum teórico do direito ou juiz que se pretenda “pragmático”. A chave para entender esse dilema está na passagem do pragmatismo jurídico como uma teoria normativa da decisão judicial para o pragmatismo como *meta-teoria* da decisão judicial. Defender a tese de que os juizes devem sempre se pautar pelas conseqüências de suas decisões *independentemente das conseqüências da adoção dessa tese pelo Judiciário* não é ser pragmático, mas endossar uma espécie de dogmatismo. Trata-se, na verdade, de um *insight* mais geral: a primeira preocupação de todo jurista pragmático deveria ser em investir o seu compromisso com as conseqüências no nível da meta-teoria, utilizando os efeitos dinâmicos/sistêmicos da aplicação de certas teorias por todo o Judiciário nacional como um critério para se escolher qual teoria deve ser adotada pelos juizes. Não é por outras razões que o formalismo e certas estratégias de decisão “não maximalistas” podem ser justificadas pragmaticamente. Basta que a sua adoção pelo Poder Judiciário produza as melhores conseqüências, tendo como critério valorativo a promoção de ideais caros a um determinado Estado democrático de Direito, como certeza, confiança, tutela da separação de poderes e eficiência no processo decisório, quando comparadas, em termos da promoção dos *mesmos* valores, a outras possíveis estratégias interpretativas.

Assim, o fracasso do pragmatismo como estratégia de primeira ordem nos permite vislumbrar o seu poder como estratégia de segunda ordem. Do ponto de vista teórico, o empirismo e o olhar prospectivo do pragmatismo – *quando utilizados para escolher entre diferentes teorias normativas da decisão judicial* – colocam em dúvida a (f)utilidade da busca por teorias de interpretação construídas abstratamente. É possível defender um método de interpretação que deve guiar a atuação das cortes *independentemente de considerações práticas*? Indo mais a fundo, será que existe *uma* teoria geral da decisão jurídica? Faz sentido buscá-la? As respostas que uma meta-teoria pragmática tem a oferecer nesse debate são de crucial relevância para o desenvolvimento de possíveis teorias normativas da decisão judicial adequadas à realidade brasileira.

