



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALESSANDRA OITAVEN PEARCE DE CARVALHO MONTEIRO

TODOS CONTRA POSNER

**UMA APRECIÇÃO CRÍTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO E DO PRAGMATISMO JURÍDICO À LUZ DA
“FRAGILIDADE DA BONDADE”**

Salvador

2021

ALESSANDRA OITAVEN PEARCE DE CARVALHO MONTEIRO

TODOS CONTRA POSNER

**UMA APRECIÇÃO CRÍTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO E DO PRAGMATISMO JURÍDICO À LUZ DA
“FRAGILIDADE DA BONDADE”**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal
da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do
título de Doutor em Direito, na área de concentração
Jurisdição Constitucional e Novos Direitos

Orientador: Professor Saulo José Casali Bahia

Salvador

2021

Dados internacionais de Catalogação na Publicação

M775 Monteiro, Alessandra Oitaven Pearce de Carvalho
Todos contra Posner: uma apreciação crítica da análise econômica do direito e do pragmatismo jurídico à luz da “fragilidade da bondade” / por Alessandra Oitaven Pearce de Carvalho Monteiro – 2021.
350 f.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2021.

1. Pragmatismo 2. Análise econômica do direito 3. Razão. 4. Ceticismo I. Bahia, Saulo José Casali II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 144.3

TERMO DE APROVAÇÃO

ALESSANDRA OITAVEN PEARCE DE CARVALHO MONTEIRO

TODOS CONTRA POSNER

UMA APRECIÇÃO CRÍTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DO PRAGMATISMO JURÍDICO À LUZ DA “FRAGILIDADE DA BONDADE”

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Saulo José Casali Bahia (orientador)
Professor associado da Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Wálber Araújo Carneiro
Professor associado da Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
Professor titular da Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Ronaldo Porto Macedo Júnior
Professor titular da Universidade de São Paulo – USP e professor da Fundação
Getúlio Vargas – FGV/SP

Prof. Thomas da Rosa Bustamante
Professor associado da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Salvador, _____ de _____ de _____.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida.

A Daniel, pelas infinitas horas de deliberação ética que nunca chegam a lugar algum, já que ele nunca me convence, e eu nunca o convenço, mas ainda assim a gente continua deliberando.

Ao meu orientador, Saulo Casali, pela confiança depositada no meu projeto e por ser, ele próprio, uma presença de confiança.

Ao professor Wálber Carneiro, pela paciência com minhas indagações que não saem do lugar.

Ao professor Paulo Pimenta, pelo combustível fornecido na reta final da elaboração dessa tese.

Às LIMH's, que estão há (quase) 20 anos sendo “meu lugar” especial no mundo.

Ao CE PI, amigos que o destino me trouxe, e que o mesmo destino não conseguiu separar.

Ao meu irmão Matheus, que *literalmente* desenhou minha tese. Vê-lo desenvolver, a cada dia que passa, seus dons, me inspira a nunca mais perder o contato com os meus.

À minha irmã Isabella, minha “outra metade” que, assim como eu, não se decide entre ser idealista ou pragmática.

Às minhas irmãs Julyanna e Lurian, que são exemplos de coragem para “recomeçar”.

À Tia Rosângela, por mostrar que o “cuidado” pode vir em todas as formas.

Ao Papi, por simplesmente ter me fornecido muito cuidado, nos momentos em que mais precisei.

Ao meu falecido avô Audir e à minha avó Inês, que são a definição de “integridade.”

Aos meus avós Silvério e Dalva, que são “o abraço” mais carinhoso e gentil que existe no mundo.

Ao meu pai, o melhor exemplo de que “ser pragmático” não significa ser “cético” ou, em outras palavras, o melhor exemplo de que todo pragmático contém, dentro de si, um idealista.

À minha mãe, o maior exemplo de alguém que, na busca por uma vida moral, abre-se radicalmente ao mundo, aceitando o risco das contingências.

MONTEIRO, Alessandra Oitaven Pearce de C. Todos contra Posner. Uma apreciação crítica da análise econômica do direito e do pragmatismo jurídico à luz da “fragilidade da bondade”. 2021. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

Este trabalho busca compreender o pensamento de Richard Posner em suas duas fases (análise econômica do direito e pragmatismo jurídico) de modo que seja possível avaliar a pertinência das diversas críticas que lhes são dirigidas. Tal compreensão é realizada em três etapas: primeiro, sistematizamos as críticas de acordo com blocos de relevância, elegendo alguns autores de matrizes éticas e epistemológicas diversas para “situar” o pensamento de Posner no contexto das possibilidades. Em seguida, sistematizamos as contradições teóricas e performativas praticadas por Posner, para que possamos, depois, reconstruir seu pensamento a partir de alguma chave de leitura que o torne globalmente coerente de uma perspectiva narrativa. Após testar e descartar algumas chaves de leitura iniciais (relacionadas a um possível comprometimento ideológico, a estratégias de propaganda moral e a uma personalidade, em si, polemicista), encontramos, na obra “A Fragilidade da Bondade” (Martha Nussbaum), uma “metachave” de leitura promissora: trata-se da percepção de que uma autêntica vida moral depende de uma abertura à contingência. Tal posição de vulnerabilidade diferencia a racionalidade platônica da racionalidade aristotélica, e, ao mesmo tempo, sugere os possíveis modos de corrupção de tais racionalidades que fazem o sujeito cair no ceticismo moderno ou no ceticismo antigo. O seriado *Dark*, então, nos ajuda a testar chaves de leitura “derivadas” da “fragilidade da bondade” para explicar as contradições de Posner. Primeiro, conseguimos enquadrar Posner-econômico, com certa facilidade, no arquétipo da razão teórica (platônica), uma vez que este “se fecha” para a contingência e, portanto, para a excelência moral. Em seguida, direcionamos os esforços para o possível “enquadramento” do Posner-pragmático nos arquétipos da razão prática (aristotélica), do ceticismo moderno ou do ceticismo antigo. O movimento entre os quatro arquétipos nos permite perceber que, efetivamente, o pensamento de Posner-pragmático não pode ser reconduzido às correntes epistemológicas ortodoxas da filosofia ocidental. Nesse caso, para “julgar” a pertinência das críticas, contamos ainda com o apoio de *Dark* para, em uma última chave de leitura, compreender as implicações éticas e políticas que tal postura pragmática acarreta a um ambiente pluralista. Ao final, percebemos que, Posner-pragmático “teme” a contingência assim como o Posner-econômico, tendo adotado apenas uma estratégia diferente para lidar com esta. Em vez de tentar “controlá-la”, opta por “fugir” dela. Conseguimos, assim, encontrar uma chave de leitura que “explique” as contradições de Posner e que nos permita, enfim, compreender e “julgar” suas abordagens econômica e pragmática.

Palavras-chave: pragmatismo jurídico; análise econômica do direito; razão teórica; razão prática; ceticismo.

MONTEIRO, Alessandra Oitaven Pearce de C. Alessandra Oitaven Pearce de C. Everybody against Posner. A critical reading of economic analysis of law and legal pragmatism through the conceptual key “the fragility of goodness”. 2021. Thesis (PhD) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This work seeks to understand Richard Posner’s legal reasoning approaches (economic analysis of law and legal pragmatism) to make it possible to assess the relevance of the various criticisms directed at them. We take three steps in this quest: first, we systematize the criticisms in blocks of relevance, electing some authors from different ethical and epistemological framework to “locate” Posner's thought within the context of possibilities. Then, we systematize the theoretical and performative contradictions in which Posner occur, in order to reconstruct his thinking through some conceptual key that can make it globally coherent from a narrative perspective. After testing and discarding some potential conceptual keys (related to possible ideological commitments, moral propaganda strategies and a polemicist personality in itself), we find, in "The Fragility of Goodness" (Martha Nussbaum), a promising “meta conceptual key”: the perception that an authentic moral life depends on an openness to contingency. Such a position of vulnerability distinguishes a platonic approach to rationality from an aristotelian one, and, at the same time, suggests how (or why) these rationalities can be corrupted (modern and ancient skepticism). Next, we turn ourselves to Netflix’s show, Dark, so it can help us to test some conceptual keys that were derived from the “fragility of goodness”, in order to explain Posner's contradictions. First, we easily find that Posner-economist fits the archetype of theoretical (platonic) reason, since there is no openness to contingency and, therefore, no openness to moral excellence. Next, we try to fit Posner-pragmatist into the archetypes of practical reason (aristotelian), modern skepticism and ancient skepticism. The movement between the four archetypes allows us to conclude that Posner-pragmatist cannot be traced back to the orthodox epistemological frameworks of Western philosophy. Therefore, to “adjudicate” the accuracy of the criticisms, we turn ourselves to Dark one more time to find the last possible conceptual key that might be able to explain Posner’s contradictions. Once we have found it, it will be possible to understand the ethical and political implications that such a pragmatic posture entails for a pluralistic society. Finally, we realize that Posner-pragmatist “fears” the contingency just as Posner-economist does, having only adopted a different strategy to deal with it. Instead of trying to “control” it, Posner-pragmatist chooses to “run away” from it. That means we managed to find a conceptual key that could “explain” Posner's contradictions and that allowed us to understand and correctly criticize his economic and pragmatic approaches.

Key-words: legal pragmatism; economic analysis of law; theoretical reason; practical reason; skepticism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 AS CRÍTICAS À 1ª FASE DE POSNER (ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO).....	17
2.1. RONALD DWORKIN CONTRA POSNER: A INADEQUAÇÃO DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA COMO ELEMENTO DESCRITIVO E NORMATIVO DA PRÁTICA JURÍDICA.....	19
2.2 JACK BALKIN CONTRA POSNER: O PROJETO DE DOMINAÇÃO ACADÊMICA DOS ESTUDOS INTERDISCIPLINARES PELA “ <i>LAW AND ECONOMICS</i> ”.....	37
2.3 ROBIN WEST CONTRA POSNER: A CONTRAPOSIÇÃO DO HOMEM ECONÔMICO EM DETRIMENTO DA MULHER LITERÁRIA.....	55
2.4 MICHAEL SANDEL CONTRA POSNER: O RISCO DE MONETIZAÇÃO DAS VIRTUDES	70
2.5 LUHMANIANOS CONTRA POSNER	79
3 AS CRÍTICAS À 2ª FASE DE POSNER (PRAGMATISMO).....	96
3.1 DWORKIN (POR TODOS) CONTRA POSNER: O PAPEL DA TEORIA MORAL NO DIREITO	98
3.1.1 As divergências entre a abordagem teórica e a abordagem pragmática.....	100
3.1.2 Fixando entendimento: o papel da moral no raciocínio judicial para Posner	121
3.1.3 Uma leitura caridosa do pragmatismo de Posner quanto ao papel da argumentação moral no raciocínio jurídico	129
3.2 PRAGMATISTAS CONTRA POSNER.....	135
3.2.1 Stanley Fish contra posner: a impossibilidade de um “pragmatismo normativo”	141
3.2.2 Richard Rorty contra Posner – O equivocado abandono da “crença” no progresso moral.....	147
4 POSNER CONTRA POSNER	159
4.1 AS CONTRADIÇÕES DE POSNER	161
4.1.1 “Posner-pragmático” contra “Posner-econômico”.....	161

4.1.2 “Posner-pragmático” contra “Posner-pragmático”	165
4.1.3 “Posner-juiz-literário” contra “Posner-acadêmico”	169
4.2 LIMPANDO O TERRENO: AS HIPÓTESES EXPLICATIVAS QUE NÃO EXPLICAM, REALMENTE, AS CONTRADIÇÕES DE POSNER.....	181
4.2.1. Posner tem um projeto de dominação ideológica	181
4.2.2 Posner é um comerciante moral	183
4.2.3 Posner é um <i>poltergeist</i>	185
5 MARTHA NUSSBAUM PARA COMPREENDER POSNER: O CONFLITO ENTRE RAZÃO PLATÔNICA E RAZÃO ARISTOTÉLICA	187
5.1 A FRAGILIDADE DA BONDADE – A ÉTICA DIANTE TRAGÉDIA	187
5.2 UMA LEITURA DE POSNER À LUZ DE TRAGÉDIA <i>POP “DARK”</i>	197
5.2.1 Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Adam.....	202
5.2.2 Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Martha.....	211
5.2.3 Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Eva	224
5.2.4 Posner é Cláudia	232
5.2.4.1 Quem é Cláudia	232
5.2.4.2 O primeiro problema de Cláudia: as limitações do “recurso ao empirismo” para se obter a diluição dos conflitos morais.....	244
5.2.4.3 O segundo problema: a busca pela verdade real.....	250
5.2.4.4 O terceiro problema: a diluição dos conflitos morais como risco ao pluralismo	252
5.2.4.5 Concluindo: o que significa, para uma abordagem sobre o raciocínio jurídico, “ser Cláudia”	263
6 CONCLUSÃO	268
REFERÊNCIAS.....	275
ANEXO I.....	283

1 INTRODUÇÃO

William Domnarski, biógrafo de Richard Posner, relata algumas situações em que o jurista americano parece estar bastante autoconsciente em relação à sua (má) fama entre os seus pares intelectuais. Por exemplo, ao descrever a experiência de um evento acadêmico em Harvard, em que travou um debate com Michael Sandel em frente a um auditório de setecentos alunos, Posner afirmou: “O consenso, ao que parece, é que eu sou um monstro”. Em outra ocasião, ele brincou que a Universidade de Georgetown provavelmente cancelaria o título honorífico que lhe ia ser concedido depois que descobrissem “o tipo de monstro que estão propondo homenagear”¹. Posner parece, assim, resignado (e, quiçá, até entretido) com a compreensão de que, aos olhos do público, suas ideias (e ele próprio) parecem monstruosas.

Contudo, será, de fato, que tal adjetivo faz *jus* às suas ideias acadêmicas, desenvolvidas primeiro sob o manto da “análise econômica do direito” e, posteriormente, sob o manto do “pragmatismo”? Seria Posner, realmente, um monstro? Essa é, em linguagem “comum”, a pergunta que nos inquieta. Traduzindo-a para a linguagem acadêmica, o problema de pesquisa desta tese pode ser formulado do seguinte modo: “*As propostas hermenêuticas defendidas por Richard Posner em suas duas ‘fases’ – sendo a primeira voltada para o mandamento de ‘maximização de riqueza’, nos termos de uma ‘análise econômica do direito’, e a segunda, voltada para uma atenção às consequências pragmáticas da decisão, nos termos de um ‘pragmatismo do cotidiano’ – são, de fato, tão repulsivas, desumanas, perigosas, antidemocráticas e ideologicamente comprometidas com um projeto de neoliberalismo econômico quanto acredita o imaginário coletivo da comunidade acadêmico-universitária?’*”.

Ao observar o volume e amplitude das críticas que lhes são dirigidas, pode parecer que sim. Posner irritou jusfilósofos ligados a, virtualmente, todos os espectros epistemológicos e ideológicos: formalistas, moralistas e críticos; conservadores e liberais; libertários, utilitaristas e comunitaristas; céticos e objetivistas. As críticas aparecem em frentes tão díspares que o autor chegou a concluir, com bom humor, que “agora eu sou um anátema tanto para a esquerda, quanto para a direita. Eu alcancei a centralidade”². Isso parece constituir um indício de que, no mínimo, suas ideias desafiam padrões tradicionais de racionalidade jurídica ou de moralidade.

¹ Esses e outros exemplos são relatados por: DOMNARSKI, William. **Richard Posner**. New York: Oxford Universit Press, 2016, p. 251-252.

² Idem, p. 251.

Ainda assim, a utilização de raciocínios econômicos, pragmáticos e consequentialistas tem aparecido de forma explícita com mais frequência nas decisões judiciais brasileiras. Isso indica, à primeira vista, que a “análise econômica do direito” e o “pragmatismo” têm tido alguma força para extrapolar o âmbito do debate teórico e conformar, na prática, decisões judiciais, a despeito da significativa e persistente rejeição a essas linhas de pensamento no ambiente acadêmico brasileiro.

Em relação à análise econômica, alega-se que seus critérios não fazem jus à complexidade axiológica da sociedade, às demandas por emancipação social e/ou às necessidades de segurança e estabilidade do direito. Ou seja: a análise econômica é rejeitada pelas correntes moralistas (aquelas que compreendem que a tomada de decisão judicial deve assumir toda a carga axiológica supostamente inerente ao direito), pelas correntes críticas (aquelas que compreendem que a decisão judicial deve buscar, primariamente, a emancipação social das minorias) e por correntes formalistas (aquelas primariamente preocupadas com a formulação de critérios objetivos para o momento de tomada de decisão judicial).

Já o pragmatismo de Posner costuma ser reputado como “teoricamente frouxo”, “irresponsável” e “decisionista”, sendo criticado, mais uma vez, por correntes moralistas (por ser desprovido de normatividade), pelas correntes críticas (por não fazer referência a um projeto de democracia deliberativa) e por correntes formalistas (por não fornecer critérios objetivos para a tomada de decisão judicial). Além disso, o pragmatismo de Posner ainda é “acusado” de dar continuidade ao projeto político da análise econômica, visto que, na fase pragmática, a função da análise econômica do direito não é ignorada, e sim reformulada em termos mais modestos.

Não obstante, ainda não encontramos, em língua portuguesa, um trabalho que enfrente de maneira sistemática e com pretensão de exaustividade as objeções críticas colocadas contra Posner. Um esforço para preencher essa lacuna teórica é justificável por dois motivos.

Primeiro, porque a “boa” aplicação da análise econômica do direito ou do pragmatismo depende do empenho da academia jurídica, já que caberia a esta fornecer o arcabouço empírico apto a sustentar a tomada de decisão judicial. Todavia, a crítica negativa difusa impede que essas abordagens possam se firmar com efetividade no terreno acadêmico e, por consequência, na prática jurisdicional.

Segundo, porque é necessário compreender exatamente o “papel” que caberia à análise econômica (e, de modo geral, às ciências, inclusive as ciências naturais) dentro do nosso atual paradigma sobre o “direito”: em que aspectos poderia a análise econômica (ao

menos em seu reenquadramento pragmático) contribuir para o bom funcionamento do sistema normativo?

Para responder a tal questão, é preciso avaliar a pertinência das críticas que são dirigidas ao pensamento de Posner. Todavia, como tais críticas vêm em frentes tão díspares, essa tarefa pode não ser muito fácil. Se determinado teórico propõe abordagens sobre o raciocínio jurídico ("*legal reasoning*") que são consideradas por uns como "ativistas" e por outros como "conformistas", provavelmente há em seu pensamento algumas nuances difíceis de serem identificadas. Nesse caso, se pretendemos "julgar" as abordagens economicista e pragmatista de Posner quanto às suas potenciais virtudes e limitações, precisamos, primeiro, compreendê-las adequadamente.

Há muitas estratégias que poderiam ter sido seguidas para cumprir o objetivo de "compreender adequadamente" uma teoria (prescritiva ou normativa) sobre o raciocínio jurídico. Poderíamos ter, por exemplo, realizado um estudo analítico em que identificaríamos, por meio da leitura das principais obras de Posner e com o apoio de comentadores (acadêmicos que estudaram a mesma obra anteriormente), os elementos epistemológicos, conceituais e éticos que estruturam as suas abordagens. Todavia, isso já havia sido feito em inúmeros trabalhos acadêmicos, sem que, todavia, conseguíssemos detectar uma *explicação* suficientemente convincente para o fato de haver críticas tão díspares a Posner.

Desse modo, optamos por seguir o "caminho inverso": tentar compreender Posner, primeiro, a partir do olhar dos seus críticos. Para tanto, assumimos a estratégia interpretativa de situar o pensamento de um autor no contexto dos principais debates que ele travou, de modo que fosse possível compreender sua obra a partir da negação das (antí)teses de seus interlocutores³.

³ Uma livre inspiração para a estratégia aqui adotada foi a noção de "oposições aninhadas" (*nested oppositions*), isto é, "oposições que também envolvem uma relação de dependência, similaridade ou continência entre os conceitos opostos" (p. 1671). Nos moldes da formulação desconstrucionista de Jack Balkin, é possível reinterpretar qualquer oposição conceitual como alguma forma de oposição aninhada. Ora, como todas as relações dependem do contexto em que se desenrolam, a recontextualização de uma oposição conceitual pode revelar uma "dependência histórica" entre elementos que, a priori, eram vistos como estritamente diferentes e independentes. Dentre os tipos de situação em que a noção de "oposições aninhadas" se aplica, destacamos, ainda com respaldo em Balkin, as oposições referentes a controvérsias intelectuais. Nesse sentido, faz-se pertinente o exemplo do autor estadunidense a respeito de "um historiador que afirme que Thomas Jefferson e Alexander Hamilton tinham filosofias políticas opostas", caso que seria um paradigma de oposição aninhada por consistir em uma "oposição sobre questões culturais ou axiologicamente orientadas" (p. 1678). Segundo Balkin, "as formas mais comuns de oposições aninhadas surgem em oposições entre movimentos ou eventos históricos, asserções interpretativas, enunciações de juízos de valor ou outros produtos da cultura" (p. 1678). Para ilustrar sua afirmação, Balkin escreve que "Vernon Parrington sustenta que a história intelectual americana pode ser vista como uma dialética entre a filosofia jeffersoniana e a filosofia hamiltoniana" (p. 1679), ou seja, nada muito diferente de debates como "Posner-econômico X Dworkin, o moralista", "Posner-pragmático X Dworkin, o moralista (novamente)", "Posner-pragmático X Nussbaum, a aretaica" ou... "Posner-econômico X Balkin, o critical legal scholar". Portanto, assumindo a premissa de Balkin de que a noção de "oposição aninhada" não

Tal estratégia é apenas uma dentre as possíveis⁴, mas não encontramos nenhum estudo em português ou em inglês que tivesse adotado a mesma metodologia ao estudar Posner. Certamente, há vários trabalhos que analisam debates específicos em que Posner se envolveu. O que não encontramos, contudo, foi um trabalho que tivesse congregado críticas a Posner oriundas de matrizes epistemológicas e ideológicas diversas como uma estratégia de compreensão de sua obra – exatamente o que estamos a fazer aqui.

A escolha dos “adversários” de Posner que seriam abordados nesta tese foi realizada com base no seguinte procedimento: realizamos leituras exploratórias focadas especialmente em textos monográficos (dissertações e teses) para fins de identificação dos críticos de Posner mais representativos e dos aspectos de seu pensamento considerados mais controversos no “estado da arte”.

Nos capítulos 2 e 3, portanto, apresentamos a nossa apreciação crítica dos debates entre o autor que figura como objeto desta tese e alguns pensadores representativos das principais tendências críticas à “análise econômica do direito” (capítulo 2) e ao “pragmatismo” de Posner (capítulo 3).

Em relação à identificação dos principais críticos de Posner, encontramos muitas referências diretas a Dworkin em trabalhos que versavam tanto sobre a análise econômica do direito quanto sobre o pragmatismo. Não por acaso, Dworkin “abre” o capítulo 2 (enfrentando o elemento descritivo e normativo básico da análise econômica, qual seja, a maximização da riqueza) e “representa” toda a corrente dos “moralistas” no capítulo 3.

Em relação aos “aspectos mais controversos” em trabalhos relacionados à “análise econômica do direito”, encontramos muitas considerações sobre: o problema de uma possível vinculação ideológica ao “conservadorismo” e ao “neoliberalismo”; o problema da “ausência de senso ético”; e o problema da “autonomia do direito”.

nega que “uma oposição conceitual seja coerente, real ou útil em alguns contextos” (p. 1671), exploraremos nesta tese justamente esses e alguns outros debates, visto acreditarmos que uma produtiva compreensão das diversas facetas teóricas de Posner depende da compreensão dos debates teóricos em que ele se envolveu. Em outras palavras, tais debates, os conceitos sobre os quais eles versam e as ideias dos opositores teóricos de Posner são elementos constitutivos do próprio pensamento de Posner. Ver: BALKIN, Jack M. Nested oppositions. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 7, 1990, pp. 1669-1705. Tradução nossa.

⁴ Peter Lake também expressou dúvidas sobre qual seria a melhor forma de compreender o pensamento de Posner exposto em “*The Problems of the Jurisprudence*”. Tendo visualizado as alternativas de avaliá-lo por meio da triangularização entre pragmatismo, liberalismo e economia ou por meio de uma perspectiva “de fora para dentro” (tal como a nossa), Lake optou por uma abordagem analítica tradicional. Ressalte-se que, em sua justificativa, o autor afirma ter sido “provocado” a elaborar tal estudo em razão da dificuldade de compreender o pensamento de Posner de maneira coerente e significativa, dada sua “onissignificância”. O estudo de Lake, todavia, centrou-se em apenas uma obra (“*The Problems of Jurisprudence*”). O nosso estudo abarca quase cinco décadas de produção acadêmica, além de se referir também ao trabalho de Posner enquanto juiz. VER: LAKE, Peter F. Posner’s Pragmatist Jurisprudence. *Nebraska Law Review*. Vol. 73. N. 3, pp. 546-642.

Cruzando o critério temático com o critério dos críticos mais representativos, optamos, para explorar o problema ideológico, por analisar as críticas de Jack Balkin, que, por ser vinculado ao *Critical Legal Studies*, estaria situado no “extremo oposto” de um conservador neoliberal. Seguindo a mesma lógica de cruzamento de critérios, escolhemos, para explorar o “problema” ético, dois autores vinculados à grande corrente dos “comunitaristas” – Robin West e Michael Sandel. Por fim, novamente com base no mencionado cruzamento de critérios, selecionamos, para explorar a questão da autonomia do direito, uma perspectiva luhmanniana, dados os desafios que o problema da relação entre o direito e o seu ambiente acarreta tanto para a análise econômica do direito quanto para o pragmatismo de Posner⁵.

Nos trabalhos que versavam sobre a abordagem pragmática, os “temas” de destaque foram a sua frouxidão teórica, seu vazio normativo, seu marcante anti-intelectualismo e sua “mal disfarçada” vinculação à análise econômica do direito. Todas essas críticas estão presentes nos vários textos do debate entre Dworkin e Posner e, por isso, optamos por eleger Dworkin como “representante” de todos os moralistas. Por “moralistas” entenda-se, desde já, que esse é um rótulo guarda-chuva utilizado por Posner para abrigar todos os acadêmicos que desenvolvem teorias sobre o direito que, ou incluem uma necessária referência a fins e fundamentos (princípios substantivos) para a prática jurídica, ou afirmam uma íntima vinculação do raciocínio jurídico com o raciocínio moral (*moral reasoning*).

Chama a atenção, todavia, o fato de que seus “colegas” de pragmatismo também o criticam, embora em termos menos duros. A crítica de Fish representa um contraponto essencial aos moralistas, visto que sua concepção consegue ser ainda mais “vazia de

⁵ No tema da “autonomia do direito”, poderíamos também ter trabalhado com Castanheira Neves e Habermas, embora existam, claro, diferenças significativas entre as teorias, em si, dos três autores. Em outra oportunidade, já trabalhamos com as críticas de Castanheira Neves e Habermas relacionadas ao tema: “O diagnóstico preciso de Habermas é que a crise da modernidade se deve à colonização do Mundo da Vida pelos imperativos do Sistema, ou seja, ao fato das comunicações originadoras do direito e da moral terem sido invadidas pela racionalidade instrumental-estratégica da política e da economia. Tal diagnóstico é bastante semelhante, senão idêntico, ao diagnóstico da crise do direito feito por Castanheira Neves, ainda que os autores utilizem palavras diferentes para descrever a mesma ideia: Habermas fala sobre a colonização do Mundo da Vida pelo Sistema; Castanheira Neves utiliza a expressão ‘instrumentalização do direito’ pela ciência, política ou economia, ou simplesmente ‘funcionalismo’. O que mais importa notar é que, em última análise, ambos percebem que a invasão de uma racionalidade estratégica (Habermas) ou de critérios finalísticos (Neves) no modo de pensar e realizar o direito provoca patologias na sociedade moderna. Diferem, contudo – ainda que não se contradigam –, na solução para o problema apresentado. Para Castanheira Neves, o funcionalismo deve ser combatido através do resgate do sentido autônomo do direito, que terá como aspecto principal uma atuação forte do poder judiciário. É a solução microscópica, essencialmente jurídico-metodológica e baseada no indivíduo que me referi no tópico 2. Já Habermas traz uma solução que busca reestabelecer no plano macroscópico o equilíbrio em Mundo da Vida e os dois sub-Sistemas, garantindo ao primeiro ‘a força institucionalmente integradora’ capaz de resistir à ‘colonização’ pelos segundos”. VER: MONTEIRO, Alessandra Pearce de C. **Ordem Jurídica, Poder Político, e Economia**. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

normatividade” do que a de Posner. Rorty, por outro lado, apresenta um pragmatismo, do ponto de vista filosófico, mais “idealista” e “romântico” do que o de Posner. Os contrapontos de Fish e Rorty, assim, nos ajudaram a “graduar” o ceticismo moral (de influência pirrônica) presente no pragmatismo de Posner.

O percurso que resultou nos capítulos 2 e 3 viabilizou a detecção de muitas contradições no pensamento de Posner, as quais são exploradas no capítulo 4.

No tópico 4.1, apontamos três tipos de contradições: 1) contradições teóricas “entre fases” (entre a “análise econômica” e o “pragmatismo”) e “dentro de uma mesma fase” (dentro do próprio pragmatismo); 2) contradições performativas (entre teoria e comportamento); e 3) contradições entre atividades profissionais (entre o pensamento de Posner, enquanto acadêmico, e a atividade de Posner, enquanto juiz).

As contradições de Posner contém elementos relevantes para que uma compreensão adequada tanto de sua análise econômica quanto de seu pragmatismo, pois a “lógica da oposição” ganha ainda mais significância quando a “oposição” vem de si próprio. A mera detecção das contradições, todavia, não resulta em muita coisa se não for seguida por um esforço de “reconstrução” do pensamento do autor analisado. Assim, para compreender Posner, precisamos encontrar uma “chave de leitura” que nos permitisse “reorganizar” as peças que compõem o seu pensamento em uma figura coerente, ainda que permeada por falhas⁶.

⁶ Esse processo de reorganização de peças em uma figura simultaneamente coerente e falha apresenta semelhanças com a proposta de Balkin de conjugar as posturas interpretativas de “reconstrução racional” e “desconstrução racional”. Enquanto a primeira dessas posturas consiste numa tentativa de formular, por meio de uma abordagem hermenêutica caridosa, a melhor e mais coerente versão do objeto de análise, a segunda, ao contrário, não pretende ser caridosa, e sim concentrar-se em demonstrar as falhas e contradições do objeto interpretado. Nas palavras de Balkin no artigo “*Understanding legal understanding: the legal subject and the problem of legal coherence*”, “a reconstrução racional não é meramente um critério ou teste; é também um propósito da interpretação e uma atitude dirigida ao objeto da interpretação. A tentativa de enxergar o que importa nas teorias e de imaginar-se como um defensor simpático a essas teorias de modo que se torne viável aplicá-las, é a principal marca da atitude interpretativa que eu chamo de reconstrução racional. (...). A desconstrução racional ataca o que a reconstrução racional defende. (...). A desconstrução racional lembra as ferramentas que permitem à escultora revelar a estátua oculta em um bloco de mármore. A escultora constrói uma obra de arte, mas, para fazê-lo, precisa eliminar o que for inconsistente com a sua perspectiva artística. Para criar, ela precisa eliminar; para construir, ela precisa desconstruir. Portanto, apenas usando também a desconstrução racional a reconstrutora racional alcançará o seu objetivo. (...). Para definir o que é anômalo e o que é central em nossa narrativa, precisamos das ferramentas da desconstrução racional. Mediante a desconstrução racional, decidimos que duas partes do corpo de análise não podem coexistir (...) e que devemos escolher entre elas. (...). Em outras palavras, não há reconstrução racional sem desconstrução racional, assim como não há copo sem o vazio nele enclausurado, nem há estátua sem o espaço que a cerca. (...). Quando qualificamos criticamente uma obra de arte como mal concebida e mal executada, não estamos a descrever a sua melhor versão. (...). Buscamos expor suas falhas, pontos cegos e incoerências. Isto não é uma reconstrução racional, e sim uma desconstrução racional”. A despeito de o objeto privilegiado da conjugação entre desconstrução racional e reconstrução racional no pensamento de Balkin ser a relação entre os “materiais jurídicos” e a justiça, o autor deixa claro que tais posturas interpretativas podem ser aplicadas a teorias ao acusar Dworkin de ser incoerente por defender que se busque reconstruir a melhor versão da prática do direito e, ao

Em seguida, conforme se pode ler no tópico 4.2, testamos e descartamos três potenciais “chaves de leitura”, “limpando o terreno” para o que é, efetivamente, a chave de leitura desta tese. Os “testes” consistiram em verificar, basicamente, se tais chaves conseguem “explicar” adequadamente as contradições apontadas no tópico anterior (4.1).

Após concluirmos negativamente, conseguimos efetivamente formular uma chave de leitura adequada para explicar as contradições de Posner e, conseqüentemente, compreender a sua trajetória. No capítulo 5, especificamente no tópico 5.1, iniciamos a apresentação de nossa chave de leitura com apoio na obra “A Fragilidade da Bondade”, de Martha Nussbaum, que traz a “vulnerabilidade à contingência” como elemento central de distinção entre uma abordagem platônica (razão teórica) e uma abordagem aristotélica (razão prática) em relação à ética. A percepção de que *a moralidade é frágil, pois implica aceitar nossa vulnerabilidade diante da Fortuna* torna-se uma “metachave de leitura” para nossa compreensão de Posner.

Mais à frente, como se pode ler no tópico 5.2, “testamos”, com o recurso da narrativa do seriado alemão “*Dark*”, produzido pela *Netflix*, diferentes “enquadramentos” epistemológicos para o pensamento de Posner, em suas duas fases. Esse tópico constitui o núcleo da nossa tese, pois representa nosso esforço de “reconstrução” do pensamento de Posner à luz de diferentes “arquétipos” de racionalidade. Detalhemos, pois, tal percurso.

Posner-econômico foi enquadrado no arquétipo da “razão teórica” com certa facilidade, como se pode ler no início do tópico 5.2. Mais desafiadoras foram as tentativas de enquadrar Posner-pragmático nos arquétipos do “ceticismo moderno” (subtópico 5.2.1), da

mesmo tempo, não fazer uma leitura caridosa dos textos vinculados à tradição do *critical legal studies*: “(...) as próprias práticas argumentativas de Dworkin em ‘Law’s Empire’; sua teoria da interpretação estará fragilizada se for feito o que ele efetivamente faz, e não o que ele diz que faz. A despeito de Dworkin insistir na primazia da interpretação construtiva, ele não pratica o que prega, dados os múltiplos da compreensão. Por exemplo, quando ele descreve e critica o trabalho do movimento Critical Legal Studies, a interpretação construtiva e a caridade interpretativa são jogadas pela janela. Na verdade, o propósito dele é apontar as imprecisões e falhas das teorias cujas conclusões geram dúvidas a respeito da teoria dele, o que é totalmente compreensível. É justo criticar Dworkin por não oferecer a mais sólida leitura possível das posições do CLS antes de atacar o movimento, o que significa que ele emprega os princípios da interpretação construtiva de modo inconsistente e oportunista. Porém, eu tenho uma objeção ainda mais importante: ele falha ao não reconhecer que, mesmo ao oferecer a mais sólida leitura possível de uma opinião, um importante propósito da compreensão é reconhecer as falhas e erros do objeto da interpretação. Na compreensão jurídica, este é o momento da desconstrução racional”. Ora, se, como Balkin afirma no texto “*Transcendental deconstruction, transcendent justice*”, “a desconstrução sempre depende da reconstrução, ainda que esta sempre esteja sujeita a posteriores críticas desconstrutivas”, e a (re)construção teórica sempre depende das ferramentas da desconstrução”, podemos afirmar que tais lições serviram como fonte de inspiração para que desconstruíssemos e reconstruíssemos a mais importante oposição aninhada abordada por esta tese: “Posner X Posner”. Ver: BALKIN, Jack M. Understanding legal understanding: the legal subject and the problem of legal coherence. *Yale Law Journal*, v. 103, [s.n.], p. 105-176, tradução nossa; BALKIN, Jack M. Transcendental deconstruction, transcendent justice. *Michigan Law Review*, v. 92, n. 5, 1994, p. 1131-1186”, tradução nossa. Para um aprofundamento na filosofia da desconstrução, ver: DERRIDA, Jacques. Gramatologia. São Paulo: Perspectiva, 1973. Já para um estudo da origem da projeção da filosofia da desconstrução à relação entre a justiça e o direito, ver: DERRIDA, Jacques. Força de lei. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

“razão prática” (subtópico 5.2.2) e do “ceticismo antigo” (subtópico 5.2.3). Esses quatro arquétipos são “representados” por quatro personagens da série, as quais desenvolvem relações de antagonismo em um ciclo perpétuo de sofrimento: Jonas (razão teórica), Adam (ceticismo moderno), Martha (razão prática) e Eva (ceticismo antigo). Cada um desses subtópicos representa uma “chave de leitura” diferente, mas todas são “derivadas” da perspectiva de Nussbaum sobre a “fragilidade da bondade”.

Apenas no subtópico 5.2.4 é revelada a chave de leitura para uma adequada compreensão do pensamento de Posner: a adição de uma quinta personagem à narrativa, Cláudia, permitiu a resolução das contradições apontadas no tópico 4.1 em uma narrativa coerente, ainda que permeada por falhas. “Posner é Cláudia”; eis a síntese do nosso esforço interpretativo, em três palavras.

Em todos esses subtópicos, o procedimento de “testagem” das chaves de leitura é bastante semelhante ao adotado no tópico 4.2, adicionando-se apenas o recurso literário como apoio interpretativo. Neste ponto, cabe frisar que a literatura desempenha uma função não apenas pedagógica (para facilitar a compreensão do leitor), mas *constitutiva* da interpretação sustentada nesta tese⁷, pois foi a partir das relações desenvolvidas entre as personagens de “*Dark*” (ou seja, das relações entre arquétipos) que pudemos tentar explicar (ou “resolver”), em uma narrativa coerente, as contradições entre as fases economicista e pragmatista de Posner. Ademais, também foi por meio da visualização de tais relações que conseguimos compreender algumas das críticas opostas a Posner, especialmente aquelas opostas por Dworkin à abordagem pragmática.

⁷ Há um grande debate (catalisado, fundamentalmente, pelo próprio Posner) sobre as possíveis funções da literatura no direito no que diz respeito às questões éticas. Em um extremo, há quem entenda que a literatura tem um potencial transformativo: por meio da leitura de boas narrativas literárias (sobre qualquer assunto), poderíamos nos tornar pessoas “mais éticas” e, conseqüentemente, o direito poderia se tornar “mais ético”. Essa é a posição de Boyd White. No outro extremo, há quem defenda que a literatura (apenas a que retrate controvérsias jurídicas) serve, no máximo, para facilitar o aprendizado jurídico ao ilustrar, de maneira cativante, os conceitos e institutos que os alunos estudam na teoria. Essa era, basicamente, a posição de Posner na primeira edição de “*Law & Literature*”. Entre os dois extremos, situam-se diversas outras perspectivas. A nossa é a seguinte: a literatura tem certo potencial para gerar “empatia”, mas isso não significa que consiga nos tornar pessoas mais decentes, pois empatia, por si só, não é indicativo de moralidade (podemos empatizar com charmosos personagens sociopatas, por exemplo. A “empatia” adquirida por meio da literatura está muito mais ligada ao viés cognitivo de “torcer” pelo protagonista e a questões estéticas). Ainda assim, a literatura pode fornecer *insights* sobre questões éticas a pessoas que já tenham uma inclinação para o pensamento filosófico, pois ela pode mostrar, de maneira mais vívida, as implicações de diferentes concepções sobre a ética eventualmente assumidas pelo direito. Desse modo, quando afirmamos que a literatura desempenha uma função constitutiva na compreensão exposta neste trabalho, referimo-nos ao fato de que alguns dos pontos de nossa apreciação crítica do pensamento de Posner tiveram como “catalisador” a narrativa de *Dark*. Isso ficará claro, especialmente, no subtópico 5.2.4. Será possível perceber, por exemplo, uma mudança repentina de um tom elogioso para um tom crítico em relação ao pragmatismo de Posner. Não se trata de uma questão estilística: efetivamente, foi durante o próprio momento da escrita que tivemos o *insight* de nossa crítica. Em outro trecho, retomamos a análise da narrativa de *Dark* (que já havia sido encerrada), para tentar visualizar em que sentido o pragmatismo de Posner pode implicar um *déficit* de responsividade do sistema jurídico ao seu ambiente.

Quando dizemos que “Posner é Cláudia”, estamos utilizando, obviamente, uma linguagem figurada. Por “Posner”, entenda-se “abordagens economicistas e pragmática”⁸, e, por “Cláudia”, entenda-se “o arquétipo de racionalidade que informa tais abordagens”, permitindo uma elucidação de suas limitações.

Nesse caso, o que exatamente significa, para o ponto de vista de uma abordagem do raciocínio jurídico, “ser Cláudia” é algo a ser explicado no último item que compõe o subtópico 5.2.4. “Ser Cláudia” é ser vazio de eticidade? É ser teoricamente vazio? É flertar com a paralisia do ceticismo antigo? É abrir espaço para projetos morais homogeneizantes? É colocar em risco o Estado Democrático de Direito? É ser “inútil” para a prática jurídica? É flertar com o ceticismo moderno? É ser banal?

Ao responder a tais perguntas, sempre mantendo como referência o problema da “vulnerabilidade à contingência” (tema centra da “Fragilidade da Bondade”), pudemos, finalmente, “julgar” as abordagens economicista e pragmática de Posner, conforme se pode ler no capítulo conclusivo, em que se encontrará a enunciação do sumário desta tese.

Tendo estabelecido o problema de pesquisa, a justificativa para a realização da pesquisa, a estratégia investigativa, o percurso decorrido e a indicação de onde se localizará o sumário da tese, precisamos fazer uma última nota: optamos por utilizar, sempre que possível, as versões originais dos textos escritos em língua inglesa mesmo nos casos em que existe tradução oficial disponível para o português. Ora, como “traduzir” já implica “interpretar”, achamos prudente consultar os originais e fazer nossa própria tradução-interpretação, de modo a evitar incongruências. Nesse caso, todas as traduções de textos cujos títulos constam em inglês, nas referências, são de nossa autoria. No Anexo I, segue uma lista com os trechos originais das citações diretas de mais de três linhas e das citações em rodapé (ou seja, das citações longas).

⁸ Haverá, todavia, ao longo desse trabalho, situações em que a referência a “Posner” indicará uma referência ao Posner “real”, ou seja, à “pessoa” de Posner, e não propriamente ao “pensamento de Posner”, à “obra de Posner” ou às “abordagens desenvolvidas por Posner”. Isso ocorrerá especificamente no tópico 2.3 e nos subtópicos 4.2.1, 4.2.2 e 4.2.3. Não à toa, Balkin compara a abordagem desconstrutiva à psicanálise: “O psicanalista envolve-se em um processo similar, em diversos aspectos, à desconstrução. O psicanalista inverte o privilégio da consciência sobre o inconsciente no contexto da explicação do comportamento humano. O psicanalista também realiza uma inversão desconstrutiva ao, com o propósito de compreender as conexões mais profundas que servem como chave para a descoberta de motivações inconscientes, concentrar-se em elementos aparentemente marginais ou poucos importantes da vivência do paciente, como eventos cotidianos, livres associações de ideias e sonhos. (...) Como a psicanálise, leituras desconstrutivas de textos oferecem a possibilidade de emancipação de modos habituais de pensamento. A desconstrução funciona por meio de uma inversão de privilégios momentânea, (...) assim como o ato de desvelar elementos reprimidos libera o paciente da psicanálise”. Portanto, para alcançarmos uma libertação, ainda que momentânea, em relação aos lugares-comuns teóricos a respeito do pensamento de Posner, precisaremos investigar o próprio Posner, o que resultará, por sua vez, em uma libertação de novos potenciais produtivos do nosso “paciente”. Ver: BALKIN, Jack M. *Desconstrutivismo e prática jurídica*. *Yale Law Journal*, v. 96, [s.n.], 1986, pp. 743-786, p. 764-766. Tradução nossa.

2 AS CRÍTICAS À 1ª FASE DE POSNER (ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO)

Os primeiros vinte anos de carreira acadêmica de Posner foram dedicados a divulgar suas ideias relativas à “análise econômica do direito”. Assim que autor assumiu uma cadeira de docente na Universidade de Chicago, em 1969, passou a fazer proselitismo para tal proposta hermenêutica em diversas frentes: Posner escreveu artigos, livros, organizou conferência e fundou um jornal especializado em estudos que enfatizassem a aplicação do conhecimento econômico para a compreensão e crítica do direito positivo⁹. Foi durante esse período, precisamente em 1972, que Posner escreveu sua obra mais famosa, “*Economic Analysis of Law*”, que, atualmente, já está na sua nona edição. Previamente, já havia lançado as bases da sua visão econômica sobre o direito nos artigos “*Killing or Wounding to Protect a Property Interest*” - em que analisa uma colisão entre o direito de proteger a propriedade e o direito de não ser atingido por força letal injustificadamente – e “*A Theory of Negligence*” - em que analisa 1528 decisões de tribunais de apelação proferidas entre os anos de 1865 e 1905 para demonstrar que a mudança nos paradigmas da responsabilidade civil seria explicável em termos de racionalidade econômica (especialmente, pela “fórmula de Hand”). Posteriormente, lançou ainda os livros “*Antitrust Law: An Economic Perspective*” (1976) e “*The Economics of Justice*” (1981), além de uma série de artigos expandindo, refinando, corrigindo e respondendo às críticas de algumas das ideias trazidas em “*Economic Analysis of Law*”.

A premissa central assumida por Posner nessa primeira fase da “análise econômica do direito” é a de que o ser humano, enquanto agente racional, tomaria decisões de modo a tentar maximizar seus próprios interesses. Isso implicaria uma segunda premissa: os indivíduos respondem a incentivos, modificando seu comportamento a partir de uma análise de custo-benefício em determinada situação concreta. A economia, enquanto ciência que lida com alocação de recursos e escassez, teria, assim, capacidade de explicar e prever o comportamento dos indivíduos a partir da identificação e cálculo dos vários incentivos aos quais eles estariam submetidos. Um dos “incentivos” (ou desincentivos) mais significativos que existiriam seriam as normas jurídicas ou, de forma mais adequada ao pensamento de Posner, a interpretação e aplicação de tais normas pelos juízes. Uma “análise econômica” do direito teria, assim, tanto uma função positiva quanto uma função normativa. Na sua função positiva, a análise econômica do direito identificaria as lógicas de ponderação custo-benefício

⁹DOMNARSKI, William. *Op. cit.* P.69.

presentes na tradição do *common law*¹⁰, que, para Posner, seria a “maximização da riqueza social”¹¹. No aspecto normativo, uma “análise econômica” do direito – que Posner chama de “teoria da eficiência do *common law*” (*efficiency theory of the common law*) – orientaria juízes e legisladores a tomarem decisões, em determinadas áreas do direito, que “maximizassem a riqueza” presente na sociedade, conforme a própria tradição do *common law* indicaria¹². Tanto os aspectos descritivos e normativos da “*Economic Analysis of Law*” de Posner foram bastante questionados. Nesse capítulo, esquadramos tais críticas a partir do pensamento de cinco autores: Dworkin, Balkin, West, Sandel e Luhmann. Os autores foram escolhidos por representarem diferentes paradigmas de críticas epistemológicas e normativas a Posner.

No primeiro tópico, analisaremos, com Dworkin, se é possível dizer que a tradição do *common law* realmente tem sido normativamente orientada para uma “maximização da riqueza”, conforme premissa positiva (descritiva) da análise econômica de Posner

No segundo tópico, analisaremos, com Balkin, se o pensamento de Posner está comprometido com uma ideologia conservadora, contrária à intervenção do Estado nas relações econômicas privadas e, conseqüentemente, às políticas de justiça social e emancipação.

No terceiro tópico, analisaremos, com West, se a concepção antropológica do ser humano enquanto “agente racional maximizador dos seus próprios interesses”, assumida pela análise econômica, é compatível com o ser humano “da vida real”.

No quarto tópico, analisaremos, com Sandel, as implicações normativas de assumir-se um padrão de racionalidade econômica para o direito. Haveria possibilidade de corrosão dos valores preciosos ao indivíduo e à comunidade ao atrelar-se a decisão judicial a um critério econômico?

¹⁰ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007. P. 25.

¹¹ Posner define “riqueza” (“*wealth*”) como “o valor em dólares ou equivalentes em relação a na sociedade. É medido por quanto as pessoas estão dispostas a pagar por algo ou, se já o possuem, pelo que cobram para vender. O único tipo de preferência que conta em um sistema de maximização de riqueza é, portanto, aquele respaldado por dinheiro - em outras palavras, aquilo que é computado no mercado”. A maximização da riqueza será alcançada quando os recursos totais de uma sociedade (bens e direitos) forem alocados para quem os valorizar mais, sendo tal “valorização” medida pela vontade e disponibilidade de pagar mais por tais recursos (em moeda). Ver: POSNER, Richard A. Utilitarianism, economics, and legal theory. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 8, n. 1, jan. 1979, pp.103-140. P. 119. Tradução nossa.

¹² O que podemos chamar de teoria da eficiência do *common law* não é que toda doutrina e decisão do *common law* seja eficiente ... A teoria é que o *common law* é melhor (não perfeitamente) explicado como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade. A “teoria econômica do direito” e a “teoria da eficiência do direito consuetudinário” não devem ser confundidos. A primeira tenta explicar tantos fenômenos jurídicos quanto possíveis por meio do uso da economia. A última (que está incluído na primeira) apresenta a hipótese de um objetivo econômico específico, o da eficiência econômica no sentido Kaldor-Hicks, para um subconjunto limitado de regras jurídicas, instituições e assim por diante”. Ver: POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007. P. 25-26. Tradução nossa.

No quinto e último tópico, analisaremos, com autores luhmannianos, as implicações sistêmicas (sociais e institucionais) oriundas da assunção de um padrão de racionalidade econômica para o direito. Estaria a sobrevivência do Estado de Direito ameaçada?

Em todos os tópicos, adiantamos o estado da crítica, naquele ponto específico, após a transição de Posner para o pragmatismo.

2.1. RONALD DWORKIN CONTRA POSNER: A INADEQUAÇÃO DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA COMO ELEMENTO DESCRITIVO E NORMATIVO DA PRÁTICA JURÍDICA

O debate travado entre Dworkin e Posner referente à fase da “análise econômica do direito” pode ser reconstruído a partir dos seguintes textos, dispostos em ordem cronológica: “*Economics Analysis of Law*”, de Richard Posner, na sua segunda edição, publicada em 1977; “*Is Wealth a Value?*”, de Ronald Dworkin, publicado em 1980, contendo críticas especialmente a essa segunda edição de “*Economics Analysis of Law*”; uma réplica de Posner publicada em 1980, intitulada “*The Value of Wealth: a comment on Dworkin and Konnan*” e a tréplica de Dworkin, redigida em formato de “epílogo” ao texto “*Is Wealth a Value?*”. Os textos “*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*” (1980) e “*The Problems of Jurisprudence*” (1990), ambos de Richard Posner, também são relevantes para compreender as “repercussões” que o debate teve no pensamento deste autor. Nesse subtópico, iremos, portanto, expor os pontos centrais da crítica presente em “*Is Wealth a Value?*”, complementando-a com as críticas formuladas por Aroso Linhares.

Uma nota relevante: Dworkin inicia seu texto delimitando, expressamente, o foco da sua crítica nos aspectos “normativos” da análise econômica do direito. Contudo, Dworkin explica, ainda no primeiro parágrafo do seu texto, que as falhas normativas da análise econômica seriam tão significativas que colocariam em xeque as próprias premissas descritivas da teoria. Desse modo, Dworkin “mira” em um alvo da teoria, mas consegue atingir dois, uma vez que a análise econômica de Posner é uma teoria “normativa enquanto descritiva”: os critérios normativos que devem ser adotados pelo juiz para decidir os casos litigiosos são colhidos da própria tradição do *common law*. O juiz deveria decidir utilizando determinado critério (maximização da riqueza) não apenas pelo fato de que é um bom critério, mas também pelo fato de que o *common law* têm sido tradicionalmente construído naqueles termos. Assim, embora Dworkin afirme que irá se concentrar nos “aspectos normativos”, a

conclusão principal do seu artigo é que Posner oferece uma compreensão descritivamente equivocada da prática. Isso porque os “critérios normativos” que Posner reputa serem os “critérios normativos do *common law*” são insustentáveis no plano teórico. Sendo tais critérios normativos insustentáveis no plano teórico, seriam também pragmaticamente inviáveis no plano empírico-descritivo.

Logo no primeiro parágrafo, Dworkin afirma que pretende discutir, principalmente, “o limbo normativo” em que se encontra a análise econômica do direito: apesar dessa teoria sustentar, como premissa normativa central, que a maximização da riqueza é um objetivo desejável (*worthy goal*) que deve ser perseguido nas decisões judiciais, seus expositores não explicam de maneira clara *por que* a maximização da riqueza seria efetivamente desejável. Dworkin assume, desse modo, a “tarefa” de sistematizar e analisar criticamente as possíveis linhas de justificação moral para o princípio da “maximização da riqueza”, de modo a demonstrar que qualquer justificação moral implicitamente assumida pelos economicistas seria insustentável do ponto de vista teórico (excepcionando-se a linha de justificação baseada em uma “pretensão instrumental fraca”, ou, em inglês, “*weak instrumental claim*”, cuja implausibilidade residiria mais no plano prático do que no plano teórico).

Haveria, para esse autor, dois possíveis modos de fundamentar moralmente a “maximização da riqueza”. I) maximização da riqueza como “componente de valor” (“*component of value*”), ou seja, como sendo um objetivo com “fim em si mesmo”. Essa linha possuiria uma versão “não modesta” – maximização da riqueza como o único componente do valor social (“*social value*”) – ou seja, como a única métrica para aferir a qualidade de uma sociedade – e uma versão “modesta” – maximização da riqueza como um, dentre vários, componentes do “valor social” (“*social value*”); II) maximização da riqueza como um “valor instrumental” (“*instrumental value*”), ou seja, como um objetivo que, apesar de não possuir fim em si mesmo, colabora para a obtenção de um, ou vários, objetivos que possuem fim em si mesmo, por exemplo, a redução da pobreza e o fomento da felicidade. Essa linha pode ser subdividida em três versões, uma “forte” e duas “fracas”. A versão “forte” presume que a maximização da riqueza social irá necessariamente maximizar os objetivos que possuem fim em si mesmos, desde que seja aplicada pelos tribunais como “critério exclusivo” para o conjunto de casos submetidos a tal racionalidade (de maneira exclusiva ou “*single-mindedly*”)¹³. A primeira versão “fraca”, de maneira mais cautelosa, supõe apenas que a

¹³ “Uma versão forte da teoria não precisa afirmar que os juízes devem buscar a maximização da riqueza como o único critério de suas decisões em todas as controvérsias jurídicas, ou mesmo em todos os casos do *common law* ou em todos os casos de responsabilidade civil - embora, é claro, quanto maior o escopo que a teoria tiver, mais

maximização da riqueza poderá contribuir para a persecução dos objetivos efetivamente desejados, já que sociedades ricas tem uma margem maior para testar diferentes políticas econômicas e sociais (por exemplo, políticas ligadas ao estado de bem-estar social). A segunda versão fraca compreende que a maximização da riqueza pode desempenhar o papel de um “alvo falso” para a obtenção de objetivos que possuem fim em si mesmo, já que, existindo uma correlação estatística entre a maximização da riqueza e a maximização dos objetivos comumente valorizados como fim em si mesmo (redução de pobreza; redução de violência; felicidade etc.), seria estrategicamente inteligente decidir de forma a maximizar a riqueza. Ora, do ponto de vista estatístico, a maximização da riqueza viria acompanhada de um provável incremento na concretização dos objetivos “com fim em si mesmo”, ainda que não seja possível explicar exatamente o mecanismo causal que une as duas variáveis.

Dworkin descarta, inicialmente, a concepção não-modesta da maximização de riqueza como um “componente de valor” por considerar que uma sociedade não seria considerada “melhor”, de acordo com o senso de moralidade comum, simplesmente porque maximizou sua riqueza. O autor defende essa afirmação recorrendo a ao caso hipotético de “Derek e Amartya”. Considere-se que Derek venderia um livro de sua propriedade pelo valor de \$2 e que Amartya pagar 3\$ por esse mesmo livro. Se um governante tirano tomasse o livro de Derek (sem compensação) e o entregasse a Amartya com custo de transação menor do que o do mercado, a transferência “forçada” e sem compensação maximizaria a riqueza social. Nesse caso, alguém consideraria que o mero incremento da riqueza social teria produzido um incremento no valor moral daquela sociedade? A sociedade teria ficado “melhor” após essa operação pelo simples fato de que a riqueza foi maximizada? É intuitivamente evidente que não. Desse modo, a maximização da riqueza não poderia ser considerada como um fim em si mesmo⁴.

Todavia, Posner nunca defendeu que a maximização da riqueza seria um “fim em si mesmo”, apesar de haver algumas passagens isoladas em seus textos que poderiam gerar alguma confusão nesse sentido.¹⁴ Dentre todas as linhas possíveis de justificação moral do

interessante ela é. Mas a teoria deve afirmar que os juízes devem perseguir a maximização da riqueza de maneira exclusiva em alguma classe de casos especificados independentemente do próprio objetivo instrumental. A tese forte não precisa supor (é claro, não precisa negar) que em todos os casos uma decisão judicial que maximize a riqueza social irá incrementar o verdadeiro objetivo. Mas deve mostrar por que é uma estratégia sábia buscar a maximização da riqueza em todos os casos dentro do escopo da teoria, se em alguns casos a maximização da riqueza não terá o efeito desejável.” Ver: DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*. Vol. 9, n.2, mar, 1980, pp. 191-226. P. 205. Tradução nossa.

¹⁴ “Isso pode parecer um desafio ousado à sabedoria convencional, que sustenta que a riqueza é um valor, mesmo que não seja o único e mais importante valor. Mas na verdade é um jogo de palavras, pois Dworkin define um componente de valor social como “algo que vale a pena ter para seu próprio bem”, e ninguém valoriza

critério da “maximização da riqueza” sistematizadas por Dworkin, Posner tenderia a se encaixar, durante os primeiros quinze anos de sua carreira acadêmica (1975-1990), como defensor de uma “concepção instrumental forte”, já que costumava atrelar a utilização do critério de maximização da riqueza a outros objetivos-fim (especialmente, felicidade/utilidade), além de assumi-la como critério normativo “exclusivo” (“*single-mindedly*”).¹⁵

Poderíamos, assim, descartar a crítica contida na “crônica” de Derek e Amartya, considerando que esta é direcionada a uma fundamentação moral da maximização da riqueza que Posner não subscreve? Acreditamos que não, pois o caso fictício criado por Dworkin demonstra não apenas a implausibilidade de se considerar a maximização da riqueza como um “componente de valor” (“fim em si mesmo”), como também a inconveniência de se perseguir exclusivamente a maximização da riqueza. Ora, o exemplo fictício de Derek e Amartya mostra que existiriam situações em que a decisão maximizadora da riqueza seria intuitivamente ruim por afetar compromissos morais historicamente solidificados da sociedade americana, mas uma aplicação exclusivista de tal critério simplesmente ignoraria tais constrangimentos. Por exemplo, no caso de Derek e Amartya, a decisão orientada por uma concepção instrumental forte (aplicação do critério de maximização da riqueza de maneira exclusivista) acabaria por afetar o compromisso moral histórico referente ao direito de propriedade. O mesmo resultado (violação do direito de propriedade) seria obtido por uma concepção de maximização da riqueza como “componente de valor” em versão não-modesta. Na prática, ambas as concepções dão primazia total ao critério de “maximização da riqueza”, ignorando os outros compromissos materiais históricos presentes naquela sociedade. Por isso, consideramos que a concepção instrumental “forte” da maximização da riqueza acaba por se aproximar, na prática, da concepção não-modesta da maximização da riqueza como “componente de valor”.

a riqueza por si só. Argumentar, no entanto, que a riqueza não é um valor social porque não é e um fim em si mesma é adotar uma definição excêntrica de valor social... Não estou fazendo mau uso da língua inglesa ao conectar o termo ‘valor social’ a um objetivo mediato, em vez de um imediato.” Ver: POSNER, Richard A. *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*. **The Journal of Legal Studies**. Vol.9, n.2, mar.1980, pp.243-252. P. 244. Tradução nossa.

¹⁵ Dworkin explica por que considera que Posner se alinha a uma concepção instrumentalista forte. “O argumento tem a forma de uma forte afirmação instrumentalista causalmente variada. Tem um alcance muito amplo. Especifica um conjunto de características da sociedade - direitos individuais, virtudes agradáveis e instintos humanos - que podem ser considerados componentes de valor. Em seguida, sugere que a combinação “certa” desses fatores será melhor obtida por uma aplicação, de maneira exclusiva, do critério da maximização da riqueza como um padrão para decisões políticas, incluindo decisões judiciais. O problema começa, no entanto, quando perguntamos quais argumentos ele pode oferecer para apoiar esta afirmação instrumentalista forte e ampla.” Ver: DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* *Op.cit.* P. 206 e 207. Tradução nossa.

É por isso que a posição de Posner quanto à fundamentação moral da maximização da riqueza pode acabar soando confusa ou mesmo contraditória. Ao mesmo tempo em que esse autor se filia a uma concepção instrumentalista forte ao dizer, expressamente, que a “maximização da riqueza é um instrumento para obtenção de fins desejáveis”¹⁶, sente necessidade de rebater uma crítica formulada às concepções de maximização da riqueza como “componente de valor” (crônica “Amartya e Derek”), proferindo ainda afirmações que soam como se considerasse que a maximização da riqueza tem “valor em si mesmo”¹⁷. Inclusive, ao responder à crítica relacionada ao caso de Derek e Amartya, Posner afirma que o exemplo fictício desconsidera o caráter instrumental da maximização da riqueza. Com isso, acaba por associar as duas concepções de uma maneira que nem o próprio Dworkin o fez. Ora, ninguém diria algo como “a crítica ao sabor amargo do café desconsidera os potenciais benefícios que a bebida tem para o organismo”, a não ser que considerasse que “o valor instrumental do café” (benefícios ao organismo) influencia na percepção que temos sobre o “sabor” do café (valor do café “em si mesmo”), ou seja, a não ser que considerasse que o “valor instrumental do café” reflete-se no “valor do café ‘em si mesmo’”. Analogamente, Posner parece considerar que o valor instrumental da maximização da riqueza é tão expressivo que acaba se tornando um “fim em si mesmo”, como se o fato desse critério decisório conduzir a bons resultados (moralmente e socialmente desejáveis ou aceitáveis) o tornasse igualmente “bom” por associação obrigatória.¹⁸

De fato, Posner tenta refutar a crítica contida no caso “Derek e Amartya” justamente por meio de uma demonstração de que maximização da riqueza produziria decisões moralmente desejáveis ou aceitáveis. Para isso, reconstrói o exemplo fictício “exagerando” a diferença de valor que Derek e Amartya conferem ao livro – estando Amartya disposto a pagar \$3.000 pelo bem, valor muito superior ao conferido por Derek – de modo a tornar perceptível o “aumento de felicidade” em uma transação daquele tipo, ainda que Derek não fosse compensado pela perda. Logo em seguida, reconstrói novamente o exemplo de Derek e Amartya, modificando, dessa vez, o objeto do litígio. Derek é proprietário de uma casa que foi

¹⁶ “[A riqueza] conduz a felicidade, a liberdade, a capacidade de autoexpressão e a outros bens incontestáveis.” Ver: POSNER, Richard A. *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*. *Op.cit.*. P.244. Tradução nossa.

¹⁷ Dworkin colaciona alguns exemplos de trechos em que Posner parece defender que a “maximização da riqueza” é um valor com fim em si mesmo. Ver: DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* *Op.cit.* P.196. Nota 4.

¹⁸ Ou isso, ou Posner não consegue compreender a relevância da diferenciação entre “valor instrumental” e “valor com fim em si mesmo” em termos de racionalização filosófica, já que insiste que a maximização da riqueza pode ser considerada um “*social value*” em termos de linguagem cotidiana, como pode ser visualizado no trecho exposto na citação n. 14. Ver: POSNER, Richard A. *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*. *Op.cit.*. P. 244.

desvalorizada em \$2.000 em razão da construção de um aeroporto na vizinhança, utilizado pela companhia aérea de Amartya. A companhia aérea teria que investir \$3.000 para eliminar o barulho causado pelos aviões e, assim, restaurar o valor da propriedade de Derek. Por isso, a corte considera que a companhia aérea não tem a obrigação de cessar o barulho que causa incômodo à Derek. Posner conclui, então, que

esse exemplo é analiticamente igual ao de Dworkin, mas ilustra de maneira mais realista como um sistema de maximização da riqueza iria operar em uma disputa do common law, e torna menos plausível seu argumento de que a riqueza não é um ‘componente de valor’ em qualquer sentido razoável que se possa atribuir a essa expressão¹⁹.

O argumento não convence. Ora, os “contra exemplos” de Posner demonstram apenas que, em algumas situações, o critério de maximização de riqueza poderá produzir decisões moralmente aceitáveis, mesmo que estas impliquem a perda de propriedade sem compensação. Contudo, os “contra exemplo” não demonstram que, pelo menos *em regra*, o critério de maximização de riqueza produzirá decisões moralmente aceitáveis (o que permitiria uma defesa da aplicação “exclusivista” da maximização da riqueza em termos semelhantes à lógica do “utilitarismo das regras”). Assim, ao trazer pelo menos *um* exemplo em que a decisão maximizadora de riqueza não parecerá moralmente aceitável, Dworkin coloca uma dúvida sobre se, de fato, o critério deva ser aplicado “de maneira exclusivista”. Em outras palavras: a partir do momento em que Posner estabelece, de maneira ousada, que a maximização da riqueza deve ser considerada o único critério, fim ou fundamento a ser observado pelos juízes do *common law*, abre-se um grande flanco para falsificação da sua proposta: basta que alguém demonstre, como Dworkin demonstrou, que existiria pelo menos alguns casos em que tal maximização da riqueza conduziria a resultados intuitivamente indesejáveis, imorais ou ruins.

Posner ainda refuta o caso “Derek e Amartya” afirmando que as decisões maximizadoras de riqueza devem simular transações que ocorram no mercado, onde impera o valor do “consentimento”. Ora, não haveria, para Posner, uma razão “plausível” para que, no caso “Derek e Amartya”, “a transação tivesse sido retirada do mercado para ser alocada nas mãos do governante tirano”²⁰. A aplicação do critério, assim, só teria obtido um resultado intuitivamente ruim porque não teria sido realizada diretamente no mercado ou, pelo menos, obedecendo-se à racionalidade do mercado, na qual se exige o consentimento nas transações. Na verdade, a razão para que a transação fosse realizada diretamente pelo governante tirano

¹⁹ *Idem*. P. 245. Tradução nossa.

²⁰ *Idem*. P. 245. Tradução nossa.

consta da narrativa do próprio caso: os custos de transação diminuiriam na hipótese da transferência ser realizada pelo tirano. Consequentemente, a riqueza seria maximizada. O que Posner provavelmente quis alegar é que não haveria nenhuma razão *moral* plausível (além da própria maximização da riqueza) para se ignorar o direito prévio de propriedade e, consequentemente, a necessidade do consentimento (ainda que um consentimento presumido, nos termos de uma compensação financeira *ex ante*) para a transação²¹.

De fato, em texto publicado pouco tempo depois (*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*), Posner preocupa-se em desenvolver exatamente esse argumento de que a maximização da riqueza pressupõe, obrigatoriamente, o “consentimento” das partes. Assim, Posner realiza um “ajuste” na sua teoria, passando a fundamentar explicitamente o critério da maximização da riqueza em um valor moral específico, qual seja, a liberdade individual em consentir com determinadas transações. Com isso, evitar-se-ia incômodos casos fictícios (que bem poderiam ser reais) em que a decisão maximizadora da riqueza violaria direitos individuais básicos consagrados pela tradição do *common law* (por exemplo, o direito de propriedade ou o direito de ser indenizado pela perda da propriedade).

A “lógica” de Posner, que já estava a ser desenvolvida em “*Economic Analysis of Law*” e “*Utilitarianism, Economics and Legal Theory*”, é que a maximização da riqueza – quando “fundada” no pressuposto do consentimento – garantiria os próprios direitos fundamentais clássicos, uma vez que alguém só poderia “violiar” direitos fundamentais de outrem por meio de uma compensação expressiva o suficiente para que a “vítima” pudesse “consentir” com aquela prática. Nesse caso, se os direitos fundamentais – tais como o direito à liberdade – fossem objetos de negociação no mercado, seus “potenciais violadores” não conseguiriam pagar o suficiente para comprá-los das “vítimas”, o que significaria que o critério de maximização da riqueza implicaria, necessariamente, em um respeito por tais direitos. Assim, a compreensão de “maximização da riqueza” passar a ser compreendida

²¹ “Eu quero defender a abordagem de Kaldor-Hicks ou maximização da riqueza, não por referência à superioridade de Pareto, em si, ou sua premissa utilitarista, mas por referência à ideia de consentimento que, como eu disse, fornece uma base alternativa ao utilitarismo em relação ao critério de Pareto. A noção de consentimento usada aqui é o que os economistas chamam de compensação *ex ante*. O conceito de compensação *ex ante* fornece uma resposta ao argumento de que o critério de maximização de riqueza, aplicado com firmeza em ambientes de mercado, como meu exemplo de relocação de fábrica, violaria o princípio do consentimento.” Ver: POSNER, Richard A. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. **Hofstra Law Review**. Vol.8, n. 3, 1980, pp. 487-507. P.491. Tradução nossa.

como uma conciliação entre as heranças de Kant (com o necessário respeito aos direitos fundamentais) e Bentham (com a racionalidade maximizadora do bem-estar social).²²

O problema é que essa “solução” de “temperar” a decisão estratégica maximizadora da riqueza com o mandamento categórico do respeito aos direitos básicos do indivíduo²³ ignora um problema de “circularidade de raciocínio” anteriormente exposto por Dworkin em “*Is Wealth a Value?*”. Basicamente, seria impossível fundar a “alocação inicial” dos direitos fundamentais na “maximização da riqueza” obtida por transações do mercado, já que a própria existência do “mercado” e das possibilidades de “transações” dependeria de que alguns direitos fundamentais já estejam previamente assegurados aos contratos. A “alocação inicial” dos direitos fundamentais não poderia ser, assim, explicada pela “maximização da riqueza”. Ao contrário, a alocação inicial dos direitos fundamentais seria um pressuposto conceitual para a existência de um mercado, de transações e da própria possibilidade de maximização da riqueza. Nas palavras de Dworkin:

a riqueza é medida pelo que as pessoas estão dispostas a pagar, em dinheiro ou algo equivalente; todavia, ninguém pode pagar com o que não possui ou pedir emprestado se não tiver algo para dar em garantia ou se os outros não tiverem nada para emprestar.²⁴

O autor conclui, então, que “não podemos atribuir direitos fundamentais simplesmente questionando quem compraria o que, a não ser que presumíssemos, de antemão, que alguns direitos – à renda ou ao trabalho – já estivessem previamente estabelecidos”.²⁵ Desse modo, o critério de maximização de riqueza não teria capacidade “lógica” de explicar a alocação inicial dos direitos, tornando tal critério estéril quanto a problemas político-jurídicos basilares.

Além disso, Dworkin ainda demonstra que Posner incorre em um segundo raciocínio circular ao supor que, em um mercado livre, os direitos fundamentais pertenceriam aos indivíduos (e não a terceiros) quaisquer que fossem as suas alocações iniciais. Para o crítico, a

²² “A maximização da riqueza como norma ética tem a propriedade de dar peso às preferências, embora menos do que o utilitarismo, e ao consentimento, embora menos do que o próprio Kant teria feito. Além disso, como explicado no meu artigo anterior, dá peso ao impulso humano, aparentemente de base genética, de compartilhar riqueza com pessoas que são menos eficazes em produzi-la ... O sistema de maximização de riqueza consiste em instituições que facilitam ou aproximam (onde é inviável a facilitação) as operações de um mercado livre e, assim, maximizam o comportamento autônomo de buscar por utilidades... É consistente, no entanto, com um desejo, enraizado nos princípios de autonomia e consentimento, de minimizar a coerção.” Ver: *Idem*. P. 496. Tradução nossa.

²³ A rigor, o critério da maximização da riqueza já seria o “produto” da imposição de limites categóricos (kantianos) ao utilitarismo.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* *Op.cit.* P. 207. Tradução nossa.

²⁵ *Idem*. P. 224. Tradução nossa.

decisão maximizadora de riqueza poderia variar de acordo com quem fosse o “titular inicial” do direito, o que implica dizer que nem sempre a aplicação do critério iria resultar na segurança dos direitos fundamentais do indivíduo. Para explicar esse ponto, precisamos retomar o fio condutor das críticas que Dworkin faz especificamente às concepções instrumentais fortes.

O autor argumenta que tais concepções seriam mais eficientes se assumissem uma teoria moral abrangente que pudesse justificar a adoção da maximização da riqueza e guiar sua aplicação prática na diferença do objetivo visado²⁶. A teoria moral abrangente que melhor se adequaria às pretensões de Posner seria o utilitarismo. Todavia, Dworkin entende que, se o objetivo final é a “promoção da felicidade”, seria mais eficiente mirar diretamente no alvo (felicidade) do que utilizar um alvo falso (maximização da riqueza) que pudesse cumprir, apenas indiretamente, o objetivo realmente desejado²⁷. Posner não responde a essa crítica diretamente, mas podemos fazê-lo facilmente mobilizando as várias passagens, em vários textos, em que esse autor explica por que não é viável assumir diretamente o utilitarismo como critério normativo-decisório. Basicamente, Posner reconhece que existem críticas ao utilitarismo que são insuperáveis - por exemplo, a crítica pertinente à lógica sacrificial (que constitui uma crítica normativa) e a crítica pertinente à dificuldade de se “medir” felicidade (que constitui uma crítica epistemológica). Por essas razões, não é adequado admitir o objetivo de “promoção da felicidade” como critério direto da decisão judicial. A “maximização da riqueza” aparece, assim, como um substituto viável, tanto por ser facilmente mensurada (pois a riqueza é aferível em termos numéricos), quanto por não conduzir a uma lógica sacrificial²⁸. Esse último ponto, todavia, não é “evidente”: o exemplo de Amartya e

²⁶ “As reivindicações instrumentais de maximização da riqueza são mais plausíveis se forem atreladas a uma das teorias de justiça não-meritocráticas (como a utilidade ou maximização), mais do que a qualquer outra coisa”. Ver: *Idem*. P.219. Tradução nossa.

²⁷ “Meus argumentos contra a premissa normativa da análise econômica também questionam qualquer premissa motivacional desse tipo. Não argumentei que a maximização da riqueza social é apenas um, dentre vários objetivos sociais plausíveis, ou é um objetivo social mesquinho, pouco atraente ou impopular. Argumentei que [a maximização da riqueza] não faz sentido como objetivo social, mesmo como um, dentre outras. É absurdo supor que a riqueza social seja um componente do valor social e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca. É, portanto, bizarro atribuir a juízes a motivação de maximizar a riqueza social por seu valor em si, ou como um alvo falso para algum outro valor. Todavia, uma explicação motivacional direta não faz sentido, a menos que faça sentido atribuir a motivação em questão aos agentes cujo comportamento está sendo explicado.” Ver: *Idem*. P. 221. Tradução nossa.

²⁸ “A felicidade é um bem, mas se perseguida com total desprezo por qualquer outro bem leva aos absurdos por mim enfatizados ... o utilitarismo pode ser expurgado de seus absurdos pela substituição da felicidade pela riqueza como máxima social ... continuamos a dar grande peso para a felicidade como o objetivo das instituições sociais, mas permitimos que a busca da felicidade seja limitada por outros princípios éticos ... Em meu artigo sobre o utilitarismo, esses princípios ... foram justificados pela referência principalmente à intuição moral. Em um artigo subsequente (não publicado, mas disponível em forma de rascunho para Dworkin e Kronman),

Derek não mostraria, justamente, uma lógica sacrificial da maximização da riqueza? Para Posner, não necessariamente, já que a necessidade de consentimento do indivíduo com as transações (herdada da tradição Kantiana), impediria tal sacrifício do indivíduo pela coletividade.

Inclusive, a maximização da riqueza seria de tal modo “protetora” do indivíduo, que o direito básico de “não ser escravizado” poderia ser fundamentado em termos econômicos: a riqueza da sociedade seria maximizada se fosse garantido, a todos os cidadãos, a liberdade laboral, já que o escravo estaria disposto a pagar mais por sua liberdade do que o senhor pela manutenção daquela mão-de-obra e, na perspectiva inversa, o indivíduo livre só venderia sua liberdade por um preço que não compensaria ao interessado em adquirir tal mão-de-obra. Dworkin explora esse ponto demonstrando, a partir de mais um caso fictício (Agatha e Sir George), que a situação posterior de liberdade/não liberdade de Agatha iria depender da alocação inicial de tal direito, o que representaria (mais) uma falha lógica grave no raciocínio de Posner. Ora, se ao Sir George fosse conferido, inicialmente, o direito ao trabalho de Agatha, esta não perceberia renda para comprar do Sir George o direito à sua própria mão-de-obra (em outras palavras, sua carta de alforria). Ainda que, em tese, Agatha pudesse tentar obter alguma renda “extra”, trabalhando além do exigido por Sir George ou pedindo emprestado ao banco, Dworkin conclui que ela estaria apenas trocando um “senhor” (Sir George) pelo outro (trabalho extenuante ou banqueiros). Nesse caso, talvez Agatha não tivesse incentivo para adquirir renda extra suficiente para comprar sua liberdade. Caso a alocação inicial da “liberdade Agatha”, Sir George não conseguiria comprar tal direito. Assim, não é plausível fundar a existência dos direitos fundamentais na maximização da riqueza porque o “resultado” da aplicação de tal critério irá variar conforme a alocação inicial do direito em questão.

Essa crítica de Dworkin, na verdade, já havia sido formulada anteriormente em “*Taking Rights Seriously*”, obra publicada em 1977²⁹. Posner também já havia tentado responder a tal crítica no texto “*Utilitarianism, Economics and Legal Theory*”, texto publicado em 1979. Todavia, a resposta de Posner, na ocasião, soou bastante contraditória³⁰. Por isso, Dworkin voltou a insistir nesse ponto de crítica em “*Is Wealth a Value?*”

localizo esses princípios éticos na ideia de consentimento que deriva da tradição ética kantiana”. Ver: POSNER, Richard A. *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*. *Op.cit.* P. 248. Tradução nossa.

²⁹ Para a versão em português, VER: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 153.

³⁰ Ao se referir ao problema de que, em algumas situações, a “alocação inicial” do direito irá determinar o resultado da aplicação do critério da maximização da riqueza a um caso concreto, Posner afirma que: “Em casos como esse, onde os efeitos da riqueza são importantes, a análise econômica não prevê uma alocação única de

Se a análise econômica faz com que o direito inicial de alguém ao seu próprio trabalho dependa de se ele compraria tal direito, caso houvesse sido atribuído a outra pessoa, esse direito não pode ser "derivado" da análise econômica, a menos que já saibamos quem inicialmente tem o direito. Esta parece ser uma séria circularidade. Não podemos especificar uma atribuição inicial de direitos a não ser que respondamos a perguntas que, por sua vez, não podem ser respondidas a não ser que uma atribuição inicial de direitos seja especificada.³¹

Posner, em sua réplica, responde a tal crítica afirmando que o exemplo de Dworkin está baseado em um “equivoco econômico”, consistente na desconsideração de que indivíduos que são “donos” do seu próprio trabalho têm um incentivo maior para produzir e, assim, a riqueza da sociedade é incrementada quando a alocação inicial do direito ao trabalho privilegia a liberdade⁷⁻³². Dworkin responde que o seu ponto não era demonstrar a absoluta impossibilidade de Agatha conseguir comprar sua liberdade; seu ponto era demonstrar apenas que não havia qualquer garantia que aquilo acontecesse⁸, pois não seria “evidente” que o escravo usaria todos os meios para conseguir comprar sua liberdade, conforme pressupunha Posner.

Logo em seguida, no artigo “*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*”, Posner reformula seu argumento de que a “maximização da

recursos, a menos que uma atribuição inicial de direitos seja especificada. No entanto, esse resultado dificilmente é fatal para a teoria econômica positiva do direito. Na pior das hipóteses, restringe o domínio da teoria: torna-a uma teoria para a qual a lei busca otimizar o uso e a troca de quaisquer direitos com os quais as pessoas começam.” Parece, desse modo, que o autor concede ao ponto levantado por Dworkin de que a “maximização da riqueza” não pode ser o fundamento moral dos direitos alocados aos cidadãos, ou seja, não pode ser o fundamento normativo do sistema de direitos. Todavia, logo em seguida, contudo, Posner afirma que: “um ponto mais importante, entretanto, é que a teoria econômica do direito é uma teoria sobre direitos e também sobre trocas. Como veremos, os direitos podem ser derivados da própria teoria; eles não precisam ser postulados.” Esse último trecho volta a insistir que o critério de maximização da riqueza “produz” ou “fundamenta” direitos, ignorando o fato de que não é possível dizer que um critério “fundamenta” direitos se: i) a alocação inicial de tais direitos não é determinada pela própria maximização da riqueza e ii) a aplicação de tal critério pode implicar, ao mesmo tempo, a concessão de tal direito à pessoa “A” ou à pessoa “B”, a depender de para quem a alocação inicial foi conferida. Ver: POSNER, Richard A. *Utilitarianism, economics, and legal theory*. *Op.cit.* P.109. Tradução nossa.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* *Op.cit.* P.206. Tradução nossa.

³² “Dworkin ignora o fato de que, se Agatha fosse livre, ela quase certamente poderia ter - não necessariamente iria ter - uma produção maior de histórias de detetive do que se fosse uma escrava. As pessoas têm um incentivo para trabalhar mais duro quando trabalham para si mesmas do que quando trabalham para outras pessoas ... isso mostra que, presumivelmente, ela poderia produzir histórias de detetive e ter tempo de sobra para jardinagem. Se assim fosse, ela poderia e iria comprar sua liberdade ... a questão é que a maximização da riqueza leva a uma solução determinada no caso Agatha-Sir George, uma vez que se assume que ela poderia produzir mais se fosse livre do que se fosse uma escrava. Uma vez que ela manteria sua liberdade se fosse concedida aos fortes e a compraria se começasse como escrava de Sir George, a atribuição inicial não determina a atribuição final. Os custos de transação são, portanto, minimizados ao torná-la inicialmente livre. Assim, a liberdade é a atribuição inicial de maximização de riqueza.” Ver: POSNER, Richard A. *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*. *Op.cit.* P.246. Tradução nossa.

riqueza” garantiria uma alocação inicial “justa” (ou seja, de matriz liberal) dos direitos fundamentais. O autor concede que, em teoria, seria possível existir uma situação em que o “trabalho de A” valeria mais para “B” do que para o próprio “A” – o que implicaria que a decisão maximizadora de riqueza imporia que “A” se tornasse escravo de “B”. Porém, uma vez que os custos da “coerção física” seriam muito maiores que os custos de “administração de um contrato”, dificilmente um sistema escravagista seria realmente um modo de produção mais eficiente (do ponto de vista da maximização da riqueza) que um sistema de transações livres e consensuais. Desse modo, Posner conclui que seria impossível deduzir uma estrutura de direitos compatível com nossas intuições éticas da premissa da maximização da riqueza.³³

Uma década depois, contudo, em *“The Problems of Jurisprudence”*, Posner enfrentou, mais uma vez, as críticas que afirmam que a “maximização da riqueza” não consegue fornecer uma base sólida para justificar a alocação inicial de direitos fundamentais. Dessa vez, reconheceu, implicitamente, que Dworkin estava certo nesse ponto. O autor analisa um caso fictício relacionado ao trabalho escravo (semelhante ao caso “Sir George e Agatha”), concluindo que o indivíduo escravizado (ou em vias de ser escravizado) não conseguiria ter a expectativa de ganhar renda suficiente para comprar ou garantir sua liberdade, assim como Dworkin já havia apontado.¹⁰ Depois, Posner segue reconhecendo que a “maximização da riqueza” poderia resultar no sacrifício da liberdade individual pelo “bem” da coletividade (aqui considerado como maximização da riqueza), implicação que contrariaria *“the unshakable moral intuitions of Americans”*. Em suas palavras:

Ainda assim, por mais hipócrita e incoerente que seja nossa ética política, não aceitamos invasões degradantes da autonomia individual meramente por julgarmos que, no fim das contas, a invasão seria um acréscimo líquido à riqueza social. E qualquer que seja a base filosófica desse sentimento, ele está, nesse momento, profundamente arraigado em nossa sociedade para que seja concedida rédea solta à maximização da riqueza.³⁴

Ponto para Dworkin. Tendo modificado suas opiniões sobre “maximização da riqueza”, Posner ainda reconheceu, muitos anos depois, que as “críticas vigorosas – embora exageradas” de Dworkin sobre a maximização da riqueza “foram convincentes e me fizeram

³³ E também: VER: POSNER, Richard A. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. *Op.cit.* P.500-501.

³⁴ POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993 (1 ed. impressa). P. 379. Após mais alguns anos, em “Overcoming Law”, Posner voltou a reconhecer que a atribuição de direitos com base tão somente no utilitarismo ou eficiência econômica poderia conduzir, em várias situações, a conclusões marcadamente antiliberais, e que não haveria, portanto, nenhuma base para se afirmar que a eficiência econômica teria precedência sobre as racionalidades moral e política no ato de atribuição e garantia de direitos civis. P. 23. Tradução nossa.

alterar essas opiniões, embora de má vontade, é claro, e com atraso.”³⁵ O que “sobrou”, então, do conceito de maximização da riqueza no pensamento de Posner?

Sob o ponto de vista normativo (ou seja, “maximização da riqueza” enquanto critério para decisão judicial), pouco, ou mesmo nada. Para começar, a conversão de Posner ao pragmatismo diminuiu suas pretensões de “objetividade”, tornando-o menos dependente de um critério que pudesse aferir, numericamente, para qual das partes em litígio deveria ser atribuído o direito. Além disso, o foco pragmático nas “consequências” abriu o leque de objetivos e preocupações que um juiz deverá considerar, não sendo mais cabível utilizar um critério exclusivo, a ser perseguido “de maneira exclusiva” pelo *common law*. Ainda assim, Posner ainda manteve a maximização da riqueza como um bom critério – ainda que não exclusivo – por bastante tempo, passando a justificar sua adoção em termos mais “pragmáticos”:

O argumento mais forte para a maximização da riqueza não é moral, mas pragmático. Defesas clássicas da liberdade de mercado, tais como o capítulo de Mill, “On Liberty”, podem facilmente receber uma leitura pragmática. Olhamos ao redor do mundo e vemos que, em geral, as pessoas que vivem em sociedades nas quais os mercados podem funcionar de forma mais ou menos livre não apenas são mais ricas do que as pessoas de outras sociedades, mas têm mais direitos políticos, mais liberdade e dignidade, estão mais contentes (como fica evidente pela menor propensão à emigração) – desse modo, é provável que a maximização da riqueza seja o caminho mais direto para uma variedade de objetivos morais. (...) Pode até ser impossível estabelecer bases filosóficas sólidas a partir da maximização da riqueza, assim como pode ser impossível estabelecer bases filosóficas sólidas a partir das ciências naturais, mas esta seria uma razão pobre para abandonar a maximização da riqueza(...)³⁶

Na verdade, a defesa que Posner faz em benefício da “maximização da riqueza” em “*The Problems of Jurisprudence*” pode ser compreendida como uma justificativa moral nos termos que Dworkin descreve como uma “concepção instrumental fraca”. A maximização da riqueza continua a ser, como antes, um meio de se obter outros objetivos desejáveis, mas, agora, o estabelecimento dessa relação entre objetivo-meio e objetivo-fim é tão somente “provável”. Além disso, a “maximização da riqueza” passar a ser também um critério “derrotável” frente às demais consequências da decisão.

³⁵ POSNER, Richard. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. New York University Annual Surberu of American Law. Vol. 63, 2007, pp. 9-14.

³⁶ *Idem*. P.114. Tradução nossa.

Não acreditamos que Posner tenha chegado, algum dia, a realmente considerar que a maximização da riqueza deveria ser o critério normativo único, exclusivo, supremo de certas áreas do *common law*. Ele sempre esteve preocupado, por exemplo, com a garantia dos direitos fundamentais (algo que ficou explícito no texto “*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*”). Todavia, sua defesa teórico-abstrato da maximização da riqueza o fazia ter uma compreensão quase “ingênua” sobre a capacidade que tal critério teria de garantir, ao mesmo tempo, consequências eficientes (do ponto de vista de uma engenharia social) e moralmente aceitáveis (do ponto de vista de uma concepção liberal-kantiana). Ao ser “confrontado” com exemplos (ainda que fictícios) que demonstrassem a incompletude da maximização da riqueza como critério decisório, Posner passou a adotá-la em termos bem mais modestos, do ponto de vista teórico, a partir de *The Problems of Jurisprudence*.

É possível compreender, ainda, que Posner abandonou totalmente a maximização da riqueza como critério normativo a partir de “*Reflections on Judging*”, como defende Aroso Linhares³⁷. Nessa obra, Posner conclui que o estado atual da prática jurídica americana assume, no plano positivo (descritivo), feições de um “realismo de complexidade” que mobiliza, de maneira cada vez mais acentuada, um retorno ao formalismo. Esse modelo de “discrecionabilidade autocontida” (*constrained discretion*) - iluminada, no máximo, pelo “senso comum” (*common sense*) – privaria a teoria de um modelo de “juiz regulativo” orientado a aplicar um critério substantivo (maximização da riqueza) previamente assumido. De fato, uma vez que a maximização da riqueza pressupõe ficções analíticas (ser humano enquanto “maximizador racional” (*rational maximizer*) e o “mundo de transações sem custos”) que provocam muitas resistências na “experiência comum”, acaba incorrendo, enquanto critério decisório, em uma “presunção de irrealismo”, contrariando exatamente as possibilidades/exigências do realismo de complexidade que Posner passa a admitir no plano descritivo. Portanto, consideramos que a ideia da “maximização da riqueza” como critério normativo foi plenamente derrotada e que tal “derrota” foi reconhecida pelo próprio Posner.

Resta saber, agora, se Dworkin também estava certo ao estatuir que a falta de plausibilidade da premissa normativa da análise econômica implica, necessariamente, a falta de plausibilidade da sua premissa descritiva. Posner também teria errado ao afirmar, na sua obra “*Economic Analysis of Law*”, que a tradição do *common law* tem sido construída a partir de decisões maximizadoras de riqueza?

³⁷ LINHARES, José Manuel Aroso. Decisão judicial, realismo de complexidade e maximização da riqueza: uma conjugação impossível? **Boletim de Ciências Econômicas**, Vol.1753, 2014.

Há duas formas de criticar essa premissa descritiva de Posner. Primeiro, pode-se questionar as correlações encontradas por esse autor entre as decisões “reais” de determinadas áreas do *common law* com o que seria a “decisão ideal” maximizadora de riqueza social. Posner utilizou um número suficiente de decisões (tamanho da amostra) para chegar a algum resultado estatisticamente significativo? A amostra foi aleatória ou direcionada? Posner escolheu categorias linguísticas que classificassem, de maneira apropriada, os critérios orientadores de determinada decisão? Essas perguntas exemplificam os tipos de erros de desenho de pesquisa que Posner pode ter cometido. John Donohue e Ian Ayres³⁸, por exemplo, expõem alguns dos problemas metodológicos do “*Economic Analysis of Law*”. Os autores afirmam que Posner, por vezes, distorce fatos para que eles caibam na sua conclusão pré-determinada; reduz cenários de análises e não fornece provas empíricas suficientes de suas premissas.

A segunda forma de criticar a premissa descritiva de Posner é identificando possíveis equívocos que esse autor pode ter cometido ao sugerir o “mecanismo causal” que explica a correlação encontrada. O discurso científico-empírico faz uma diferença básica entre “correlação” e “causalidade”. A correlação indica que duas variáveis se relacionam estatisticamente, seja de maneira diretamente proporcional ou inversamente proporcional. Todavia, a correlação entre duas variáveis não significa que exista uma dependência ou influência entre as duas variáveis. Ou seja, a mera correlação não “prova” causalidade. Ora, os padrões de regularidade entre duas variáveis podem ocorrer por mera coincidência ou pelo fato de ambas variáveis são “efeitos” independentes de uma causa comum (correlação espúria). Desse modo, para compreender e descrever adequadamente um fenômeno é necessário não apenas detectar regularidades e padrões entre variáveis que compõem tal fenômeno, mas também encontrar uma teoria que explique satisfatoriamente como essas variáveis se relacionam causalmente, ou seja, de que modo uma pode ser reputada a “causa” (ou, pelo menos, “influência”) da outra. Em outras palavras, é necessário identificar o possível “mecanismo causal” que orienta a relação dessas duas variáveis. Não basta a percepção de que as variáveis estão correlacionadas. É preciso compreender *por que* elas estão correlacionadas.

Dworkin opta, então, por questionar tão somente a identificação do “mecanismo causal” assumido por Posner: Por que os juízes do *common law* estariam decidindo de

³⁸ DONOHUE III, John; AYRES, Ian. Posner's Symphony N.3: Thinking About The Unthinkable. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1987.

maneira a maximizar a riqueza? Qual teoria comportamental poderia explicar tal orientação decisória supostamente assumida pelos juízes americanos?

Dworkin descarta, de imediato, teorias “não motivacionais” (genéticas, químicas e neurológicas). Descarta também, dentre as teorias “motivacionais”, a linha freudiana (pelo fato de que nunca teria ouvido um argumento nesse sentido), e a concepção focada na “mão invisível” (uma vez que Posner a teria recusado expressamente). A última teoria explicativa que restaria, portanto, seria a “intencional”, resumível na seguinte afirmação: juízes do *common law* decidem a partir do critério de maximização da riqueza porque intencionam, de fato, de maximizar a riqueza.

Nesse ponto, Dworkin faz a intersecção com o aspecto normativo da análise econômica. O que levaria os juízes do *common law* a *querer* maximizar a riqueza social? Por que o objetivo desses juízes seria incrementar o nível de riqueza social, ao invés de incrementar os níveis de felicidade, ou diminuir os níveis de pobreza, ou simplesmente “fazer justiça”?

Não faz sentido dizer que é porque tais juízes acreditariam que a riqueza social é um bom objetivo a ser perseguido “por si próprio”, já que, como teria ficado estabelecido pela crítica normativa, a riqueza social não pode ser considerada como um valor em si. Também não faria sentido dizer, nos termos de uma concepção instrumentalista forte, que os juízes acreditariam que a maximização da riqueza deva ser aplicada “de maneira exclusiva” para conseguir outros objetivos valiosos, tais como a proteção de direitos fundamentais e a promoção da felicidade, já que não seria plausível assumir que a maximização da riqueza conseguiria produzir mais bem-estar social (*welfare*) que outras estruturas políticas e econômicas mais conciliatórias³⁹.

Posner responde a esse argumento esclarecendo que nunca defendeu que a maximização da riqueza iria maximizar transações, proteção aos direitos ou felicidade, tudo ao mesmo tempo. O argumento, diz ele, é que a maximização da riqueza iria prover um pouco de cada uma dessas coisas, pois, por ser uma “moeda neutra” em matéria de valor, conseguiria equilibrar as demandas da promoção da felicidade, justiça distributiva e proteção a direitos fundamentais. Assim, Dworkin estaria errado ao supor que seria mais eficiente decidir diretamente de acordo com os objetivos “como fim em si mesmo”: se não está claro como

³⁹ “A questão é se uma prática que diz aos juízes para nunca olhar para a utilidade, mas apenas para a maximização da riqueza, produzirá mais utilidade do que as regras que dizem aos juízes para levarem a utilidade expressamente em consideração em alguns casos, como os casos que descrevo, quando a utilidade geral os efeitos são provavelmente muito grandes.” Ver: DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value? Op.cit.* P.226. Tradução nossa.

fazer, em um sistema econômico planejado, as compensações necessárias entre os diversos bens relevantes para o indivíduo, a vantagem da maximização da riqueza é que ela realizaria tais compensações automaticamente.

Dworkin dificilmente terá se impressionado com essa resposta, pois, de qualquer modo, tanto uma concepção instrumental forte, quanto uma concepção instrumental fraca, precisaria explicar por qual motivo seria plausível supor que a maximização da riqueza conseguiria, por si só, incrementar – ainda que moderadamente – o nível de concretização de outros objetivos ou finalidades sociais (tais como a redução da pobreza ou o poder econômico do estado diante da comunidade internacional).

O problema é que, para sustentar uma “concepção instrumentalista fraca” como mecanismo causal da correlação encontrada pela análise econômica, seria necessário cumprir um pesado fardo de argumentação teórica e empírica que envolvesse elementos da história dos intelectuais e da sociologia. Para Dworkin, a análise econômica do direito não estaria nem perto de cumprir tal tarefa⁴⁰.

Posner, contudo, na sua réplica à Dworkin, reconheceu que, se este fosse realmente seu fardo, então ele teria falhado em sustentá-lo. “Contudo”, Posner disse, “argumentos que dependam da estratégia de alocar um fardo probatório extremamente pesado no oponente são fáceis”. Esse é o ponto em que as lentes epistemológicas que orientam os dois autores se chocam frontalmente, impedindo “uma resolução” do argumento.

Ocorre que Dworkin, enquanto coerentista, realmente impõe um fardo teórico “pesado demais” aos seus oponentes. Leia-se, por exemplo, a lista de exigências iniciais sugeridas por Dworkin para que uma “concepção instrumentalista fraca” fosse apta a provar que os juízes do *common law* “querem”, efetivamente, maximizar a riqueza:

Os juízes que desenvolveram o sistema de responsabilidade baseado na culpa ou o sistema de responsabilidade objetiva supuseram que suas decisões incrementariam a utilidade total média? Se tais juízes eram uniformemente

⁴⁰ “A versão instrumental fraca argumenta apenas que, às vezes, um incremento na riqueza social gera incrementos de outros tipos. Mas a versão instrumental fraca - de que, às vezes, isso ocorrerá - é insuficiente para argumentar que os juízes devam aceitar a maximização da riqueza como o único teste para mudança no *common law*, ou mesmo em algum ramo ou divisão particular do *common law*. Esse argumento requer a tese forte de que os juízes que aceitam esse único teste produzirão mais daquilo que é independentemente valioso, como a melhoria da pobreza. Se o ramo normativo da análise econômica não incluir pelo menos alguma afirmação instrumental forte desse tipo - se ela se basear apenas na afirmação fraca e não elaborada de que às vezes a busca de riqueza levará a outros bons resultados - então o ramo normativo da teoria é enfadonho e enganoso: enfadonho porque ninguém contestará a afirmação e enganoso porque a teoria deveria então ser nomeada, não em referência à riqueza, mas em referência ao objetivo verdadeiro até agora não especificado para o qual a riqueza, às vezes, consegue servir.” Ver: *Idem*. P.205. Tradução nossa.

utilitaristas, quem, portanto, contabilizaria as vantagens? Esta explicação é válida apenas para um certo grupo de casos em um ponto particular no desenvolvimento do *common law*? É plausível supor que os juízes ao longo de um período extenso sustentaram a mesma teoria do valor social? É plausível supor, por exemplo, que eles eram utilitaristas indiferentes antes, durante e depois da popularidade acadêmica dessa teoria da justiça social? Isso apenas arranha a superfície do tipo de explicação que seria necessária para dar uma explicação instrumental fraca do comportamento judicial ao longo das linhas de maximização da riqueza, mas é o suficiente, talvez, para sugerir o quão frágil é a presente literatura sobre o tema⁴¹.

Posner, por sua vez, satisfaz-se com a obtenção de uma correlação estatisticamente significativa entre duas variáveis para reputá-las como a causa uma da outra, já demonstrando certa impaciência com complexidades teóricas típica do seu futuro “pragmatismo do cotidiano”. Ora, provavelmente pensa ele, o bom senso nos diz que, se efetivamente existem uma tendência significativa no *common law* a decisões que maximizem a riqueza, então é possível concluir que os juízes efetivamente têm decidido de forma a maximizar a riqueza, sendo desnecessário investigar de forma mais profunda os mecanismos psicológicos/ideológicos/cognitivos que conformam tal decisão.

Ademais, há outra explicação sociológica/histórica bastante “razoável” para tal correlação: como Posner mesmo lembra, grande parte do conteúdo do *common law* americano foi construído no século XIX, era de grande crescimento econômico nos Estados Unidos^{42,43}. É plausível supor, portanto, que a moralidade política (embutida dos valores do liberalismo econômico) tenha sido absorvida pelo *common law*, ainda que não necessariamente por

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* *Op.cit.* Tradução nossa.

⁴² “O *common law* é, em grande parte, o produto de um período (século XIX) em que os valores econômicos eram uma parte importante da ideologia predominante. Além disso, o *common law* tende a regular o comportamento em áreas e por meios onde a redistribuição é difícil de realizar e onde, portanto, a única forma de um grupo aumentar sua riqueza é apoiar políticas que levem ao aumento da riqueza da sociedade como um todo.” Ver: POSNER, Richard A. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication.* *Op.cit.* P.250. Tradução nossa.

⁴³ “Esta análise não explica o que leva os juízes a decidirem casos do *common law* de acordo com os ditames da maximização da riqueza. Provavelmente não foi por acaso, portanto, que muitas doutrinas do *common law* assumiram sua forma moderna no século XIX, quando a ideologia do *laissez-faire*, que se assemelha à maximização da riqueza, teve um forte controle sobre a imaginação judicial anglo-americana; Pode-se objetar que, ao atribuir a ideologia como causa do comportamento judicial, o economista extravasa os limites de sua disciplina; mas ele não precisa se apoiar na ideologia. Uma análise econômica da legislação implica que os campos do direito deixados para os juízes elaborarem, como os campos do direito comum, devem ser aqueles em que as pressões dos grupos de interesse são muito fracas para desviar o legislativo de perseguir objetivos que são em geral interesse. A prosperidade é um desses objetivos e um objetivo que os juízes estão especialmente bem equipados para promover. As regras do *common law* que eles promulgam atribuem preços a condutas socialmente indesejáveis, seja ‘caronas’ ou imposição de custos sociais sem os benefícios correspondentes. Ao fazer isso, as regras criam incentivos para evitar tal conduta, e esses incentivos promovem a prosperidade. Em contraste, os juízes podem, apesar das aparências, fazer pouco para redistribuir a riqueza.” Ver: POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence.* *Op.cit.* P. 359. Tradução nossa.

concordância ideológica⁴⁴. Nesse ponto, o próprio Dworkin seria obrigado a concordar com a plausibilidade tal hipótese, já que seu coerentismo integra a tradição jurídica em uma prática discursiva mais abrangente (a moralidade política).

De todo modo, ainda que a premissa descritiva da análise econômica do direito de Posner fosse plausível nas décadas de 70 e 80, provavelmente não será mais hoje. Isso porque, como já mencionado, o próprio Posner faz uma descrição bem diferente da prática jurídica nas suas obras mais especialmente, especialmente “*How Judges Think*”, “*The Behavior of Federal Judges*” e “*Reflections on Judging*”. Nas duas primeiras obras, nota-se que a análise econômica do direito se sustenta como uma contabilização global de custos e benefícios, em uma “expansão indiferenciadora” da maximização da riqueza. Na última obra, Posner descreve um cenário de “realismo de complexidade”, que tende a dar força para adjudicação formalista. Com isso, pouco restaria da premissa central originalmente formulada em “*Economic Analysis of Law*” (focada na maximização da riqueza como critério normativo e mecanismo descritivo da prática), o que não significa dizer que também restariam poucas perspectivas para uma análise econômica do direito fundada em premissas mais abrangentes, tais como a premissa do ser humano como “*rational maximizer*” ou, de maneira ainda larga, apenas como meio de previsão das possíveis consequências de uma decisão.

2.2 JACK BALKIN CONTRA POSNER: O PROJETO DE DOMINAÇÃO ACADÊMICA DOS ESTUDOS INTERDISCIPLINARES PELA “*LAW AND ECONOMICS*”

Jack Balkin possui dois textos de crítica direta a Posner: “*Too Good to Be True – The Positive Economic Theory of Law*” (1987)⁴⁵ e “*The Domestication of Law and Literature*” (1989)⁴⁶. No primeiro artigo, Balkin faz uma crítica ao aspecto descritivo da análise econômica do direito, explorado de maneira mais detalhada na obra “*The Economic Structure of Tort Law*”⁴⁷, lançada por Posner em 1987. No segundo artigo, Balkin faz uma crítica à compreensão de Posner acerca da relação entre direito e literatura, contida na obra “*Law and*

⁴⁵ BALKIN, Jack M. *Too Good to Be True – The Positive Economic Theory of Law*. *Columbia Law Review*. Vol. 87, 1987, pp.1447-1489.

⁴⁶ BALKIN, Jack M. *The Domestication of Law and Literature*. *Law & Social Inquiry*. Vol. 14, 1989, pp.787-822.

⁴⁷ POSNER, Richard; LANDES, William. *The Economic Structure of Tort Law*. Harvard University Press: 1987.

Literature: A Misunderstood Relation?” (1989)⁴⁸. Ambos os textos, apesar de abordar temáticas diferentes, possuem um argumento comum: o pensamento de Posner seria ideologicamente orientado e comprometido com o conservadorismo (espectro político da “direita” norte-americana). De forma mais exata, o alegado comprometimento ideológico de Posner constitui o ponto central da crítica de Balkin, que, como um dos representantes mais influentes do movimento do *Critical Legal Studies*, tende a assumir a “política” como lente epistemológica fundamental para compreensão das mais diversas instituições culturais e sociais, incluindo o direito.

Em “*Too Good to Be True – The Positive Economic Theory of Law*”, Balkin questiona o aspecto positivo (descritivo) da análise econômica da área do direito referente à responsabilidade civil extracontratual – qual seja, de que a melhor maneira de se explicar o sistema do *common law* é pela compreensão de que os juízes que inovaram no direito por meio de decisões que se tornaram precedentes relevantes, estão tentando promover uma alocação de recursos eficiente⁴⁹ – podendo tal crítica ser ampliada para as demais áreas.

Primeiro, Balkin demonstra que tal descrição da prática jurídica feita por Posner não é, como este pretende, “*value free*” (axiologicamente neutra). Ao contrário, o aspecto positivo da análise econômica do direito estaria intimamente relacionado, e comprometido, com a ideologia conservadora norte-americana.

Para defender que a teoria “positiva” da análise econômica não é neutra em matéria de valores, Balkin a qualifica como uma “teoria interpretativa!” (“*interpretive theory*”), semelhante, nesse ponto, à teoria de Dworkin⁵⁰. Enquanto “*interpretive theory*”, a teoria positiva da análise econômica forneceria uma descrição da prática jurídica “adequada” aos compromissos ideológicos que lhe subjazem, nos seguintes termos: a posição ideológica estabelece, para o autor, os princípios decisórios mais relevantes para orientação da atividade jurisdicional. Em seguida, o autor encontraria decisões concretas que pudessem ser “lidas” como resultado da aplicação de tais princípios pelos tribunais, confirmando-se que a “prática” ou “tradição” se orienta, descritivamente, por aquela linha de pensamento. Os casos cujas soluções judiciais não fossem adequadas àquela descrição (ou seja, que contrariassem a solução que seria previsível caso a descrição sugerida fosse efetivamente correta) seriam

⁴⁸ POSNER, Richard. **Law and Literature: A Misunderstood Relation?** Cambridge: Harvard University Press, 1988.

⁴⁹ POSNER, Richard; LANDES, William. **The Economic Structure of Tort Law**. *Op.cit.* P.1.

⁵⁰ Além disso, Balkin também nota que a teoria de Posner é “normativa enquanto descritiva”, uma vez que apresenta a “a maximização da riqueza como um princípio normativo unificador da responsabilidade civil que poderia ser utilizado por juízes para decidir casos futuros, como Landes e Posner, obviamente, pensam que deveria.”Ver: BALKIN, Jack M. *Too Good to Be True – The Positive Economic Theory of Law*. P. 1450. Tradução nossa.

tratados como “aberrações” ou “erros”. Trata-se, portanto, de “escolher” qual(is) princípio(s) são “*moralmente palatáveis*” para explicar parte das decisões judiciais que constituem o *common law*, sabendo-se que a “outra parte” das decisões – aquela parte que não se adequar aos princípios previamente escolhidos – será ignorada ou considerada “um erro”⁵¹⁻⁵². Tal “escolha”, portanto, não é “axiologicamente neutra”, já que algumas doutrinas irão parecer mais importantes para justificar do que outras. Balkin identifica, então, que para a ideologia conservadora, é importante justificar as doutrinas que limitam a responsabilidade por acidentes em um padrão mais “individualista” (em oposição ao padrão “comunalista”)⁵³⁻⁵⁴.

A partir de tais constatações, Balkin passa a demonstrar que: i) a metodologia utilizada por Posner é facilmente manipulável, característica que facilita, e, ao mesmo tempo é facilitada pelo seu comprometimento ideológico com o conservadorismo⁵⁵; ii) que tal manipulação conduz a uma visão reducionista da prática do *common law*, e que, portanto; iii) a teoria positiva da análise econômica carece de poder explicativo.

Defensores da análise econômica frequentemente respondem às críticas de que a teoria estaria comprometida com o conservadorismo afirmando que a “economia” não é nem de direita, nem de esquerda. De fato, se por “economia” compreende-se a ciência que estuda o

⁵¹ “O ponto desse exemplo é simples: a dimensão do ajuste - a escolha do que explicar e do que deixar sem explicação em uma teoria interpretativa, tem um componente normativo. As escolhas de Landes e Posner estão vinculadas ao seu pressuposto de neutralidade de risco; esta não é uma suposição puramente descritiva ou simplificadora, mas conveniente para sua agenda política e para as conclusões particulares que eles gostariam de chegar”. *Idem*. P. 1454. Tradução nossa.

⁵² Brian Bix explica que Guido Calabresi busca, justamente, corrigir tal problema metodológico da análise econômica. VER: BIX, Brian H. Law and economics and the role of explanation: A comment of Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics*. In: *European Journal of Law and Economics*, 2018.

⁵³ O termo “comunalista” também poderia ser traduzido por “comunitarista” ou “solidarista”.

⁵⁴ “No sistema de responsabilidade civil, podemos classificar as posições como relativamente individualistas ou relativamente comunalistas. Uma posição é relativamente individualista se tende a limitar a responsabilidade do réu ou não enfatiza a responsabilidade do réu por um dano ao autor. Uma posição é relativamente comunalista se tende a expandir a responsabilidade do réu ou enfatizar a responsabilidade do réu para com os outros. Desde o final do século XIX, o conservadorismo político americano tem sido geralmente individualista em questões econômicas; ela (pelo menos em comparação com o liberalismo americano) viu a liberdade de contrato como um valor fundamentalmente importante e resistiu às tentativas de regulá-la. Além disso, há uma analogia clara entre as atitudes individualistas em relação à regulação econômica e os deveres ilícitos. No direito civil, o individualismo econômico implica uma preferência por padrões mais baixos de negligência de responsabilidade (em oposição a responsabilidade objetiva), soluções de mercado para problemas de dever (em preferência a direitos não declaráveis) e defesas como alfanega, negligência por contribuição, assunção de risco, e “fellow servant rule” [doutrina do common law que estabelece que um empregado que tenha sofrido danos em razão da conduta de outro empregado não poderá cobrar reparação de danos do seu empregador].” *Idem*. P. 1454.

⁵⁵ Balkin explica a relação entre a face econômica do conservadorismo (individualismo econômico) e a crença de que regras de distribuição de responsabilidade civil extracontratual seriam um meio ineficiente de realizar “redistribuição de renda”, devendo tal redistribuição ser realizada por meio do sistema tributário e políticas de bem-estar social: “Esse argumento reflete três aspectos diferentes da ideologia do individualismo econômico: (1) a preferência por soluções de livre mercado e a suposição de que o mercado funciona perfeitamente ao fornecer mercadorias às pessoas que as valorizam; (2) a ênfase na responsabilidade do autor de cuidar de si mesmo como uma alternativa para impor ao réu a responsabilidade de cuidar do autor; e (3) a preferência por decisões individuais em vez de sociais sobre a necessidade e extensão dos gastos com proteção pessoal.” *Idem*. P. 1456. Tradução nossa.

comportamento humano para realizar uma distribuição eficiente de recursos, não se pode afirmar que exista um viés ideológico tendente ao conservadorismo em tal conceituação. Todavia, a teoria positiva da análise econômica defendida por Posner em “*Economic Analysis of Law*” está embutida de pressupostos metodológicos – tais como a própria “conceituação” de “eficiência” como “maximização da riqueza” e assunção de um padrão de “neutralidade de risco”⁵⁶ nas operações econômicas – que acabam acarretando, normalmente, soluções normativas típicas do conservadorismo⁵⁷.

Em “*The Domestication of Law and Literature*”, Balkin ascende o tom da sua crítica, acusando Posner de estar comprometido com um projeto de “domesticação da literatura” para manter a “economia” como a principal disciplina acessória ao direito⁵⁸. Na batalha da “interdisciplinariedade”, Posner tentaria manter a “economia” como disciplina soberana, afastando a influência da literatura, como estratégia para manter os conteúdos da crítica política afastados das arenas jurídicas⁵⁹. Balkin identifica, a partir de uma análise desconstrutivista, alguns “indícios” da existência de tal projeto.

⁵⁶ Um dos pressupostos utilizados pela teoria positiva da análise econômica para justificar aquela categoria de doutrinas é o “*risk neutrality*”, o que “comprovaria” que a escolha dos pressupostos metodológicos e conceituais da teoria serviria às conclusões ideologicamente desejáveis, nos seguintes termos: “Na verdade, suspeita-se que os autores optaram por assumir a neutralidade do risco por razões totalmente distantes da mera simplicidade. A suposição de neutralidade de risco é central para as teorias econômicas da escola de economia de Chicago e para sua ideologia conservadora. Em particular, permite uma movimentação fácil da maximização da utilidade para a maximização da riqueza. A alegação de que as pessoas são neutras ao risco - que a utilidade marginal da renda é constante em vez de diminuir - permite que Landes e Posner presumam que um dólar nas mãos de uma pessoa rica cria tanta utilidade quanto um dólar nas mãos de uma pessoa pobre . ' Assim, ele simultaneamente evita a conclusão sob sua teoria de que qualquer regra de responsabilidade civil pode ser justificada tanto por motivos de redistribuição de renda quanto por distribuição de riscos: não há ganho de eficiência na redistribuição de renda porque a renda extra é tão valiosa para os ricos quanto para os pobres . Não há ganho de eficiência com a distribuição dos riscos porque todas as pessoas são consideradas neutras ao risco.” *Idem*. P. 1452. Tradução nossa.

⁵⁷ Trata-se do conhecido problema que afeta a “validade externa” de pesquisas empíricas em ciências sociais: a elaboração do “desenho de pesquisa” envolve escolhas conceituais que irão influenciar o resultado da pesquisa. Por exemplo, se um pesquisador busca compreender a relação entre as variáveis “pobreza” e “criminalidade”, as diferentes formas de densificar os conceitos de “pobreza” e “criminalidade” poderão implicar na obtenção de diferentes graus de correlação entre as duas variáveis, confirmando ou refutando a hipótese. A depender da ideologia do pesquisador, a densificação será feita, então, de modo a obter-se a correlação necessária (ou a “não correlação”) para sustentar a hipótese. Esse problema é “inescapável”, pois qualquer variável precisa ser densificada em conceitos que, por sua vez, precisam ser densificados em indicadores que possam ser numericamente medidos. Trata-se de “escolhas” na elaboração do desenho de pesquisa e, onde há “escolhas”, o elemento ideológico poderá penetrar. Por essa razão, a “teoria” é essencial para a pesquisa empírica: é por meio de um corpo teórico previamente formado e explicitado que o pesquisador poderá guiar suas escolhas – não de maneira axiologicamente “neutra”, mas pelo menos de maneira a explicitar seus pressupostos ideológicos.

⁵⁸ “O fato de um estudioso de tal importância e com visões políticas como o juiz Posner estar escrevendo um livro sobre direito e literatura neste momento da história da academia jurídica não é mera coincidência. É parte de uma disputa maior sobre os termos e condições dos estudos jurídicos acadêmicos em uma era cada vez mais interdisciplinar na qual “law and economics” se estabeleceu com proeminentes (e muitas vezes politicamente conservadora) força.” BALKIN, Jack M. *The Domestication of Law and Literature*. P. 812.

⁵⁹ “No entanto, para estabelecer a economia como uma disciplina mestra, é necessário que Posner faça pela economia o que as gerações anteriores de estudiosos do direito tentaram fazer pelo direito. Preservar a autoridade da economia (e, portanto, do direito) agora requer a preservação da autonomia da economia em relação à política

O primeiro, e principal, seria a existência de uma constante oposição, realizada por Posner, entre, de um lado, racionalidade/masculino/rígido/apolíneo/direito e, do outro lado, irracionalidade/feminino/flexível/dionisíaco/literatura e política. Essa oposição apareceria até nos elementos pré-textuais, tais como a orelha do livro, a foto da capa e os agradecimentos⁶⁰.

Essa associação entre “direito” e “racionalidade”, em contraponto à irracionalidade da política e da literatura, teria a função estratégica de legitimar e sedimentar determinados os conteúdos favoráveis à ideologia conservadora como “justos” e “racionais”, enquanto demais conteúdos seriam reputados “irracionais” e, conseqüentemente, ficariam à margem da regulação ou proteção jurídica⁶¹. De fato, conforme argumentaremos no capítulo 4, o “ponto chave” para compreender Posner (inclusive suas contradições) diz respeito à assunção, pelo autor, de uma concepção de uma “razão platônica” para o direito na sua fase “análise econômica”, com uma conseqüente repulsa a “qualquer traço” irracionalidade.

O segundo indício diz respeito a um suposto “silenciamento” ou “descrição seletiva” de Posner acerca do paradigma moderno de crítica literária, qual seja, o desconstrucionismo

e outras disciplinas. Se a economia não for uma ciência, se for apenas outra forma de política, os debates econômicos poderiam se tornar tão contestáveis e políticos quanto os jurídicos. Além disso, para fornecer uma base segura para a autoridade do direito, a economia deve ser capaz de explicar o direito em termos econômicos sem qualquer assistência substancial ou competição de outras disciplinas. A estratégia de Posner, portanto, requer que ele subordine a autoridade de outras disciplinas que podem alegar falar tão vigorosamente sobre a lei quanto a economia fala.” BALKIN, Jack M. *The Domestication of Law and Literature*. P. 798. Tradução nossa.

⁶⁰ “Poderíamos começar nossa desconstrução, então, focalizando um elemento especialmente marginal deste livro - a sobrecapa. Na sobrecapa encontra-se uma foto muito agradável do juiz Posner sorrindo, que contrasta marcadamente com a fotografia da capa de seu último livro, *The Economic Structure of Tort Law*, em que ele parecia estar carrancudo ... Talvez isso signifique a seriedade sombria da economia em oposição à falta de seriedade despreocupada da literatura ... No entanto, se, como a semiótica nos diz, o significado é construído em um sistema de diferenças, talvez a sobrecapa esteja astutamente significando que a diferença entre direito e economia e direito e literatura é a diferença entre o juiz Posner sério e o juiz Posner sorrindo, entre o pensamento realmente rigoroso que a economia exige e o tipo de devaneio que fazemos em uma cadeira estofada com um romance em uma das mãos e um copo de conhaque na outra ... No entanto, se quisermos pesquisar neste livro o item mais insignificante e sem sentido que poderíamos tirar do contexto, não devemos nos contentar em parar com a sobrecapa ... Lá, na página da dedicatória, encontramos estas palavras fascinantes: “para minha mãe que me iniciou nos prazeres da literatura, e meu pai, que me encorajou a ir para a faculdade de direito”. Se o significado está inscrito em um sistema de diferenças, que riqueza de diferenças está enterrada nesta passagem inocente. A mãe, o feminino, que iniciou o jovem Dick Posner no prazer (literatura). O Pai, o masculino, que encoraja o jovem Dick Posner (seja firme e constante!) a ir (viajar, jornada) para a faculdade de direito (um esforço árduo, com certeza). Pai e mãe, masculino e feminino, trabalho e prazer, razão e emoção, público (viagem a uma escola de direito) e privado (iniciação aos mistérios), sério e não sério, direito e literatura.” *Idem*. P. 787-789. Tradução nossa.

⁶¹ “A função ideológica da distinção razão/ paixão é identificar certas atitudes e crenças com a própria razão - é um método de negar a existência das próprias paixões ou preconceitos, revestindo-os da ciência, lei natural, necessidade biológica, análise econômica, doutrina racional, princípios neutros ou o que quer que seja. Desta forma, a pessoa se torna o apóstolo da razão, e seus adversários são vistos como infantis, imaturos, irrealistas, cabeças-quentes, não-científicos ou simplesmente analfabetos ... as características indesejáveis da não-razão são projetadas longe do que é identificado com a razão (lei) e projetado naquilo a que a lei se opõe (política). Dessa forma, os aspectos problemáticos da lei são vistos como fora da lei. Assim, evita-se reconhecer que a lei pode compartilhar qualquer uma das características desagradáveis associadas à paixão - que um sistema de lei também pode ser irracional, prejudicial ou opressor em caráter”. *Idem*. P. 794. Tradução nossa.

(que teria substituído o paradigma da “nova crítica”)⁶². Para Balkin, Posner teria omitido a relevância desse paradigma literário para não ter que lidar com a desconstrução dentro do direito⁶³. Todavia, não compreendemos o sentido de tal crítica, pois Posner dedica um subtópico inteiro para explicar (e criticar) o paradigma literário do desconstrucionismo⁶⁴. Inclusive, o próprio Balkin depois afirma que Posner teria compreendido mal o intento da “desconstrução” e reduzido suas possibilidades de uso dentro do direito, uma vez que este teria considerado que a desconstrução serviria tão somente para encontrar contradições textuais. Ora, as duas afirmações são incoerentes entre si: ou Posner deixou de mencionar o paradigma da desconstrução, ou, tendo mencionado tal paradigma, o compreendeu de maneira equivocada.

O terceiro indício seria, justamente, a “redução” do sentido de “desconstrucionismo” operada por Posner. Supostamente, esse autor compreenderia que o “desconstrucionismo” é apenas “identificação de contradições”, sem dar a devida relevância às “omissões” e “vaguezas”, ou seja, àquilo que é tão marginalizado pelos padrões de moralidade e justiça política que sequer aparece na superfície do texto. Todavia, Posner deixa claro que o desconstrucionismo preocupa-se não apenas com contradições nos textos, mas também com as suas omissões – ou seja, com o “não dito”. O que, de fato, Posner repudia é a utilização dessa lente desconstrucionista para a interpretação de textos jurídicos, pois as diferentes funções da linguagem literária e da linguagem jurídica implicam em funções diferentes para a crítica também. Textos literários são propositalmente recheados de omissões, ambiguidades, contradições, vaguezas e circularidades por razões estéticas. Inclusive, são justamente essas “imperfeições” no texto que permitem que os leitores construam sentido radicalmente diferentes, enriquecendo o potencial da obra. Os textos legais, ao contrário, precisam ser o mais coerente e livre de ambiguidades possível, pois só assim conseguirão cumprir a dupla

⁶² “Problemas semelhantes de omissão e descrição seletiva ocorrem no tratamento de Posner para as formas mais proeminentes da teoria pós-estruturalista hoje - desconstrução”. *Idem*. P. 807. Tradução nossa.

⁶³ “A estratégia de Posner neste livro agora fica clara: é reinterpretar a literatura e a teoria literária de uma forma que não seja relevante para as questões políticas e sociais. Quanto mais a literatura tem a ver com poder ou ordem social, mais potencialmente relevante ela seria para o direito e maior sua competição potencial com a economia. Quanto mais literatura e literatura são vistas como triviais, apolíticas e meramente formas de entretenimento, mais facilmente elas se encaixam no esquema ideológico de Posner. Isso, não é de admirar que ao longo deste livro, quando as interpretações literárias ameaçam falar sobre política, são rejeitadas como más interpretações, e onde a teoria literária ameaça se fundir com o criticismo social, é rejeitada como uma teoria ruim, ou pelo menos marginal à corrente mainstream da crítica.” *Idem*. 799. Tradução nossa.

⁶⁴ Na 3ª edição da obra, Posner acrescenta alguns parágrafos para deixar claro que o paradigma do “New Criticism” já foi superado no campo da literatura. De todo modo, também coloca a própria desconstrução como superada.

função de normatizar o comportamento dos indivíduos e fornecer um critério para a decisão judicial.

Mas talvez o incômodo de Balkin diga respeito não ao que Posner “fala” sobre interpretação literária e desconstrucionismo, mas sim a “forma” com que fala sobre isso: de maneira seca, fria, distante e analítica. Essa é a perspectiva de Boyd White: em resenha crítica sobre a obra “*Law and Literature*”, o autor argumenta que Posner não compreende e não se conecta de verdade com a literatura, já que sua linguagem, ao falar sobre literatura, obedece a um padrão científico da linguagem, e não à “experiência literária”: “Um texto literário não é um encadeamento de proposições, mas uma experiência imaginativa estruturada, e deveria ser analisado de um modo que reflita tal caráter”⁶⁵. Posner, então, empobreceria o potencial que a literatura teria para modificar “a maneira que alguém pensa, age e sente” ao não perceber que os textos literários

não são proposicionais, mas experienciais e performativos; não são livres de linguagem, mas vinculados e centrados na linguagem; não são redutíveis a outros termos - especialmente a uma estrutura lógica ou analítica - mas expressam seus significados por meio de sua forma; não são limitados pela regra de não-contradição, mas ansiosos para abraçar tensões concorrentes ou opostas de pensamento; não são puramente intelectuais, mas afetivos e constitutivos e, nesse sentido, integram tanto o compositor quanto o público no sentido da cultura em que atuam⁶⁶.

É possível que White esteja correto e que Posner tenha dificuldade de se conectar sensivelmente com a literatura, especialmente se considerarmos que o próprio Posner reconhece que suas experiências emocionais são um tanto quanto limitadas (ver tópico 2.3). Todavia, nos parece presunçoso, da parte de White, considerar que somente as pessoas que expõem suas interpretações literárias em um estilo redacional que seja significativo para ele próprio (White) terão tido efetivamente uma experiência literária significativa. O trecho a seguir indica certo egocentrismo de White ao estabelecer que o padrão de referência para saber se Posner engaja-se, ou não, na experiência literária, é o que o próprio White “sente” a respeito do seu texto:

Uma maneira de explicar o que é preocupante é pensando naquilo que está faltando a esse livro. Enquanto eu o estava lendo, não consegui detectar o tipo de vida que se associa à leitura de textos literários: nenhuma sensação de uma mente respondendo e aprendendo, nenhuma sensação de dúvida e

⁶⁵ Tradução nossa. Ver: WHITE, James Boyd. What can a lawyer learn from literature? *Harvard Law Review*. Vol. 102, 1989, pp. 2014-2047. P. 2014.

⁶⁶ *Idem*. P.2018. Tradução nossa.

iluminação, nenhuma sensação de alegria ou prazer na leitura em si, nenhum indício da presença de outra mente com a qual o autor está engajado. Não acho que Juiz Posner esteja relatando sobre seu próprio envolvimento real com um texto específico, nem que ele esteja nos mostrando que aprendeu algo de real valor para ele com qualquer um deles, nem que qualquer um dos textos seja especialmente importante para ele. É óbvio que ele leu muitos textos literários, mas pelo que ele diz aqui está longe de ser claro por que o fez.⁶⁷

De todo modo, a real discussão não é sobre como Posner reporta-se à experiência literária, mas sim como ele se reporta à experiência jurídica. O direito deveria adotar um padrão de linguagem mais próximo das ciências sociais, ou mais próximo da literatura? White acredita que o direito exige uma linguagem mais próxima da literatura⁶⁸, enquanto Posner, pelo menos durante sua primeira fase acadêmica, tentava enquadrar o raciocínio jurídico nos moldes do raciocínio científico. No capítulo 4, argumentaremos que sua transição para o pragmatismo representa justamente uma tentativa de rompimento com essa concepção cientificista do direito.

Voltando à lista de Balkin, o quarto indício acerca da existência de um projeto de dominação ideológica por parte de Posner seria a associação que este autor faz entre os desconstrucionistas e o movimento do *Critical Legal Studies (CLS)* – como se tal associação fosse indevida ou como se demonstrasse, por si só, alguma “má intenção” de Posner. Também nos escapa o sentido dessa crítica, por duas razões: i) o *CLS* é uma escola de pensamento jurídico que faz uma crítica constante das tradições moderno-liberais e dos “sentidos sedimentados” dentro do nosso contexto político-cultural. Ora, se Posner faz uma associação entre o desconstrucionismo e o *CLS*, então não é possível acusá-lo de estar reduzindo o “potencial” crítico da desconstrução, tal como exposto no parágrafo anterior; ii) autores vinculados ao *CLS*, como o próprio Balkin, frequentemente afirmam suas afinidades ou fazem uso da desconstrução. Portanto, a associação que Posner faz entre o *CLS* e a desconstrução

⁶⁷ *Idem*. P. 2014-2015. Tradução nossa.

⁶⁸ “As ciências sociais falam a um público que é, em princípio, onipotente, capaz de implementar a política que ela recomenda sem a restrição da vontade de outros. Isso é uma coisa boa a fazer, mas não é o direito: o advogado nunca está em uma posição onipotente, mas sempre fala em circunstâncias definidas e reguladas por um conjunto de textos oficiais que é sua tarefa identificar e interpretar. Esses textos fizeram escolhas políticas que restringem a liberdade das ciências sociais; na verdade, esse é o propósito dos textos legais. As ciências sociais não podem interpretar essas restrições; se o fizesse, seria como se estivessem criando a lei. O cientista social pode figurar como expert em um julgamento diante da corte e como expert em debates sobre políticas à medida que estas questões surgem na perspectiva da advogada; mas em ambos os casos o depoimento do perito deve ser entendido, traduzido e adaptado às novas circunstâncias, e esta é a tarefa da advogada. As atividades pelas quais ela desempenha tal tarefa não são científicas, mas literárias em espécie: são artes, ou o que os gregos chamam de *technai*, e são essas artes que ensinamos e praticamos. Encarar o direito como uma ciência é reduzir tudo à política; isso, por sua vez, é apagar essas artes da mente e da vida, e com elas todo o sistema de autoridade distribuída que é uma cultura constitucional ou legal.” *Idem*. P. 2021. Tradução nossa.

não é falsa, forçada ou fora de propósito, o que torna esse ponto da crítica incompreensível. Vale ressaltar que Balkin, nesse trecho (e em qualquer outra parte desse texto), não “informa” ao leitor que ele próprio está ligado ao movimento do *CLS*. Nesse caso, se fôssemos “desconstruir” a “desconstrução” que Balkin faz de Posner, seria relevante questionar por que ele omite tal informação ao mesmo tempo em que “reclama” da associação que Posner faz entre a desconstrução e o *CLS*.

O quinto indício seriam as constantes discordâncias de Posner com as interpretações com viés crítico-político de obras literárias, tais como aquela realizada por Robin West em relação à obra de Kafka. Esse argumento tem caráter circular: Posner tentaria reduzir o papel da literatura no direito para não abrir espaço para a crítica política, e “prova” disso seria o fato de que o autor discorda das interpretações com vieses crítico-político de obras literárias, porque, lembre-se, ele busca reduzir o papel da literatura no direito para não abrir espaço para a crítica política.

O sexto e último indício seria a visão limitada e limitante de Posner em relação ao potencial de crítica política da literatura. Para Balkin, Posner relega à literatura o papel de mero “entretenimento”⁶⁹. Todavia, Posner deixa muito claro que uma obra literária pode, sim, ser interpretada sob uma lente de política. Ele reclama apenas de duas coisas: i) da interpretação que atribui à obra literária um sentido unívoco (ou evidente) de crítica política, ou, pior, que atribui ao autor da obra literária o desejo de realizar aquela crítica⁷⁰; ii) da interpretação crítico-política que, por estar comprometida com um resultado ideológico prévio (anticapitalismo, por exemplo), omite trechos e diálogos significativos para a compreensão da obra que não corresponderiam às conclusões ideológicas desejadas pelo crítico. O próprio Balkin admite a existência de trechos em que Posner defende que a literatura pode ajudar com o sujeito a sustentar suas posições éticas. Logo depois, contudo, afirma que Posner não estaria disposto a levar tal proposta a sério. Todavia, Balkin não se preocupa em justificar tal afirmação⁷¹. É como se Posner dissesse: “maçãs têm que ser incluídas na rotina nutricional das crianças”, e Balkin retrucasse: “Posner não têm preocupação com a rotina nutricional das

⁶⁹ “Todas as críticas de Posner à teoria literária moderna podem ser vistas como decorrentes de seu objetivo maior de domesticação, ou como ele a vê, preservando a pureza da literatura dos ataques de polemistas que querem tirar a literatura e a teoria literária do reino do entretenimento e realçarem sua força crítica. Não é surpreendente que Posner argumente que a leitura de literatura não nos ajudará a entender as questões políticas e sociais da época, nem nos tornará pessoas melhores”. *Idem*. P. 813. Tradução nossa.

⁷⁰ Inclusive porque a compreensão de um sentido unívoco ou evidente seria incompatível com as próprias bases da desconstrução pós-moderna: “Mas os objetivos políticos e epistemológicos do pós-modernismo se chocam. Se a interpretação textual objetiva é impossível, Robin West está perdendo tempo tentando mostrar que a ficção de Kafka contém uma mensagem radical; ela mesma deve ter colocado tal mensagem lá.”. POSNER, Richard. *Law and Literature*. 3rd. Harvard University Press: 2009. P. 302.

⁷¹ BALKIN, Jack M. *The Domestication of Law and Literature*. *Op. cit.* P. 814.

crianças. Ele diz que maçãs tem que ser incluídas na dieta infantil, mas não acho que esteja disposto a levar isso a sério”.

Por fim, de forma semelhante à White, Balkin chama atenção para o fato de que Posner constantemente desmereceria as contribuições da teoria literária para o direito, atribuindo à filosofia ou sociologia quaisquer teses interessantes que, na verdade, teriam tido origem da literatura. Para Balkin, Posner tentaria negar a autoridade da literatura em instruir juízes acerca do direito circunscrevendo, de maneira estreita, o que conta como teoria literária.⁷²

Em resumo, por um lado, Balkin faz uma série de acusações a Posner que não se sustentam individualmente. Não é verdade que Posner tenha: i) omitido a existência do paradigma literário da “desconstrução”; ii) compreendido equivocadamente o sentido da “desconstrução”; iii) realizado uma associação indevida entre o paradigma da desconstrução e o *CLS* e iv) advogado pela compreensão da literatura apenas como “entretenimento”. Por outro lado, é verdade que Posner apresentou uma postura muito defensiva e antipática quanto à possibilidade de utilizar a literatura como disciplina de apoio ao direito, o que pode ter contribuído para a acidez da crítica de Balkin e certamente forneceu insumos para a crítica de White. A partir da terceira edição de “*Law and Literature*”, todavia, Posner suavizou seu tom e passou a admitir, expressamente, diversos modos pelos quais a literatura poderia contribuir para o direito, inclusive no plano hermenêutico-decisório.

De todo modo, o debate entre Posner e Balkin sobre o papel da literatura no direito é apenas uma reencenação da divergência entre os autores sobre o papel da *política* no direito⁷³: considerando que o paradigma da “autonomia do direito” (típico das correntes formalistas) é insuficiente para explicar a atividade judicial contemporânea, ou, de outro modo, considerando que os materiais jurídicos, por si só, não são suficientes para conferir respostas objetivas para os casos que chegam aos tribunais (assertiva partilhada entre Posner e os autores ligados ao *CLS*), qual deveria ser a posição da academia jurídica? Para Posner, a academia jurídica deveria investir na associação entre direito e economia, uma vez que essa última disciplina poderia fornecer para o direito a objetividade que lhe falta. A adoção da “economia” como disciplina acessória ao direito protegeria o sistema da irracionalidade, do emotivismo e do caos da política⁷⁴. Já para os autores ligados ao *CLS* (como o próprio

⁷² *Idem*.

⁷³ Assim como a disputa entre White e Posner (na sua fase “análise econômica”) sobre a natureza da interpretação literária é apenas uma reencenação da disputa sobre a natureza do raciocínio jurídico.

⁷⁴ “O surgimento dos estudos interdisciplinares também envolve um desafio à autoridade legal, mas de um tipo bastante diferente. Os estudos interdisciplinares colocam um desafio à capacidade dos advogados de

Balkin), a acadêmica jurídica deveria assumir o caráter político e (ao menos parcialmente) irracional do direito. A literatura seria o meio de evidenciar os aspectos irracionais da tradição jurídica, criticá-los e promover as reformas necessárias para emancipação social.

Se Balkin acusa Posner de querer “domesticar a literatura” para manter a economia como disciplina principal de apoio ao direito e, assim, sedimentar as doutrinas ideologicamente ligadas ao conservadorismo, a perspectiva contrária também parece ser verdadeira: Balkin quer usar a literatura como disciplina principal de apoio para conseguir ter uma penetração da crítica política no direito e, assim, facilitar a superação de doutrinas ideologicamente ligadas ao conservadorismo, nos moldes do projeto do *CLS*. Esse é o “ponto” em que nossa análise do debate chega ao “limite”, pois nem Balkin, nem Posner, conseguiriam provar um para o outro que suas perspectivas ideológicas são mais “corretas” do ponto de vista moral. Essa afirmação está de acordo com a própria meta lente epistemológica do pragmatismo de Posner: conforme será explicado no tópico 3.1, o autor defende que a moralidade não seria fruto da racionalidade, mas sim de um misto de instintos de cooperação para sobrevivência e “propaganda” ética. Desse modo, “debates” sobre concepções morais divergentes seriam inúteis caso os argumentos fossem formulados apenas em termos teóricos e abstratos.

Todavia, ainda que não seja possível julgar qual matriz ideológica é a “mais correta”, é possível compreender se a “acusação” que Balkin faz contra Posner acerca da existência de um “projeto de dominação ideológica” permanece minimamente plausível após a transição para o pragmatismo.

Já foi explicado no tópico 2.1 que Posner passou a conferir cada vez menos relevância para a “maximização da riqueza” na sua transição para o pragmatismo (chegando mesmo a abandonar tal critério de maneira implícita em “*Frontiers of Legal Theory*”). A

compreender e resolver problemas jurídicos em termos totalmente jurídicos ... Estes desafios à autoridade do direito e à autonomia do discurso jurídico estão historicamente relacionados. Estavam unidos nos ataques à “legal process school” anos 1950. Posner foi influenciado tanto pelo Scholl quanto pelos ataques feitos a ele ... A defesa de Posner de um “direito e economia” deve ser entendida sob esta luz. Os ataques ao processo legal Scholl convenceu muitos estudiosos da Geração de Posner de que o direito não poderia reter sua autonomia da política meramente insistindo que o discurso jurídico não estava relacionado ao discurso político ... O fracasso da “legal process theory”, portanto, deixou claro para Posner que o direito poderia não preservar sua autoridade e autonomia em relação à política por conta própria. Precisava de ajuda de alguma fonte externa. Isso explica em grande parte a mudança para a análise econômica como meio de resolver disputas sobre as respostas às questões jurídicas. Posner, portanto, rejeitou a posição de seus pais intelectuais - os estudiosos da “legal process school” - ao abandonar o projeto de estabelecer a autoridade e a autonomia do direito apenas por meio de conceitos jurídicos. Ainda assim, curiosamente, ele reinstituiu o projeto deles ao estabelecer a economia - que ele via como a ‘mais difícil’ disciplina das ciências sociais - como fonte de autonomia e autoridade do direito. A “legal process school” afirmava que direito não era política; era uma arte da razão neutra e apolítica. Posner agora afirma que a lei não é política; é economia, e economia não é política, é uma ciência da razão neutra e apolítica.” *Idem*. P. 796-797.

decisão eficiente deixa de ser aquela que “maximizar riqueza” e passa a ser aquela que “produz melhores resultados”, deixando-se em aberto, contudo, por qual critério poder-se-ia dizer que um resultado é “melhor” que outro. Isso significa que houve uma diminuição no nível de influência da ideologia conservadora dentro do seu pensamento, uma vez que o “desenho de pesquisa” da análise econômica abandonou um conceito axiológico muito ideologicamente direcionado (maximização da riqueza)?

Talvez não. Como veremos no tópico 3.1, Posner tece pesadas críticas a academia jurídica por considerar que a maior parte da produção é voltada para argumentação teórico-moral. A mesma crítica é dirigida às decisões judiciais fundadas mais em uma retórica sobre “direitos” do que às premissas fáticas que envolvem o caso e às consequências da decisão. Todavia, a maioria dos exemplos de “erro de julgamento” trazidos por Posner referem-se a decisões que concederam às reivindicações do espectro liberal-progressista (no qual se encontra a corrente dos “CLS”).⁷⁵ Estaria, então, seu pragmatismo tão “ideologicamente viciado” quanto sua análise econômica?

Pode-se argumentar que, em certo sentido, é até mais fácil introduzir-se “sorratamente” uma ideologia conservadora em decisões pragmáticas, visto que, a partir do momento em que não há uma definição do critério para se aferir quais resultados são “melhores” ou mais “desejáveis” que outros, a definição de “bom” ou “desejável” deverá ser conferida pelo próprio julgador, tornando o “controle ideológico” impossível de ser exercido. É claro que, nesse caso, qualquer ideologia poderia conformar a decisão judicial, não apenas o conservadorismo. Todavia, considerando que muitas demandas liberais-progressistas são “propagadas” por acadêmicos ligados, em maior ou menor grau, ao CLS, a rejeição do papel da teoria moral acadêmica na adjudicação implicaria na diminuição da influência que a teoria crítica exerce (ou poderia exercer) sob as perspectivas ideológicas dos juízes. O resultado seria que o “senso comum pragmático” adotado pelos juízes permaneceria a ser, na maior parte das vezes, o “senso comum” do capitalismo conservador.

Desse modo, seguindo a linha de “acusação original” de Balkin, o pragmatismo seria apenas uma “nova face” do projeto de dominação ideológica empreendido por Posner. Durante a fase da análise econômica, esse projeto teria tentado asfixiar os influxos de justiça radical defendidos pelos CLS por meio da alienação do direito em relação à literatura e à política. Durante a fase pragmática, a tentativa de asfixiar-se os influxos de justiça radical

⁷⁵ Por exemplo, em “*Against Constitutional Theory*”, Posner critica a decisão da Suprema Corte no caso *United States v. Virginia*, que concedeu o pedido das demandantes para obrigar uma tradicional escola militar que só aceitava alunos do sexo masculino a receber candidaturas femininas. POSNER, Richard. *Against Constitutional Theory*. **New York University Law Review**. Vol. 73, 1998, pp.1-22.

seria levada a cabo por meio da alienação dos tribunais em relação à teoria crítica acadêmica desenvolvida pelos *CLS*.

Contudo, considerando que há um consenso, mesmo entre os críticos mais duros, que Posner teria “suavizado” seu conservadorismo nas últimas décadas, não faz muito sentido supor que ele esteja firmemente comprometido com alguma concepção ideológica, quiçá com um *projeto* de dominação ideológica. Se esse projeto algum dia existiu, parece não existir mais. Nesse caso, eventual “birra” de Posner com as demandas dos progressistas-liberais deve ter algum outro motivo que não seja simplesmente a existência de um projeto de dominação ideológica por meio de estratégias manipulativas que visem minar sorrateiramente o poder de influência das ideias da esquerda liberal. Na conclusão desse trabalho, apresentaremos esse “outro motivo”, que julgamos ser mais plausível do que conspirações balkinianas. Por enquanto, elencaremos apenas os indícios que mostram que Posner realmente suavizou suas posições ideológicas ligadas ao conservadorismo.

O primeiro indício é a autodescrição que Posner faz de si próprio, já na segunda década do século XXI:

Mudei muito minhas opiniões ao longo dos anos. Sou muito menos reacionário do que costumava ser. Eu me opus ao casamento homossexual em meu livro *Sex and Reason*, publicado em 1992, quando ainda era a idade das trevas em relação à opinião pública sobre a homossexualidade. A opinião pública mudou radicalmente nos anos seguintes. Minhas opiniões mudaram sobre muitas coisas. Fiquei muito mais preocupado com longas sentenças de prisão; mais suave nas drogas; mais preocupados com a proteção do consumidor, meio ambiente e desigualdade econômica; menos confiante em análises puramente econômicas - a última em parte por causa do crash de 2008 e da crise econômica que se seguiu. Isso abalou parte da minha fé na análise econômica. E os desenvolvimentos na psicologia exigiram qualificação do modelo de “escolha racional” de comportamento econômico. Portanto, minhas opiniões mudaram muito. Você não quer um juiz que assume uma posição e se sente comprometido com ela porque pensa que é terrível mudar de ideia⁷⁶.

“Autodescrições”, contudo, não são válidas se não estiverem acompanhadas de exemplos práticos que as confirmem. Nesse caso, algumas de suas posições enquanto juiz ilustram essa mudança ética. Por exemplo, no caso *Miller v. Civil City of South Bend*, que envolvia uma disputa relacionada a uma boate de *strip tease*, Posner decidiu que a dança

⁷⁶ POSNER, Richard. An Interview with Judge Richard A. Posner. Entrevista concedida a Joel Cohen. *ABA Journal*. 1 de Julho, 2014.

Disponível em: <https://www.abajournal.com/magazine/article/an_interview_with_judge_richard_a_posner>
Tradução nossa.

erótica seria uma forma protegida de liberdade de expressão, posição contrária ao espectro conservador. De fato, a Suprema Corte reformou a decisão, tendo o juiz David Souter (ligado ao partido republicano) associado “dança erótica” ao aumento de atividades criminais. “*Nonsense*”, comenta Posner, sobre esse argumento⁷⁷. Além disso, o autor rejeita a corrente sobre interpretação constitucional chamada “originalismo”, que normalmente está associada a posicionamentos ou juízes conservadores, como Antonin Scalia.⁷⁸

Essa mudança ética torna-se realmente muito visível (quicá, inegável) no âmbito da sua atuação como acadêmico e intelectual público.

No conflito clássico entre as perspectivas econômicas do “estado mínimo” (assumida tipicamente por conservadores republicanos) e “estado de bem-estar social” (assumida tipicamente por liberais-progressistas democratas), Posner tornou-se muito mais crítico da perspectiva econômica libertária (conservadores). Por exemplo, na obra “*A failure of Capitalism: the Crisis of '08 and the Descent into Depression*” (2009), Posner culpa “a ideologia do mercado livre” pela crise econômica que assolou os Estados Unidos em 2008, argumentando que a ausência de medidas apropriadas para prevenir um colapso financeiro “não teria sido um resultado de ‘muito’ governo, mas de ‘pouco’ governo.” Não um resultado de uma regulação intrusiva nos setores imobiliário e de crédito, mas de hostilidade à tributação e ao governo, e uma postura geral de *laissez-faire attitude*. O autor ainda reconhece que a crise econômica

em grande parte, não é uma consequência de um excesso de regulação da economia e de um correlato cerceamento da livre iniciativa pelo governo, mas, sim, das limitações inatas do livre mercado – limitações que têm origem em incentivos individuais, em políticas monetárias irresponsáveis adotadas por agentes conservadores inspirados em economistas conservadores, os quais pensavam que dinheiro fácil não seria um problema se não conduzisse a uma alta inflação, e em uma excessiva desregulação ideologicamente motivada do sistema financeiro agravada por uma lassa aplicação coercitiva das regulações restantes.⁷⁹

Ainda no contexto de análise das “causas” da crise econômica, Posner “dá o braço a torcer”⁸⁰ e reconhece, no artigo “*How I Became a Keynesian*”⁸¹, que a teoria macro

⁷⁷ *Idem*. Tradução nossa.

⁷⁸ *Idem*. Tradução nossa.

⁷⁹ POSNER, Richard. **A failure of capitalism: the crisis of 08' and the descent into depression**. Harvard University Press, 2009. Tradução nossa.

⁸⁰ Interpretamos desse modo porque Posner inicia o artigo explicando que as razões pela qual não havia lido “*The General Theory*” de Keynes até o advento da crise econômica. Dentre as razões listadas, está a presunção de

econômica desenvolvida por Keynes (que pressupõe um grau significativo de intervenção estatal na economia) “*é o melhor guia que temos para [sair] da crise.*” Consta ainda no artigo o que parece ser uma crítica implícita à falta de interesses dos economistas americanos em “macroeconomia”, tendo em vista que a concepção econômica dominante na atualidade, que se baseia no estudo do comportamento individual conforme a premissa do “*rational choice*”, não consegue explicar o funcionamento da economia “em si”, motivo pelo qual os economistas não conseguiram prever minimamente o estouro da bolsa de valores em 2008⁸².

Ademais, Posner tem sido igualmente ácido à “hipocrisia” dos conservadores (“direita”) e dos liberais-progressistas (“esquerda”)⁸³. Para Posner, “o moralismo é acadêmico é... ou muito de esquerda, ou muito de direita”⁸⁴ e ambos os polos ideológicos possuem posicionamentos políticos obtusos e contraditórios:

Os liberais são a favor do aborto, dos direitos das mulheres, de mais igualdade e de um socialismo brando. Eles reprovaram o comunismo ao estilo soviético, mas o fizeram discretamente, talvez com uma predileção pela Alemanha Oriental ou pela Iugoslávia. Eles são internacionalistas, multiculturalistas, ambientalistas e, às vezes, vegetarianos. Eles são contra a pena de morte, motivo pelo qual se pode falar, de modo rude e, talvez,

que Keynes seria “um liberal antiquado, que acreditava em controlar as flutuações de mercado por meio de meio uma política fiscal pesada (impostos, empréstimos e gastos públicos).” Tradução nossa.

⁸¹ POSNER, Richard. How I Became a Keynesian. **The New Republic**. 23 de setembro, 2009. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>>

⁸² [A obra de Keynes] “é uma leitura especialmente difícil para os economistas acadêmicos de hoje, porque se baseia em uma concepção de economia distante da deles (...) A concepção dominante da economia hoje, e que tem guiado meu próprio trabalho acadêmico na economia do direito, é que a economia é o estudo da escolha racional. Assume-se que as pessoas tomam decisões racionais em toda a gama de escolha humana, incluindo, mas não se limitando a transações de mercado, empregando uma forma (geralmente truncada e informal) de análise de custo-benefício. A visão mais antiga era que economia é o estudo da economia, empregando quaisquer suposições que pareçam realistas e quaisquer métodos analíticos que surjam. Keynes queria ser realista sobre a tomada de decisão, em vez de explorar até onde um economista poderia chegar assumindo que as pessoas realmente baseiam as decisões em alguma aproximação da análise de custo-benefício (...) Aprendemos desde setembro que a atual geração de economistas não descobriu como a economia funciona. A grande maioria deles foi pega de surpresa pela bolha imobiliária e a crise bancária que se seguiu; e avaliou mal a gravidade da crise econômica resultante; e ficaram perplexos com a incapacidade da política monetária ortodoxa administrada pelo Federal Reserve de evitar uma queda tão acentuada; e não conseguiu chegar a um acordo sobre o que o governo deveria fazer para detê-lo e colocar a economia no caminho da recuperação. A esta altura, a maioria dos economistas está de acordo com a estratégia excessivamente keynesiana do governo Obama de tirar a economia de seu buraco profundo. Alguns dizem que o governo não está fazendo o suficiente e é muito confortável com os banqueiros, e outros dizem que está fazendo muito, sem se importar com as consequências de longo prazo. Não há consenso profissional sobre os detalhes do que deve ser feito para interromper a desaceleração, acelerar a recuperação e prevenir (na medida do possível) uma recorrência. Não tendo acreditado que o que aconteceu poderia vir acontecer, os economistas não pensaram cuidadosamente sobre o que deveria ser feito se acontecesse”. *Idem*. Tradução nossa.

⁸³ Como o próprio Dworkin – um de seus “alvos” favoritos – reconhece. Ver: DWORKIN, Ronald. Philosophy & Monica Lewinsky. **The New York Review**. 9 de março, 2000. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/articles/2000/03/09/philosophy-monica-lewinsky/>>

⁸⁴ POSNER, Richard. The Problematics of Moral and Legal Theory. **Harvard Law Review**. Vol. 111, n.7, 1998. Pp. 1637-1717. P. 1640.

injusto, que eles têm mais pena dos assassinos do que dos fetos. Eles são a favor da teoria da evolução quando a questão é saber se o criacionismo deve ser ensinado, mas são contra a teoria da evolução quando a questão é saber se há uma base biológica para as diferenças de comportamento entre homens e mulheres. Eles querem regular o uso de cigarros em um nível suficiente para que, na prática, eles deixem de existir, mas querem que fumar maconha seja permitido. Eles são favoráveis às mais severas políticas públicas de saúde e segurança, mas são contra colocar pessoas infectadas com o vírus da AIDS em quarentena. Eles são laicos, consideram que as práticas sexuais são moralmente irrelevantes, e temem a direita religiosa; eles são, em síntese, “PC”, e, é claro, eles votam nos Democratas. Outros filósofos morais sustentam as posições opostas a cada uma destas. Eles têm pena dos fetos, mas não das lontras-marinhas ou das focas-harpa. Eles são contra o multiculturalismo – a menos que este seja religioso. Eles opõem-se fortemente a esforços governamentais para desencorajar o uso de cigarro e o consumo de bebidas alcoólicas, mas defendem com vigor a “guerra contra as drogas”. Alguns deles professam uma visão católica ortodoxa de uma maneira incompreensível para mentes laicas. As críticas de John Finnis à homossexualidade vêm embaladas em afirmações como – eu cito de maneira virtualmente aleatória – “A união dos órgãos reprodutivos do marido e da esposa realmente os une biologicamente”. Eu não sei o que isso significa, ou como distinguir um casal com problemas de esterilidade e um casal homossexual (a distinção que Finnis está particularmente interessado em traçar), ou quem ele espera persuadir. Parece injusto que eu cite Finnis fora de contexto, mas o contexto é dominado por afirmações igualmente estranhas, as quais soam como se tivessem sido traduzidas do latim medieval, e me fazem questionar se Finnis concordaria com Tomás de Aquino que a masturbação é uma imoralidade pior do que o estupro.⁸⁵

Além disso, Posner ou tem provocado muita irritação no eleitorado conservador, ou se irritado muito com este. Alguns exemplos são ilustrativos:

i) na obra “*An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*”, obteve mais críticas de conservadores que de liberais⁸⁶;

ii) Posner tem usado, com frequência, adjetivos negativos para qualificar as posições do eleitorado republicano. Em uma correspondência para um colega, narra que teria sido cercado por uma horda de “extremistas de direita muito imbecis” (*really dumb rightwingers*) ao participar de uma conferência realizada pelo *American Enterprise Institute*⁸⁷. Já em entrevista concedida em 2012, diz que estava se tornando “cada vez menos conservador” à medida que o Partido Republicano estava a se tornar cada vez mais “bobo” (“*goofy*”). A afirmação foi feita no contexto das pesadas críticas (inclusive com pedido de *impeachment*) que conservadores dirigiam ao juiz da Suprema Corte John Roberts que, apesar de alinhado ao espectro ideológico da direita, teria “salvado” o programa de saúde criado pela administração

⁸⁵ *Idem*. P. 1685. Tradução nossa.

⁸⁶ É o que Posner relata. Ver: POSNER, Richard. *An Affair of State: an exchange*. **The New York Review**. 27 de abril, 2000. Disponível em: < <https://www.nybooks.com/articles/2000/04/27/affair-state-exchange/> >

⁸⁷ Domnarski, William. *Op.cit.* P.251.

de Obama (“*Obamacare*”) em ação de controle de constitucionalidade. Posner saiu em defesa do colega de magistratura, ponderando ainda qual seria a atitude lógica a ser tomada por alguém que começasse a ser atacado, de uma hora para outra, por pessoas que antes reputava seus colegas: “*O que faz, então? Torna-se mais conservador? Ou pensa, ‘o que eu estou fazendo junto com essa horda de lunáticos?’*”⁸⁸

Todos esses exemplos de suavização do conservadorismo de Posner mostram que, ou o projeto de dominação ideológica não existe, ou é um projeto com execução muito esquisita, porque envolve atacar seus próprios aliados e elogiar, em alguns pontos, seus rivais.

Até agora, analisamos apenas o primeiro ponto da crítica formulada por Balkin no texto “*Too Good To Be True*”, relacionado ao fato de que a metodologia utilizada pela análise econômica do direito facilitaria a persecução dos compromissos ideológicos com o conservadorismo. Os outros dois argumentos são apenas parcialmente dependentes do primeiro e, por isso, merecem análise específica.

Lembramos que o segundo argumento preceitua que manipulação metodológica operada pela análise econômica do direito conduz a uma visão reducionista da prática do *common law*. O terceiro argumento conclui que, dado esse reducionismo, o aspecto positivo da análise econômica do direito carece de poder explicativo. Concordamos com Balkin em relação aos dois argumentos, pois toda e qualquer teoria positiva ou normativa sobre o direito que esteja baseada em um critério substantivo denso e exclusivo reduzirá todo o universo de razões, ponderações, interesses, compromissos, emoções e constrangimentos que operam na formação da decisão judicial a um único fator. A transição para o pragmatismo, todavia, sana essa falha. A partir de “*The Problems of Jurisprudence*”, Posner passa a identificar a complexidade da prática do *common law* e a influência de diversos fatores (incluindo crenças e ideologias) na conformação decisória. Por exemplo, na obra “*How Judges Think*” (2008), Posner analisa, no primeiro capítulo, nove teorias que explicam o comportamento judicial, concluindo, no segundo capítulo, que o modelo compreensivo que melhor explica a prática judicial norte-americana é o “pragmatismo”⁸⁹. Por sua vez, o “pragmatismo judicial”

⁸⁸ POSNER, Richard. Judge Richard Posner speaks to NPR. Entrevista concedida a Nina Totenberg. NPR. 5 de julho, 2012. Disponível em: <<https://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2012/07/05/156319272/federal-judge-richard-posner-the-gop-has-made-me-less-conservative>>

⁸⁹ “A palavra que melhor descreve o juiz americano médio em todos os níveis de nossas hierarquias judiciais e produz o maior insight sobre seu comportamento é “pragmático” (mais precisamente, como explicarei, “pragmático contido”). Não é tudo o que resta depois que o legalismo, o atitudinalismo extremo e a compulsão por teorias abrangentes terem sido rejeitados por descreverem inadequadamente o comportamento judicial. Mas é bastante. Brian Tamanaha estima que mais juízes americanos se enquadram no rótulo de pragmático do que qualquer outro, mas seria mais correto dizer que a maioria dos juízes americanos são legalistas em alguns casos e pragmáticos em outros; para lembrar que o legalismo é uma tática pragmática, embora não precise ser apenas isso.” Ver: POSNER, Richard. **How Judges Think**. Harvard University Press, 2008. P. 230. Tradução nossa.

apresenta-se como modelo que envolve tantos fatores que é impossível de ser resumido (ou definido) em uma frase. Em “*Law, pragmatism and democracy*” (2003), o caráter holístico do pragmatismo é explicitado:

A teoria do direito contratual de Holmes direciona-nos ao núcleo da adjudicação pragmática ou, de modo mais amplo, do pragmatismo jurídico: uma significativa atenção às consequências, ou, como eu escrevi em uma outra oportunidade, "uma disposição para basear juízos sobre políticas em fatos e consequências, e não em conceitualismos e generalidades". Mas esta formulação é incompleta e inespecífica. Uma estrutura adicional é necessária. Eu tento satisfazer essa necessidade nos capítulos subsequentes mediante uma apreciação de casos e controvérsias específicos, mas as seguintes generalizações podem ser úteis:

1. O pragmatismo jurídico não é meramente um termo estiloso para designar a adjudicação ad hoc; ele envolve considerações de consequências sistêmicas, e não apenas de consequências específicas de um determinado caso.
2. Contudo, apenas em circunstâncias excepcionais o juiz pragmático atribuirá um peso preponderante às consequências sistêmicas, como faz o formalismo jurídico; isto é, raramente o formalismo jurídico será uma estratégia pragmática. E, às vezes, circunstâncias específicas de um caso dominarão completamente o processo decisório.
3. O critério último da adjudicação pragmática é a razoabilidade.
4. E assim, apesar da ênfase nas consequências, o pragmatismo jurídico não é uma forma de consequencialismo, o conjunto de doutrinas filosóficas (principalmente utilitarismo) que avalia as ações pelo valor de suas consequências: a melhor ação é aquela com as melhores consequências. É provável que existam bolsões formalistas em um sistema pragmático de adjudicação, notadamente a decisão por regras, e não por padrões. Além disso, tanto por razões práticas como jurídicas, o juiz não é obrigado ou mesmo autorizado a ter em conta todas as consequências possíveis das suas decisões.
5. O pragmatismo jurídico é orientado para o futuro, postulando o respeito aos precedentes como uma necessidade (qualificada) e não como um dever ético.
6. O pragmatismo jurídico acredita que nenhum procedimento analítico genérico distingue o raciocínio jurídico de outro raciocínio prático.
7. O pragmatismo jurídico é empirista.
8. Portanto, não é hostil a todas as teorias. Na verdade, é mais receptivo a algumas formas de teoria do que o formalismo jurídico, a saber, teorias que orientam a investigação empírica. O pragmatismo jurídico é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar a tomada de decisões judiciais.

9. Nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina jurídica, o juiz pragmático tende a favorecer fundamentos minimalistas em vez de amplos para suas decisões.
10. O pragmatismo jurídico não é um suplemento ao formalismo e, portanto, é distinto do positivismo de H. L. A. Hart.
11. O pragmatismo jurídico é simpático à concepção sofisticada e aristotélica da retórica como um modo de raciocínio.
12. É diferente tanto do realismo jurídico quanto dos estudos jurídicos críticos.⁹⁰

Nesse ponto, o pragmatismo parece dar um salto de qualidade no pensamento de Posner. Todavia, conforme será explicado no tópico 3.1, se não é mais possível dizer que Posner propaga uma teoria sobre adjudicação de caráter reducionista, há quem tenha interpretado o caráter “holístico” do pragmatismo simplesmente como “frouxidão teórica”⁹¹.

2.3 ROBIN WEST CONTRA POSNER: A CONTRAPOSIÇÃO DO HOMEM ECONÔMICO EM DETRIMENTO DA MULHER LITERÁRIA

O debate entre Posner e Robin West inicia-se com a publicação do texto "*Authority, autonomy, and choice: the role of consent in the moral and political vision of Franz Kafka and Richard Posner*" (1985), no qual West contesta a justificação moral conferida por Posner à maximização da riqueza em "*The Ethical and Political Basis of Wealth Maximization*" (1980) e "*Economics of Justice*" (1981). Como mencionado no tópico anterior, o autor havia passado a defender a "moralidade" de tal critério decisório por meio de uma “reconciliação” entre as heranças de Bentham e Kant, já que transações consentidas promoveriam o bem-estar e a autonomia do indivíduo. West, contudo, considera que tal fundamentação moral repousa em uma “visão inadequada do ser humano” (*inadequate view of human condition*): para a autora, o mero fato de os indivíduos "consentirem" em transações não significa que eles estarão exercendo sua autonomia e incrementando o seu bem-estar pessoal. Há situações, como exemplificam os personagens de Kafka, em que o consentimento é fruto de um desejo

⁹⁰ POSNER, Richard. **Law, pragmatism and democracy**. Harvard University Press, 2003. P. 59-60. Tradução nossa.

⁹¹ “Em outras palavras, o pragmatismo posneriano ao apresentar-se como uma abordagem não teórica apenas camufla, frouxamente, os seus pressupostos teóricos e metodológicos que julga serem menos importantes. Ao fazê-lo, em vez de pragmaticamente escapar da necessidade de fundamentação teórica, esconde a sua deficiente teoria acerca da finalidade e natureza do direito.” MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Ensaio de Teoria do Direito**. [S.I]: Saraiva, 2013. P. 245.

ou necessidade de validar a autoridade de maneira nociva, humilhante e degradante – não sendo, portanto, um exercício da autonomia, mas sim um exercício de submissão.

Também foi explicado no tópico 2.1 que Posner passou a conferir cada vez menos relevância ao critério de maximização da riqueza ao longo de sua transição para o pragmatismo, chegando a desconsiderá-lo implicitamente a partir da assunção das premissas de um realismo de complexidade. Nesse caso, estando a crítica de Robin West dirigida à “fundamentação moral da maximização da riqueza”, pode-se considerar, de plano, que tal crítica perdeu seu objeto? Acreditamos que não, pois a divergência entre Posner e West extrapola o problema específico da adoção da “maximização da riqueza” como critério decisório, tendo caráter e alcance muito mais profundo: o que motiva o ser humano? O que constitui sua personalidade? Quais são seus desejos e aspirações? O que lhe causa sofrimento? Quando e de que modo a comunidade deve interferir nas escolhas individuais? Em suma, tal divergência origina-se de compreensões antropológicas diametralmente opostas, o que repercute em suas concepções normativas.

West possui uma visão idealista-romântica sobre a psique do ser humano, temperada com “toques” patologizantes de Freud⁹². O ser humano, longe de ser psicologicamente apto a tomar decisões racionais “saudáveis” para si próprio, estaria, com frequência, imbuído de sentimento de culpa, medo, histeria, necessidade de aprovação e compulsões masoquistas, o que o levaria a tomar decisões que diminuíssem seu bem-estar e, em algumas situações, sua própria capacidade de ser autônomo⁹³.

A visão antropológica de Posner, por outro lado, liga-se à concepção iluminista-racionalista moderna, que apresenta o ser humano como agente capaz de alcançar a felicidade por meio do exercício de sua liberdade. O ser humano não apenas buscaria, com suas decisões cotidianas, incrementar seu próprio bem-estar, como também teria capacidade racional – em regra – de avaliar corretamente as alternativas e optar por aquela com maior potencial de maximizar sua felicidade. A diferença entre as concepções de Posner e a do iluminismo-racionalismo moderno é tão somente uma questão de “grau”: a figura do indivíduo apresentada em “*Economic Analysis of Law*” exagera traços de racionalidade e individualismo da figura antropológica do típica do iluminismo, além de retirar certo tom romântico conferido à autonomia/liberdade pelos filósofos das luzes. Como ficará mais claro adiante,

⁹² Isso não significa dizer que Robin West subscreve a concepção de Freud para o "Estado de Direito". Ver: CAUDILL, David S. Freud and Critical Legal Studies: Contours of a Radical Socio-Legal Psychoanalysis. *Indiana Law Journal*. Vol. 66, n. 3, 1991, pp. 651-697.

⁹³ WEST, Robin. Authority, autonomy and choice: the role of consent in the moral and political visions of Franz Kafka and Richard Posner. *Harvard Law Review*. Vol.99, 1985, pp. 1985, pp. 324-428. P. 387.

West critica tanto a visão antropológica “clássica” do iluminismo, quanto a versão hiper racional e calculista assumida por Posner na obra “Análise Econômica do Direito”

A divergência de concepções antropológicas entre West e Posner reverbera nas suas compreensões normativas, acarretando uma série de outras "oposições": comunitarismo *versus* libertarismo⁹⁴; estado interventor *versus* estado mínimo; ética do cuidado *versus* ética da justiça; mulher literária *versus* homem econômico; direito como "humanidades" *versus* direito como "ciências sociais". A crítica específica à justificação moral do critério de "maximização da riqueza", então, dilui-se em meio às tantas oposições normativas que se originam da divergência de concepções antropológica. Desse modo, a pergunta essencial que deve nortear a análise do debate entre Posner e Robin West é: quem teria compreendido melhor a "condição humana", ou, pelo menos, a “condição” do indivíduo norte-americano contemporâneo? Tal indivíduo é melhor descrito como um agente tendente e capaz de tomar boas decisões para sua própria vida, nos termos de Posner, ou como um agente que, com frequência, autossabota-se no exercício de suas próprias escolhas, nos termos de West?⁹⁵

West mobiliza Kafka para argumentar a favor de sua visão antropológica. Os personagens kafequeanos, na visão da autora, são, frequentemente, "vítimas" de suas próprias escolhas. "*The Hunger Artist*", por exemplo, apresenta um artista que mata a si mesmo de fome em busca de aprovação do seu público. Já o conto "*The Trial*" apresenta uma personagem secundária que se submete a situações de assédio por dois homens diferentes tanto para manter o emprego do seu marido, quanto por um desejo profundo de submissão à autoridade. O fato de ambos os personagens terem voluntariamente "consentido" com a situação em que se encontram não faz com que tal escolha possa ser qualificada como "exercício da autonomia" (uma vez que é fruto de um desejo de submissão), e muito menos conduz a um incremento no bem-estar deles. Desse modo, West acredita que os personagens de Kafka ilustram o que a proposta normativa de Posner acarretaria na prática:

⁹⁴ Usamos, aqui, o termo libertarismo. Posner usa o termo “liberalismo clássico”. Margarida Gaudêncio usa o termo "neoliberalismo". A divergência terminológica encontra paralelo na crescente “confusão” em torno do que o termo “liberalismo” (e suas variações) significa. A melhor explicação que encontramos, até hoje, para a multiplicidade de sentidos foi conferida pelo linguista americano John McWorther, em conferência organizada pelo “The Aspen Institute”. VER: MCWORTHER, John. The Genesis of ‘Isms”. (Palestra) Aspen Ideas Festival. The Aspen Institute, 2009. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=FmcqcyR1Y0>>

⁹⁵ “Pelo menos para mim, está claro que nossas diferentes percepções fenomenológicas de nossas vidas privadas constituem o motivo pelo qual eu e Posner chegamos a diferentes conclusões sobre o significado ético da escolha.” WEST, Robin. Submission, choice and ethics: a rejoinder to Judge Posner. **Harvard Law Review**. Vol. 99, n. 7, 1986, pp. 1449-1456. P. 1449. Tradução nossa.

Posner defende que o consenso legitima tudo moralmente; Kafka ilustra a aparência e a sensação de estar em um mundo que se legitimasse dessa forma. Em ambos os mundos, o bem e o mal, o certo e o errado, perdem todo o sentido quando tudo que importa é saber se e em que medida as pessoas conseguem exatamente o que elas acham que querem. Contudo, o mundo de Kafka é trágico e irônico, enquanto o mundo teórico de Posner é um mundo satisfeito e, aparentemente, feliz (...). O mundo ficcional de Franz Kafka lembra o mundo ideal de Richard Posner em um aspecto digno de nota: a maioria das coisas que acontecem com as personagens ficcionais de Kafka é totalmente consensual, assim como a maioria das coisas que acontecem os atores de Posner. As personagens de Kafka, assim como os atores de Posner, consentem com um amplo espectro de transações jurídicas, pessoais e de mercado. Primeiro, as personagens de Kafka consentem expressamente com humilhantes e degradantes transações comerciais, empregatícias e sexuais de todos os tipos. Segundo, assim como os atores de Posner, as personagens de Kafka voluntariamente assumem riscos de prejuízos futuros e, assim, consentem implicitamente com os prejuízos causados por transações que maximizam a riqueza. Terceiro, as personagens de Kafka, assim como as de Posner, consentem hipoteticamente com a autoridade de uma ampla gama de normas jurídicas que estão fora do comércio, desde as normas de direito penal e processual até o próprio Estado de Direito. Como consequência do fato de os atores sempre consentirem, em ambos os mundos as distinções entre destino e escolha, liberdade e escravidão, e poder e servidão são turvas ou não existem. (...). Contudo, Kafka mais do que qualquer outro escritor moderno, conta histórias sobre vítimas, e Posner, de modo mais consistente do que qualquer outro teórico moderno, define o problema da vitimização como se ele fosse inexistente (...). Kafka retrata um mundo de relações empregatícias expressamente consensuais que não é tão desprovido de problemas assim. Nos escritos de Kafka, relações empregatícias expressamente consensuais não apenas carecem de valor moral positivo, mas também são, de modo geral, retratadas como humilhantes, repulsivas, trágicas ou fatais.⁹⁶

Assumindo que a visão de Kafka sobre o ser humano é apurada (ainda que metaforicamente), West passa a sugerir as implicações normativas da falibilidade do ser humano em exercer sua autonomia para promoção de seu bem-estar. A comunidade deveria intervir em situações em que a pessoa "pensa que quer" se colocar em situações degradantes, pois o mero "consentimento" não torna "moral" uma situação que é, em essência, "imoral"⁹⁷.

⁹⁶ WEST, Robin. Authority, autonomy and choice: the role of consent in the moral and political visions of Franz Kafka and Richard Posner. *Op.cit.* P. 390.

⁹⁷ "Atos consensuais de comércio, trabalho ou relação sexual não são moralmente bons simplesmente porque não são coagidos: um negócio ruim ainda é ruim, mesmo que não seja um roubo; um emprego ruim ainda é ruim, mesmo que não seja escravidão; e sexo ruim ainda é ruim, mesmo que não seja estupro ... O contrato consensual entre um patrão sádico e um empregado submisso não é uma relação moralmente boa, mesmo que o empregado aceitasse trabalhar por ainda menos. Relações como essas são prejudiciais tanto para a parte submissa quanto para a parte dominante. É imoral participar de tais transações consensuais e imoral que a comunidade as tolere." *Idem.* P. 399. Tradução nossa.

Assim, a morte do artista em "*The Hunger Artist*" e o suicídio do protagonista de "*The Judgment*" revelariam "o fracasso da comunidade, não a vitória do indivíduo autônomo"⁹⁸.

A autora ainda afirma que alguns personagens de Kafka por vezes aparecem como "empreendedores falidos" ("*The Hunger Artist*" e "*The Judgment*"), formalmente similares à figura dos "empreendedores de risco" de Posner. O destino de tais personagens revela, contudo, que não há compensação "*ex ante*" ou "*ex post*" que justifique moralmente as perdas sofridas⁹⁹. Se Posner ensina que a assunção voluntária do risco retira do "perdedor" a expectativa de ser socorrido pela comunidade, Kafka mostraria que a não intervenção da comunidade consistiria em um "tipo de pecado" (*type of sin*) ou uma quebra dos laços comunitários de solidariedade, não em uma resposta legítima e moralmente satisfatória à situação.

West reconhece que, talvez, os personagens de Kafka e o "indivíduo racional maximizador de seu próprio bem-estar" de Posner sejam caricaturais: aqueles tão irrealisticamente masoquistas quanto estes irrealisticamente egoístas. Contudo, a autora afirma que, enquanto podemos nos reconhecer nas caricaturas de Kafka, o indivíduo descrito por Posner nos é completamente estranho:

A despeito do caráter ordinário das situações em que se encontram, não reconhecemos os atores de Posner em nós mesmos ou em nossos vizinhos. O empregador maximizador da riqueza que discrimina racialmente, o criminoso maximizador da riqueza que decide como aproveitar melhor seus momentos de oportunidade e suas ferramentas de assalto, e a vítima de danos extracontratuais indenizada antecipadamente por danos não indenizados retroativamente não se parecem com os chefes intolerantes, os ladrões mesquinhos ou as vítimas empobrecidas e paraplégicas de acidentes que podemos ser ou conhecer, ou com os quais podemos trabalhar. Apesar de as personagens de Posner estarem envolvidas nessas situações familiares, não

⁹⁸ *Idem*. P. 408.

⁹⁹ "O próprio "hunger artist" expressa esse ponto; ele sabe que foi abandonado por seu público volúvel e não foi compensado *ex post* ou *ex ante* por seu eventual fracasso: o artista simplesmente jejuou sem parar, como um dia sonhou em fazer, e não foi problema para ele, como ele sempre havia predito, mas ninguém contava os dias, ninguém (...) sabia quais recordes ele já estava quebrando, e seu coração ficou pesado. E quando, vez ou outra, algum passante vagaroso parava, se divertia com a velha figura do tabuleiro e insinuava que ele estava trapaceando, essa era, à sua maneira, a mentira mais estúpida já inventada pela indiferença e pela malícia inata, já que o artista não estava trapaceando com a sua fome, ele estava trabalhando honestamente, mas o mundo estava recusando lhe conferir sua recompensa. O fracasso do amigo de Georg também não é compensado, *ex post* ou *ex ante*. Em um momento de dolorosa auto-iluminação, Georg percebe essa verdade claramente: seu amigo em São Petersburgo ... tocou sua imaginação como nunca antes. Perdido na vastidão da Rússia, ele o viu. Na porta de um armazém vazio e saqueado, ele o viu. Entre os destroços de suas vitrines, os restos cortados de suas mercadorias, os suportes de gás caindo, ele estava apenas se levantando. Por que ele teve que ir tão longe!" *Idem*. P. 408.

nos reconhecemos, de modo algum, em suas vidas e motivações interiores. Eles não são a gente, e suas rígidas vidas interiores não são as nossas.¹⁰⁰

A conclusão apresentada por West, nesse primeiro texto do debate, aparenta ser bem modesta: a autora não deixa de reconhecer que os indivíduos *algumas vezes* comportam-se tal como o agente racional de Posner, calculando custos e benefícios de modo a tomar decisões racionais e autônomas que levem a um incremento no bem-estar individual. Contudo, uma vez que a motivação dos seres humanos seria mais complexa do que a descrição "econômica" de Posner, a justificação moral das ações e decisões humanas não poderia residir em um "ato com motivações tão ambíguas tal como o consentimento"¹⁰¹.

O "alvo" de West, contudo, é mais abrangente do que tal conclusão aparenta, já que a autora não critica apenas a figura excessivamente caricatural trazida na obra *Análise Econômica do Direito* – muitas vezes descrita pela crítica como um "robô" ou "máquina de calcular". Como o próprio Posner percebe, a crítica de West dirige-se a um alvo muito menos "polêmico", qual seja, a ideia de "intervenção estatal mínima", pilar do liberalismo clássico:

O alvo específico da crítica da professora West não é uma perspectiva idiossincrática minha; trata-se de uma tese fundamental do liberalismo clássico: a de que o governo, de modo geral, não deve interferir em transações voluntárias que não impõem custos não compensados a terceiros – o que economistas hoje chamam de transação Pareto-superior. Isso não quer dizer que toda transação dessas esteja imune a críticas éticas. Contudo, a função da superioridade de Pareto quando concebida como um princípio de filosofia política não é fornecer um critério último de escolha ética, e sim, meramente, delimitar adequadamente o papel do Estado.¹⁰²

Por essa razão, Posner inicia sua réplica – "*The Ethical Significance of Free Choice – A reply to Professor West*" (1981), posteriormente republicado de forma ampliada como capítulo da sua obra "*Law and Literature: a Misunderstood Relation*" (1988) – argumentando

¹⁰⁰ *Idem*. P. 388.

¹⁰¹ *Idem*. P. 425.

¹⁰² De fato, o incômodo de West com o princípio da "não intervenção estatal" (um dos pilares do liberalismo clássico) é bastante evidente em vários trechos dos dois textos que compõem seu debate com Posner. Inclusive, textos mais recentes revelam que a autora permanece criticando o liberalismo clássico em relação a seus demais "pilares", mesmo na ausência de qualquer referência à obra de Posner: o estado de direito; a autonomia/consentimento; a igualdade de oportunidades e individualismo. Assim, apesar de West afirmar, de maneira modesta, que considera simplesmente que um ato tão ambíguo quando o "consentimento" não tem o potencial de conferir legitimidade moral às decisões individuais, o que West realmente parecer defender é que um ato tão ambíguo quanto o "consentimento" não tem o potencial de limitar a interferência estatal nas nossas decisões privadas que não afetem terceiros. A crítica de West não consiste, portanto, apenas em uma "correção-suavização" do indivíduo hiperracionalizado e hipercalculista de Posner. Consiste, isso sim, em uma crítica bem mais ampla ao edifício do liberalismo clássico, ainda que, para isso, a autora parta da figura antropológica. WEST, Robin. Law's emotions. **Richmond Journal of Law and The Public Interest**. Vol. XIX:iv, 2016, pp. 340-362.

que a interpretação de West sobre a obra de Kafka seria reducionista e equivocada, pois as histórias não de Kafka não retratariam, tal como West defende, uma crítica aos pilares do liberalismo moderno (individualismo, racionalidade e liberdade).

Esse primeiro ponto de refutação (sobre a "correta" interpretação da obra de Kafka), apesar de ser interessante do ponto de vista da crítica literária, não é o cerne do debate entre Posner e West, já que, como a própria autora admite, a literatura foi apenas um meio de tentar encontrar uma "ponte" entre suas diferentes de mundo.¹⁰³ Em última análise, o debate sobre a "correta" interpretação da obra de Kafka é apenas uma reencenação do conflito de compreensões antropológicas e ideológico-normativas dos autores. Portanto, interessa mais, para o propósito dessa tese, os outros dois pontos da réplica de Posner, relacionados à defesa de dois pilares do "liberalismo" (tanto na sua versão "clássica", quanto na sua versão "extremada e economicista")¹⁰⁴: a concepção antropológica que descreve o indivíduo como ser que anseia por autonomia e tem capacidade racional para fazer boas escolhas e a concepção político-ideológica que preconiza limites estritos para intervenção estatal na vida privada dos seus cidadãos.

Sobre o primeiro ponto (concepção antropológica), Posner argumenta que os personagens kafequeanos – masoquistas e extremamente submissos – seriam meramente ficcionais e não corresponderiam ao retrato do indivíduo norte-americano comum. O autor, contudo, parece assumir ao longo do texto que a veracidade dessa afirmação é autoevidente,

¹⁰³ Posner contesta a interpretação de West sobre a obra de Kafka afirmando que ela (West) encontra sentidos de crítica política (contra as tradições jurídicas modernas, o estado mínimo e o sistema econômica capitalista) que não são necessariamente os únicos sentidos possíveis dos textos ou, quiçá, os melhores sentidos que se podem retirar. Para Posner, uma leitura crítico-política da obra é reducionista e não alcança as nuances da personalidade e conflitos familiares experienciados por Kafka: “um escritor incomumente enigmático, Kafka foi frequentemente pressionado a servir a causas políticas por pessoas não muito interessadas em literatura, que encontram em seus escritos uma descrição precoce do estado policial e de outras deformidades contemporâneas. O professor West nos dá uma versão reduzida do politicamente engajado Kafka; ela nos dá Kafka, o repórter investigativo do Washington Post, escrevendo com sensibilidade, embora estranhamente, sobre coisas como pobreza, exploração das mulheres, gostos do consumidor e os perigos de ser um empresário. Ela diminui Kafka. O alvo de seu ataque é Pareto, erroneamente chamado de Posner; a principal vítima, no entanto, é Kafka.” Ver: POSNER, Richard. The ethical significance of free choice. A reply to Professor West. **Harvard Law Review**, 99, 1986, pp. 1431-1448. P. 1438. Em sua tréplica, West argumenta que Posner não aceita que o tema da "submissão à autoridade", onipresente na obra de Kafka, possa significar "submissão ao Estado, ao direito e ao empregador" simplesmente porque a sua "visão idiossincrática da natureza humana" condiciona totalmente a sua "interpretação idiossincrática da obra de Kafka".

¹⁰⁴ “Em alguns de meus escritos acadêmicos, defendi sob o nome de "maximização da riqueza o que muitos consideram uma versão extrema do liberalismo clássico. Em particular, defendi a proposição de que as transações que aumentam a riqueza agregada da sociedade têm o direito de serem respeitadas, mesmo que eles não sejam Pareto-superiores em razão da existência de perdedores não compensados. Mas o ataque do Professor West é contra o liberalismo *mainstream*, e o liberalismo *mainstream* é, portanto, o que defenderei aqui.” *Idem*. P. 1431. Tradução nossa.

limitando-se a questionar a concepção antropológica assumida por West por meio de algum apelo ao senso comum e muita retórica:

Mas, agora, assumamos, com a professora West, que as obras de Kafka devam ser lidas literalmente, como tratos sobre empreendedorismo, suicídio e assim por diante. Lidas assim, o que elas nos revelam sobre o significado ético da livre escolha em nossa sociedade? Elas não são realísticas; lidas literalmente, elas nos fornecem um entendimento da vida americana nos anos 80 tanto quanto Drácula ou o Barril de Amontillado.¹⁰⁵

A professora West considera problemáticas escolhas muito mais fáceis do que aquelas discutidas até aqui. As escolhas mais fáceis são difíceis na versão da professora West para o mundo ficcional de Kafka, visto que seus cidadãos não gostam de fazer escolhas; eles têm um desejo desesperador de se submeter a uma autoridade. Se isto for o que a maioria dos americanos quer, precisaremos repensar nosso compromisso nacional com os livres mercados e o governo democrático. Porém, na verdade, as personagens ficcionais de Kafka não são típicos americanos dos anos 80. Como um reflexo do profundo neuroticismo de seu criador e de sua situação histórica particular de ser um judeu tcheco que fala alemão e vive em Praga durante o declínio do Império Áustro-Húngaro, durante a Primeira Guerra e o turbulento pós-guerra, e durante os primeiros anos da república da Tchecoslováquia, as personagens de Kafka são marcadas por uma extraordinária disposição para a submissão¹⁰⁶.

Se a professora West acredita que os americanos têm o mesmo desejo de ser governados com uma mão de ferro demonstrado por algumas das personagens ficcionais de Kafka – se ela acredita que nós “desejamos desesperadamente ser julgados e punidos por uma nobre autoridade” – se ela acredita que os cidadãos da sociedade mais livre da história mundial sentem-se “atraídos pela estrutura autoritária do direito”, pela “estrutura autoritária do destino” e pelo “poder punitivo da autoridade estatal” – se o nosso mundo, como o de Kafka, é “povoado por personalidades excessivamente autoritárias” – então eu entendo por que ela se incomoda com uma filosofia que presume que as pessoas são juizes totalmente competentes para decidir sobre seus próprios interesses. Contudo, se ela acredita nestas coisas, ela vive em um mundo diferente do meu e seu.¹⁰⁷

Por causa disso, West chega a reclamar, na sua tréplica "*Submission, Choice, and Ethics: A Rejoinder to Judge Posner*" (1986), que Posner não "desafia" a sua visão antropológica, resumida como: "a crença de que nós, como pessoas, somos mais autoritários e submissos do que consta nas tradicionais representações liberais acerca da nossa natureza". A autora supõe que sua visão de mundo pareceria tão "bizarra" para Posner que ele sequer teria percebido essa seria a única ideia que precisaria ser efetivamente enfrentada.

¹⁰⁵ *Idem*. P. 1438. Tradução nossa.

¹⁰⁶ *Idem*. P. 1438. Tradução nossa.

¹⁰⁷ *Idem*. P. 1448. Tradução nossa.

De fato, West tem razão quando percebe que, mesmo sendo esse o núcleo da divergência entre os autores, Posner não teria enfrentado sua tese *diretamente*. Todavia, Posner questionou, por vias transversais, a compreensão antropológica de West. Primeiro, o autor refutou especificamente todos os exemplos de indivíduos supostamente ansiosos por submissão colhidos por West da obra de Kafka ou criados por ela própria na reinterpretação de cenas literárias¹⁰⁸, questionando a plausibilidade de que tal experiência pudesse ser considerada “comum”, na vida real¹⁰⁹, ou reenquadrando normativamente as situações descritas por West¹¹⁰. Além disso, Posner também impugnou os fundamentos da compreensão antropológica assumida por West, tendo em vista que a autora estaria se baseando em ficção literária para desenhar “o indivíduo”, e não em literatura científica especializada¹¹¹. Por fim, Posner ainda apresentou uma justificativa para “se desviar” do debate direto acerca das concepções antropológicas: a tarefa da economia seria tão somente prever comportamentos, em vez de representar fielmente as motivações conscientes e os sentimentos dos indivíduos. Por isso, reclamar que a economia não subscreveria uma concepção realista da mente humana implicaria ignorar a função da economia, assim como interpretar Kafka de uma maneira realista implicaria ignorar aquilo que seria o aspecto mais relevante da obra de Kafka.

De fato, Posner já havia reconhecido anteriormente que a figura do seu indivíduo racional maximizador de suas pretensões seria “super simplificada”. Todavia, a validade da

¹⁰⁸ Por exemplo, West interpreta uma cena de “*The Trial*” como representação do assédio sexual contra mulheres no ambiente do trabalho. Posner reinterpreta a cena para mostrar que, na verdade, a suposta vítima do assédio (the *washerwoman*) está simplesmente “brincando” com o protagonista, “K”: “Na verdade, a professora West não entendeu bem o incidente em “*The Trial*” entre K. e a lavadeira. A mulher está conversando com K. quando vê um estudante de Direito (!) que, diz ela, um dia pode ser um figurão. Ela vai até o aluno, que começa a beijá-la. K. intervém, mas o aluno pega a mulher no colo e começa a ir embora com ela. K. está prestes a agredir o aluno (na verdade ele dá um soco na sua nuca) quando a mulher lhe diz para desistir porque o aluno está apenas obedecendo às ordens do juiz de instrução. O aluno, ofegante de cansaço, carrega-a escada acima (...) Esta passagem retrata não a exploração das mulheres, mas um devaneio mordaz sobre o desejo e a timidez. K. gostaria de acreditar que, ao ceder ao estudante de direito, a mulher está agindo sob coação, mas aos poucos vai percebendo que isso não é verdade, que ela e o estudante estão brincando com ele. (Observe também que K., não a mulher ou seu marido, é descrito como a vítima neste episódio.) A maior parte da coerção em “*The Trial*” está dentro da cabeça de K.” *Idem*. 1440. Tradução nossa.

¹⁰⁹ Para demonstrar que transações consentidas e maximizadoras de riqueza nem sempre promovem o bem-estar, West havia argumentado que, se uma pessoa bulímica comprasse todos os tomates de uma banca de frutas, tal transação pioraria o seu quadro de saúde física e psicológica. Posner replica, primeiro, que “os economistas não presumem que as escolhas feitas por pessoas mentalmente incompetentes sejam maximizadoras de valor”. Depois, muda o foco do argumento e questiona: “Quem de nós gostaria de ser governado por gente que acredita que a administração de um manicômio serviria de modelo para governar os Estados Unidos?”, Concluindo que “Professor West e eu não temos que passar por um exame psiquiátrico antes de podermos comprar um tomate.” *Idem*. P. 1440. Tradução nossa.

¹¹⁰ Ainda falando sobre a cena de “*The Trial*” em que West interpreta ter havido assédio sexual, Posner afirma que “assédio sexual”, por definição, não é uma “transação consentida”, não podendo ser considerada maximizadora de riqueza. *Idem*. P. 1441. Tradução nossa.

¹¹¹ *Idem*. P. 1432.

teoria econômica residiria na sua capacidade preditiva de ação, e não no realismo das suas premissas descritivas. West não aceitou esse argumento por considerar que, no campo da filosofia moral, premissas falsas ou irrealistas sobre o ser humano seriam inaceitáveis, já que isso significaria fundamentar princípios morais em "mentiras"¹¹².

Desviaremos do debate, nesse ponto, para apresenta nossa hipótese sobre o motivo pelo qual Posner apresentaria um retrato tão irreal e reducionista do ser humano. Parece-nos que a concepção antropológica assumida por Posner pode ser simplesmente um reflexo de sua própria personalidade que, de acordo com as informações colhidas biógrafo, é bastante peculiar. Posner, aparentemente, tem certa dificuldade para sentir as emoções “apropriadas” para determinadas ocasiões – especialmente aquelas que forem mais “intensas” ou que exigirem alguma dose de empatia. Domnasrki, seu biógrafo, relata algumas manifestações de insensibilidade do autor em situações que envolvia morte de parentes, colegas ou parentes de colegas.

Ele disse a Nussbaum: “quando minha mãe morreu aos 89 dois anos atrás, tendo estado completamente senil por muitos anos, eu, então com 51 anos, não senti dor” – a despeito de ter sentido uma leve aflição por conta de seu pai, que, surpreendentemente, "recuperou-se rápido o suficiente de seu luto". O falecimento da própria mãe de Nussbaum trouxe o tema à tona novamente. Posner pergunta a Nussbaum se ela se lembra do comentário de T. S. Eliot sobre Hamlet, que sua chateação com sua mãe parecia excessiva em relação a seu objeto, e pergunta: “Eu tenho a mesma reação à sua chateação com a morte de sua mãe. Eu espero que isso não soe rude”. A mesma incapacidade de sentir empatia surge novamente na correspondência entre eles em uma referência a um colega em comum que está triste por ter perdido sua mãe. Isso não faz sentido para Posner, já que o colega deles não gostava dela. “Eu demonstrarei minha falta de senso emocional (quicá, insensibilidade)", ele escreve, “perguntando por que [nosso colega] está triste por conta de sua mãe, já que ele desgostava tanto dela. Choque, medo do avançar da idade, premonições, etc., mas tristeza por quê?”. E quando uma conhecida em comum morre aos 80 anos, Posner, a despeito de afirmar gostar dela, escreve: "Eu acho difícil entender a profunda emoção causada pela morte dela. Parece-me que quando uma pessoa morre aos 80 os sobreviventes devem aceitar isso com tranquilidade. Poderíamos utilizar mais as virtudes

¹¹² De fato, a descrição do indivíduo assumida pela "análise econômica do direito" destoa da descrição que o senso comum faz sobre a natureza humana. Não é à toa que uma das críticas mais frequentes à análise econômica do direito diga respeito, justamente, ao fato de que o ser humano não é uma "máquina de calcular". Provavelmente também não é por acaso que Posner diminui a relevância do elemento "racional-estratégico" na descrição do comportamento humano com a transição para o pragmatismo, tornando mais realista sua descrição do "indivíduo". Todavia, entendemos que West não critica apenas a concepção psico-antropológica da versão "extrema" e economicista do liberalismo, representada pela figura do indivíduo que calcula, a todo momento, os riscos e benefícios agregados às decisões que realiza em todos os aspectos de sua vida e que, de fato, destoa da descrição que a maioria dos indivíduos da modernidade ocidental fariam de si próprios. Como Posner também percebe, a autora parece questionar até a premissa mais "suave" do liberalismo clássico de que o ser humano é, tendencialmente, mais apto do que inapto para tomar boas decisões para sua própria vida.

estoicas". Ele explica por que não demonstrou maior compaixão ao receber a notícia da morte da mãe de Nussbaum, escrevendo: "Eu fui tipicamente insensível ao não perceber que a morte de sua mãe seria um grande golpe para você. Minha própria mãe, como eu mencionei, morreu com quase 90 anos depois de anos de senilidade, e eu não a vi durante o último ano e meio de vida dela, já que ela não me reconhecia mais, e é um sentimento esquisito não ser reconhecido pela própria mãe. É claro que isso não me fazia sentir rancor em relação a ela; no entanto, nestas circunstâncias, a morte dela não poderia ser sentida como uma perda; obviamente, a sua situação é diferente". Quando Nussbaum escreve que sua saudosa mãe era uma maravilhosa mãe, ele tem dificuldade de entender. Ele pergunta: "O que havia de maravilhoso em sua mãe? Eu não acho que havia nada de maravilhoso na minha, a despeito de eu a ter amado muito enquanto eu era criança e, sem dúvida, até por volta dos meus vinte anos"¹¹³

Posner também parece não ter tido, ao longo de sua vida, contato *pessoal* (ou seja, fora dos tribunais) com experiências dramáticas, seja por vivência própria, seja por relatos de terceiros. Domnarski identifica, nas correspondências trocadas por Posner com seus colegas, que ele frequentemente menciona que teve uma "vida bastante protegida" (*sheltered*), sem muitos conflitos, dificuldades ou mesmo contato com a "maldade" humana. Por isso, Posner relata ter sentido "choque" diante de atos de alguns colegas que, apesar de serem moralmente reprováveis, são "ordinários". Por exemplo, após ter conhecimento de que um de seus colegas cometia uma série de infidelidades conjugais, ele relata que

As coisas que acontecem no meu círculo de colegas não deveriam ser um choque para mim, mas minha capacidade de ficar chocado permanece intacta. Devo ter tido uma infância muito protegida (*sheltered*), o que dificulta que eu consiga compreender, exceto no sentido puramente cognitivo mais árido, o que está acontecendo no mundo ¹¹⁴

Em outra situação, diz que nunca imaginou que um dia conheceria alguém que realmente enviase "cartas anônimas" para outras pessoas, assim como não imagina que, algum dia, irá conhecer pessoalmente alguém que tenha assassinado outra pessoa. "Meu conhecimento sobre a natureza humana é incompleto", ele conclui. Em matéria de relacionamentos amorosos, ele afirma, em algumas correspondências, ficar muito "fascinado" diante das situações amorosas relatadas por seus colegas. Para um colega específico que estava passando por uma situação de triângulo amoroso, confessa que os relatos são "reveladores", "profundamente fascinantes" e

oferecem um relance do mundo de fortes emoções cujo pouco acesso que eu tenho se deve a literatura, e que, de todo modo, eu não levo muito a sério. Eu

¹¹³ DOMNARSKI, William. *Op.cit.* P. 174. Tradução nossa.

¹¹⁴ *Idem.* P. 249-250. Tradução nossa.

sei que as pessoas possuem vidas secretas, mas a consciência de tal fato raramente me alcança no cotidiano¹¹⁵.

Mencionamos esses traços de personalidade de Posner por duas razões: a primeira, é porque isso explica a sensação descrita por Boyde White – e compartilhada por outros interlocutores, inclusive por West – de que, por detrás dos textos de Posner, parece não haver alguém genuinamente conectado com “emoções”. Talvez, a “análise econômica do direito” não tenha feito de Posner algo parecido com um “robô insensível”. Talvez, o fato de Posner *ser* algo parecido com um “robô insensível” o tenha encaminhado para o “pensamento econômico”, em oposição ao que seria um “pensamento literário”.

A segunda razão é porque, se essa hipótese estiver correta (ou seja, se Posner efetivamente tiver uma dificuldade de “sentir os sentimentos” apropriados para cada ocasião), isso poderá refletir na interpretação que fazemos sobre suas ideias acadêmicas. Veja-se: no capítulo 5 (subtópico 5.2.2), apresentaremos a hipótese de que as contradições cometidas por Posner ao longo de sua obra podem ser explicadas pela tensão entre razão teórica (platônica) e razão prática (aristotélica). A transição para o pragmatismo representaria, assim, o “ponto de virada” entre as duas concepções de racionalidade. Todavia, o exercício da “razão prática” exige que o agente possua um conjunto de virtudes que irão guiar o processo de tomada de decisão. Uma dessas virtudes seria, justamente, a capacidade de “sentir os sentimentos” apropriados diante de determinada situação e agir em conformidade com eles. A falta de tal virtude, então, poderia apresentar um óbice ao exercício da razão prática. É plausível assumir que, alguém que *não possua*, pessoalmente, também não se importaria em construir uma abordagem teórica que incluísse uma referência a tal elemento. Assim, para que o pragmatismo de Posner possa ser “enquadrado” como uma abordagem autenticamente aristotélica, seria relevante “visualizar” alguma espécie de “humanização” de Posner ao longo dos anos, ou seja, uma experiência mais íntima entre Posner e as emoções.

Apesar de não usar exatamente essas palavras, West argumenta nesse mesmo sentido ao criticar a obra “*Sex and Reason*”, na qual Posner faz uma análise das práticas sexuais sob uma ótica econômica (*rational choice*). West diz que a parte descritiva da obra é interessante e instrutiva. Todavia, as conclusões normativas que Posner retira de tal “descrição econômica” é que seriam bastante equivocadas, do ponto de vista moral, já que o autor “falha em criticar quando a crítica é devida e falha em condenar quando a condenação é

¹¹⁵ *Idem*. P. 250. Tradução nossa.

necessária.”¹¹⁶ No subtópico mencionado, voltaremos a esse ponto para analisar, com mais profundidade, se Posner realmente carecia, ou ainda carece, de tal virtude prática e como isso se reflete na interpretação da sua obra acadêmica.

Posner possui uma segunda linha de refutação à West, baseada na concepção político-ideológica do "estado mínimo" (não apenas do ponto de vista de liberdade econômica, mas também de liberdades quanto a costumes e moralidade social). O autor argumenta que, ainda que os personagens de Kafka retratassem experiências subjetivas reais da população norte-americana, as implicações normativas que West retira de tal descrição ficcional da realidade constituiriam uma interferência indevida e autoritária do Estado na vida privada dos cidadãos. A chave para esse argumento é a clássica separação entre moral e direito: nem todas as decisões consideradas "imorais" ou "prejudiciais ao indivíduo", de acordo com o senso-comum, precisam sofrer interferências pelo direito¹¹⁷, seja por razões de compromisso com a liberdade individual, seja por razões de caráter utilitarista.

Reforçando seu compromisso com o libertarismo, Posner argumenta que a mera ocorrência de resultados ruins, em decisões de alto risco, não retiraria a relevância ética da liberdade de escolha. Ora, a decisão de uma pessoa que decide ter práticas sexuais promíscuas seria estruturalmente semelhante à decisão de se submeter a uma cirurgia de alto para correção de hérnia discal. Em ambas situações, a decisão de alto risco poderia ocasionar danos físicos permanentes ou até mesmo a morte. Portanto, se West estivesse mesmo disposta a aceitar a intervenção estatal/comunitária na primeira situação (no sentido de “proibir-se” ou “desincentivar-se” a prática), deveria aceitar igualmente a interferência estatal na segunda situação, por questão de coerência.

Já do ponto de vista utilitarista, Posner explica que a interferência estatal nas escolhas de alto risco (usadas por West para demonstrar os "perigos" que podem advir de situações consentidas) pode gerar incentivos para que os indivíduos façam escolhas ainda mais arriscadas, e com mais frequência. West preocupa-se com o destino dos perdedores, fracassados e falidos, postura coerente com sua defesa de uma "ética do cuidado". Posner preocupa-se que o paternalismo aos perdedores possa fazer com que a liberdade de escolha seja exercida de maneira irresponsável. Além disso, há situações em que o espectro de

¹¹⁶ WEST, Robin. Sex, Reason, and a Taste for the Absurd. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, Vol.659, 1993. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/659>>

¹¹⁷ “Repetindo o que eu disse antes: eu não disse que qualquer transação consentida entre adultos deve receber nossa aprovação moral. Eu disse que transações consentidas entre adultos não devem sofrer interferência do governo.” POSNER, Richard. The ethical significance of free choice. A reply to Professor West. *Op. cit.* P. 1442. Tradução nossa.

alternativas apresentadas ao indivíduo é limitado e, nesses casos, a escolha pela alternativa "menos ruim" não pode ser coibida pelo Estado e nem reputada como imoral. Se West considera que “um emprego ruim continua a ser ruim, ainda que não seja escravidão, e sexo ruim continua a ser ruim, ainda que não seja estupro”¹¹⁸, Posner argumenta que “a liberdade não é uma Utopia e não irá prevenir a ocorrência de distúrbios alimentares e ‘sexo ruim’”¹¹⁹.

Esse ponto específico do debate revela mais uma divergência profunda entre os autores: Posner confere à liberdade posição prioritária sobre outros bens jurídicos e aceita que, às vezes, o "preço" de tal liberdade é certa indiferença estatal (jurídica) diante de sofrimentos emocionais cotidianos (empregos mal remunerados e estressantes; relacionamentos emocionalmente tóxicos; problemas financeiros causados por apostas financeiras de alto risco etc.). West, por outro lado, parece considerar que o bem estar (físico e psicológico) do indivíduo tem prioridade sobre a liberdade.

Mais que isso, West também parece considerar que é possível melhorar o bem estar dos indivíduos por meio de uma ética de intervenção comunitária, sugerindo que o argumento de não intervencionismo de Posner funda-se em uma falsa dicotomia colocada nesses termos: ou o indivíduo goza de liberdade, devendo assumir também as consequências ruins advindas de suas decisões; ou o indivíduo será protegido de si próprio pelo Estado, o que conduzirá a um “estado de opressão amargo”. Para a autora, essa falsa dicotomia conduz a um cenário de “alternativas incrivelmente deprimentes” pela qual as únicas opções que se consegue imaginar, por exemplo, para uma esposa vítima de violência doméstica seriam “um marido abusivo, uma pobreza deprimente ou um estado opressor”. Contudo, se realmente essas forem as únicas opções imagináveis para uma vítima de violência doméstica, “nós falhamos em agir”¹²⁰. Novamente, West posiciona-se de forma a convocar a responsabilização comunitária pelo bem estar físico e emocional dos seus indivíduos. Contudo, a autora permanece sem explicar, de modo mais concreto, de que modo tal intervenção comunitária deve ser realizada, limitando-se a sugerir que tal intervenção não precisaria manifestar-se como um “punho de ferro do estado opressor”.

Essa afirmação é digna de nota porque justifica o comentário feito por Posner de que “o artigo da professora West não teria aplicações para o direito”.¹²¹ Ora, West fala

¹¹⁸ WEST, Robin. Authority, autonomy and choice: the role of consent in the moral and political visions of Franz Kafka and Richard Posner. *Op.cit.* P. 399. Tradução nossa.

¹¹⁹ POSNER, Richard. The ethical significance of free choice. A reply to Professor West. *Op. cit.* P. 1444. Tradução nossa.

¹²⁰ WEST, Robin. Submission, choice and ethics: a rejoinder to Judge Posner. *Op. cit.* P. 1445. Tradução nossa.

¹²¹ POSNER, Richard. The ethical significance of free choice. A reply to Professor West. P. 1431. Tradução nossa.

constantemente em “intervenção da comunidade”; “obrigação comunitária de agir” e expressões semelhantes. Considerando que o debate desenvolve-se sob o pano de fundo da “decisão judicial” (com a justificação moral, por Posner, do critério maximização de riqueza como critério decisório), entende-se, *a priori*, que a “intervenção comunitária” propalada por West assumir-se-ia como norma jurídica que limitasse, largamente, a autonomia privada em negócios jurídicos (proibindo-se, por exemplo, venda de sexo e trabalhos vexatórios, como o famoso “arremesso de anão”) ou alargasse o rol de condutas submetidas à ação penal pública (retirando-se da vítima de estupro ou de violência doméstica, por exemplo, o direito de decidir sobre a instauração ou continuidade da persecução penal).

Contudo, ambos tipos de normas podem ser qualificados como manifestações do “punho de ferro do estado”, já que a imposição de limites morais à liberdade contratual e o sistema de controle penal são reputados, pela literatura liberal clássica, como formas clássicas de “opressão estatal”. Portanto, West talvez estivesse considerando alternativas mais “suaves” de auxílio às vítimas quando redigiu os textos de crítica a Posner.

Quais alternativas seriam essas? West não diz nesses textos. Contudo, pode-se inferir algumas possibilidades que potencialmente se enquadrariam como “alternativas” à dicotomia “descaso estatal/opressão estatal”. Por exemplo, para vítimas de violência doméstica, nem o descaso, nem a perseguição criminal do marido sem o consentimento da vítima. Em vez disso, poder-se-ia criar abrigos permanentes para mulheres vítimas de violência doméstica em que fosse desenvolvido um sistema de trabalho e gestão coletiva. Para a atriz pornô, nem o descaso, nem a proibição da indústria pornográfica. Em vez disso, poder-se-ia alargar o escopo dos serviços sociais para reposicionar mulheres no mercado de trabalho ou subsidiar o sustento dos filhos. Para a modelo com distúrbios alimentares, nem o descaso, nem a proibição de continuar desfilando. Em vez disso, poder-se-ia condicionar a continuidade de sua contratação à eventuais tratamentos psiquiátrico e psicológico.

Todas essas “alternativas”, todavia, não dizem respeito ao plano metodológico da “decisão judicial” (no qual Posner está inserido), mas sim à política legislativa. Essa é mais uma divergência entre os autores que tem raízes nas distintas compreensões sobre a “condição do ser humano”. West parece não confiar na capacidade do indivíduo de tomar boas decisões para si mesmo e, assim, posiciona tal responsabilidade na comunidade, por meio da ação política. Posner confia excessivamente em tal capacidade individual e, assim, busca reduzir a interferência do direito nos negócios praticados no mercado. Os autores percebem que “vivem em mundos muito diferentes” ao constatarem a divergência profunda entre as concepções antropológicas. Contudo, além de viverem em mundos muito diferentes, eles parecem

também *falar sobre* mundos diferentes: Robin West parece falar sobre moral e política, ainda que sobre uma moral e uma política projetadas no direito; enquanto Posner fala sobre direito, ainda que sobre um direito colonizado por critérios econômicos.¹²²

2.4 MICHAEL SANDEL CONTRA POSNER: O RISCO DE MONETIZAÇÃO DAS VIRTUDES

É no debate entre Sandel e Posner que a suposta face “monstruosa” de Posner fica mais nítida, pois a discussão é centrada em exemplos práticos de como a posição ideológica

¹²² Margarida Gaudêncio, ao analisar o debate entre Posner e West, faz uma interessante mediação entre os autores por meio da lente do jurisprudencialismo conimbricense: “Tudo o que nos remete, portanto, para um binómio fundamental na construção da intersubjetividade, em geral, e da intersubjetividade jurídica, em particular: o binómio subjetividade/comunidade, ou, noutros termos, autonomia/ integração e responsabilidade comunitárias. (...) Ora, a matriz agregadora que se convoque como base desta construção resultará, inevitavelmente, de uma opção, que se pretende especificamente cultural-civilizacional. Matriz essa que só poderá ser, adiante-se já, de índole substancial-material, sob pena de o Direito se transformar num formalismo procedimental – veja-se, exemplarmente, a proposta de LUHMANN –, perdendo assim a sua normatividade material própria. E matriz essa ainda que procura o seu sentido para além da autonomização individualista proposta pelo pensamento moderno-iluminista – embora não a esquecendo nem lhe renunciando –, cujo corolário foi, a este nível, a construção de uma *societas*, enquanto artefacto humano traduzido na vinculação livre de vontades autónomas, e em que o neoliberalismo de POSNER se inspirou, na sua configuração contratualizada de toda a intersubjetividade juridicamente relevante. Mas não tão longe que dissolva a autonomia numa hipertrofia comunitarista politizada, que no polo oposto implique uma redução ao coletivo. O que, não constituindo direta e necessariamente o resultado da perspetiva definida por Robin WEST, mantém, pelo menos, latente o risco de reduzir em muito a esfera da autonomia, transformando o sujeito num continuamente participante na comunidade, que unicamente nela e através dela se compreende e realiza. O caminho que procurará agora esboçar-se não opta, então, por nenhuma das duas posições aqui observadas: nem um estrito individualismo, que isole o homem, nem um absoluto comunitarismo, que o dilua. O homem não o será plenamente – isto é, não será pessoa, no sentido em que CASTANHEIRA NEVES no-la apresenta, na sua ineliminável dignidade ética (a condição ética da emergência do direito¹⁰³) – senão por mediação da comunidade. E deixará igualmente de o ser – e agora especificamente no que diz respeito ao direito – no momento que perca a noção da fronteira, ainda que mais ou menos oscilante, entre a sua individualidade e a sua integração comunitária (...) Assim como a resposta à nossa questão principal remanesce em construção: não concebendo a vinculação social e jurídica nem por via estritamente contratual nem por imposição de qualquer entidade heterónoma, mas aceitando a construção de uma comunidade complexa – talvez mesmo uma comunidade de comunidades – que congregue diferenças e crie a sua identidade a partir delas esquecer, todavia, que o que está em causa é a construção da juridicidade, e que um dos mais iminentes perigos das vertentes comunitaristas consiste precisamente em transformar o direito num discurso ético-político de consideração de diferenças que perde completamente de vista a dimensão normativa, com as suas implicadas significações de princípio, mas também de critério-medida, mecanismo de relativização que não permite a estiolamento da liberdade. Assim, contra, por um lado, uma diluição do homem-pessoa no seio de uma qualquer comunidade política ou eticamente concebida, e, por outro lado, um individualismo que renuncie a qualquer vinculação comunitária, situações extremas ambas suscetíveis de conduzir à impossibilidade de aceder ao Direito, ainda que ambas mobilizando como instrumento a lei, propõe-se agora uma construção comunitária que assuma a diferença como tolerância, e assente numa responsabilização individual e comunitária pelas respetivas condições de coexistência e convivência. Em suma, não uma transcendentalização da Lei, que a transforme em inacessível e incompreensível arbitrariedade e que mantenha o homem “às suas portas”, mas antes uma afirmação material de referentes de sentido que confira um “verdadeiro acesso” ao Direito, para a construção de um projeto humano comum... Enfim, uma tentativa de agregação na desagregação que só pode partir, seja qual for a origem cultural e civilizacional dos sujeitos dialogantes, de um material substrato historicamente construído, assente no reconhecimento do outro na sua condição humana, do outro como o outro de si mesmo... Ver: GAUDÊNCIO, Ana Margarida. Às portas da lei’(?): reflexos do diálogo divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspetivação do Homem perante o Direito. **Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias**. Estudos e Ensaios, n.º 12, 2008, pp. 133-154.

de Posner muitas vezes resulta em permissões de atividades e negócios que parecem moralmente repugnantes para o senso comum, tal como a “venda de bebês em um mercado de adoção”¹²³. De certo modo, a crítica de Sandel assemelha-se à crítica de West, inclusive porque ambos se enquadram numa perspectiva ética comunitarista¹²⁴.

A diferença entre as críticas de Sandel e West a Posner reside em dois pontos.

Primeiro, West questiona o “consentimento” como base de justificação moral para decisões humanas, sejam aquelas decisões que envolvam aspectos monetários, sejam aquelas decisões realizadas sem o componente monetário explicitado (por exemplo, a decisão de uma mulher em permanecer em um relacionamento abusivo em razão de carência emocional). Sandel, por sua vez, está focado na moralidade das negociações realizadas no mercado real, com moeda real, e não nas transações fictícias realizadas no “mercado ideal” dos economistas. Em outras palavras, se antes, ao falarmos sobre “maximização da riqueza” e “consentimento em transações” estávamos no terreno das transações monetariamente hipotéticas, agora iremos abordar o problema de transações monetárias *reais* em relação a coisas que, talvez, o dinheiro não pudesse comprar.

Depois, os argumentos de West contra Posner residem no plano microscópico relativo à “capacidade” do sujeito de fazer escolhas boas para si próprio. Já os argumentos de Sandel, como será visto, possuem, de maneira geral, caráter macroscópico, aproximando-se, inclusive, de uma perspectiva consequencialista.

O argumento central de Sandel é que algumas áreas da vida não poderiam ser reguladas por uma lógica de mercado, seja por impossibilidade prática (coisas que o dinheiro não *consegue* comprar, tais como “afeto”), seja por questões de moralidade (coisas

¹²³ Estamos nos referindo ao polêmico artigo escrito por Posner e Landes, “The Economics of the Baby Shortage”, em 1978. O artigo gerou muitas críticas, algumas claramente distorcidas. Ocorre que a linguagem economicista não foi bem compreendida por acadêmicos e jornalistas, que pensaram que Posner estava sugerindo a “venda de bebês”, quando, na verdade, o artigo se tratava mais de descrever os mecanismos de eficiência do sistema de adoção. Quase uma década depois, Posner escreveu outro artigo, “The Regulation of the Market in Adoptions”, em que endereça rapidamente a impertinência da maior parte das críticas e continua a analisar os mecanismos regulatórios do sistema de adoção sob o ponto de vista da eficiência. VER: POSNER, Richard; LANDES, Elizabeth. The Economics of the Baby Shortage. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 7, n. 2, 1978, pp. 323-348; POSNER, Richard. The regulation of the Market in Adoptions. **Boston University Law Review**. Vol. 67, 1987, pp. 59-72.

¹²⁴ Sandel está ligado à corrente do pensamento ético-político conhecida como “ética das virtudes”, que, resgatando lições de Aristóteles e de São Tomás de Aquino, enfatiza o papel das virtudes na compreensão da justiça. Essa concepção de justiça, apesar de valorizar as qualidades virtuosas do indivíduo, possui uma orientação comunitarista, uma vez que o insere em uma teleologia comum, em vez de atomizá-lo em relação à comunidade. Em outras palavras, a ética das virtudes importa-se com as qualidades dos sujeitos na medida em que tais qualidades contribuem para uma boa vivência comunitária, que, por sua vez, é essencial para a boa vida da pessoa singular. Filósofos ligados ao comunitarismo, portanto, recusam determinados pilares do edifício do liberalismo, tais como o “consentimento em negociações livres” como o critério de justiça, pois, algumas vezes, escolhas individuais poderão desestruturar a identidade do grupo (e, conseqüentemente, do próprio indivíduo).

que o dinheiro *pode* comprar, mas não *deveria* – tais como “bebês”). Ainda assim, Sandel reconhece que a sociedade americana monetiza, cada vez mais, aspectos da vida que não deveriam ser monetizados. Os Estados Unidos, diz o autor, “passaram de *ter* uma economia de mercado para *ser* uma sociedade de mercado”. A diferença entre as duas coisas seria a seguinte:

Uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficiente – para organizar a atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores do mercado se introjetam em todos os aspectos da vida humana. É um local onde relações sociais espelham as relações de mercado.¹²⁵

Todavia, porque isso seria ruim? Questiona, de forma retórica, o próprio Sandel. Por duas razões: primeiro, porque a mercantilização de bens que não teriam “essência” de “mercadoria” agravaria a desigualdade social, uma vez que cada vez mais dimensões relevantes da vida de uma pessoa estariam submetidas a uma lógica de mercado:

Se a única vantagem de “ter dinheiro” fosse a capacidade de comprar iates, carros esportivos e férias no exterior, as desigualdades de renda e riqueza não teriam grande importância. Todavia, à medida que o dinheiro passa a comprar cada vez mais — influência política, bom atendimento médico, uma casa num bairro seguro, em vez de em uma zona com alto índice de criminalidade, acesso a escolas de elite, em vez daquelas que não fornecem um alto nível de educação —, a questão da distribuição da renda e da riqueza adquire importância muito maior. Quando todas as coisas boas podem ser compradas e vendidas, ter dinheiro passa a fazer toda a diferença do mundo.¹²⁶

Segundo, porque a mercantilização das “coisas boas da vida” causaria uma erosão do valor de tais bens, já que os mercados não apenas alocam recursos, como também promovem certas mudanças de apreciação e comportamento em relação aos bens que são alocados. Os valores típicos do mercado, diz Sandel, tenderiam a se sobrepor aos valores não mercadológicos que são essenciais para a vida em comunidade, tais como o senso de dever cívico, a lealdade e apreciação da cultura.¹²⁷ Por exemplo, ao analisar a prática de “pagar às crianças para que elas leiam livros”, Sandel argumenta que o incentivo monetário pode ser contraproducente, pois corromperia o “prazer” de ler e adquirir conhecimento (que é, essencialmente, o “incentivo” ligado à essência dessa atividade):

¹²⁵ SANDEL, Michael. **What Money Can't Buy. The moral limits of markets.** [S.L.]: Penguin, 2012. P. 13. Tradução nossa.

¹²⁶ *Idem.* P. 12. Tradução nossa.

¹²⁷ Posner teria, de fato, cometido esse erro metodológico na primeira fase do seu pensamento, como foi apontado por Dworkin no exemplo de Sir George e Agatha.

Pode ocorrer — como a lógica econômica sugere — que dois incentivos funcionem mais do que um só. Mas também pode ocorrer que o incentivo monetário venha se sobrepor ao incentivo intrínseco e levar a criança a ler menos, e não mais. Ou levá-la a ler mais a curto prazo, mas pelo motivo errado. Nessa situação, o mercado é um instrumento, mas não um instrumento inocente. O que começa como um mecanismo de mercado se torna uma norma de mercado. O motivo mais óbvio de preocupação é que o pagamento acabe acostumando as crianças a pensar na leitura de livros como uma forma de ganhar dinheiro e comprometa, sobrepuje ou corrompa o gosto da leitura pela leitura.¹²⁸

Sandel passa, então, a avaliar por meio de um raciocínio casuístico quais bens poderiam ser objetos de negociação no mercado, e quais não poderiam. Seria ético (no sentido de “bom”) comprar lugar na fila? E pagar pela capacidade reprodutiva de alguém? E pagar aos alunos por notas boas? E permitir que as indústrias “comprem” cotas de carbono? Na maioria das situações analisadas, Sandel acaba por concluir que aquele bem não deveria ser objeto de negociação no mercado, seja por implicar em um aprofundamento da desigualdade, seja por implicar em uma corrosão do valor moral do bem discutido.

A divergência com o pensamento de Posner é explicitada no segundo capítulo da obra, onde o argumento da “corrupção do valor moral do bem” é aprofundado. Esse capítulo é intitulado “*Incentives*”, o que sugere, de imediato, que a crítica de Sandel será dirigida à concepção liberal-economicista¹²⁹, que é justamente a concepção assumida por Posner na sua fase “Análise Econômica do Direito”.

Para Sandel, “nós corrompemos um bem, uma atividade ou uma prática social sempre que os valorizamos de maneira por um critério menos significativo do que seria apropriado.”¹³⁰ No caso, a “o critério menos significativo” seria, justamente, a norma do mercado, e o patamar “apropriado” para a consideração de um bem seria aquilo que subjaz à sua própria natureza.

A “capacidade reprodutiva da mulher”, por exemplo, não deveria ser utilizada (valorizada) como um “instrumento para ganhos monetários”, mas sim como uma “dádiva ou encargo a ser exercido conforme normas de responsabilidade e cuidado”. Nesse ponto, percebemos onde reside a crítica à análise econômica: a ideia de que existiriam certos bens que não poderiam, ou não deveriam, ser transacionados no mercado em razão de algum valor “intrínseco” contraria a premissa assumida pela análise econômica do direito de que todo o

¹²⁸ *Idem*. P. 50. Tradução nossa.

¹²⁹ A crítica é dirigida à Becker, mas bem poderia ser a Posner.

¹³⁰ *Idem*. P. 39. Tradução nossa.

comportamento humano é explicável por uma lógica de ponderação entre “custos” e “benefícios”, sendo, portanto, o ganho econômico um dos vários possíveis benefícios a serem pesados com os custos. O movimento de “mercantilização da sociedade”, desse modo, consistiria em precificar, *literalmente*, temas que, por essência, não “pertencem” ao mercado, tais como sexo, casamento, filiação, educação, paz, igualdade racial, participação política, proteção ambiental e até a própria vida humana¹³¹.

Apesar de o argumento soar, inicialmente, como um argumento deontológico (por reconhecer certa “dignidade” a determinadas atividades e aspectos da vida humana)¹³², Sandel admite concessões por razões pragmático-consequencialistas, ou seja, quando a mercantilização do bem não conduzir a um estado de coisas “pior” do que havia antes.¹³³⁻¹³⁴ O apelo do autor, desse modo, é para que a licitude de negócios jurídicos que versem sobre bens não mercadológicos seja debatida (e reconhecida) em reflexão ética comunitária, o que implica no reconhecimento do debate jurídico como um debate de natureza ética – o direito

¹³¹ “O uso de incentivos em dinheiro para levar as pessoas a perder peso, ler livros ou ser esterilizadas reflete a lógica da abordagem econômica da vida, mas também a amplia. Quando Gary Becker escreveu, em meados da década de 1970, que tudo o que fazemos pode ser explicado assumindo que calculamos custos e benefícios, ele se referiu a “preços ocultos” - os preços imaginários que se diz estarem implícitos nas alternativas que enfrentamos e nas escolhas nós fazemos. Assim, por exemplo, quando uma pessoa decide continuar casada em vez de se divorciar, nenhum preço é publicado; em vez disso, a pessoa considera o preço implícito de uma separação - o preço financeiro e o preço emocional - e decide que os benefícios não valem a pena. Mas os esquemas de incentivos que abundam hoje vão mais longe. Ao colocar um preço real e explícito nas atividades muito distantes das atividades materiais, eles tiram os preços ocultos de Becker das sombras e os tornam reais. Eles colocam em prática sua sugestão de que todas as relações humanas são, em última análise, relações de mercado. O próprio Becker fez uma proposta notável nesse sentido, uma solução de mercado para o contencioso debate sobre a política de imigração: os Estados Unidos deveriam descartar seu complexo sistema de cotas, sistemas de pontos, preferências familiares e filas e simplesmente vender o direito de imigrar. Dada a demanda, Becker sugere definir o preço da admissão em US \$ 50.000, ou talvez mais.” *Idem*. P. 50. Tradução nossa.

¹³² “Quando decidimos que certos bens podem ser comprados e vendidos, decidimos, pelo menos implicitamente, que é apropriado tratá-los como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso. Mas nem todos os bens são devidamente avaliados dessa forma. O exemplo mais óbvio são os seres humanos. A escravidão era terrível porque tratava os seres humanos como mercadorias, para serem compradas e vendidas em leilão. Tal tratamento falha em valorizar os seres humanos de forma adequada - como pessoas dignas de dignidade e respeito, ao invés de instrumentos de ganho e objetos de uso”. *Idem*. P. 12-13. *Idem*. 53 e ss. Tradução nossa.

¹³³ Inclusive, Sandel parece reconhecer essa interseção entre a concepção econômica e sua concepção moral oral na seguinte passagem: “Pagar as pessoas para serem saudáveis pode sair pela culatra, por não cultivar os valores que sustentam uma boa saúde. Se isso for verdade, a pergunta do economista (“Os incentivos em dinheiro funcionam?”) E a pergunta do moralista (“Eles são questionáveis?”) estão mais intimamente conectadas do que parece à primeira vista. Um incentivo “funciona” a depender do objetivo. E o objetivo, devidamente concebido, pode incluir valores e atitudes que prejudicam os incentivos em dinheiro.” Ver: *Idem*. P. 49. Tradução nossa. Além disso, a distinção que o autor faz entre “multa” e “tarifa”, poderia ter saído de um curso de “análise econômica do direito,” já que avalia os efeitos contraproducentes de “incentivos monetários” que sejam percebidos pela população como “tarifas”, em vez de “multas”.

¹³⁴ As semelhanças e diferenças entre um teleologismo aristotélico e o utilitarismo podem ser assim sintetizadas: em ambos, a decisão correta é aquela que conduzirá ao “bem”. Mas, no teleologismo é a busca do bem comum em que se considera que a “comunidade” é mais do que a soma das satisfações individuais. O utilitarismo também buscaria o “bem”, mas como máxima satisfação individual.

com um projeto comunitário de virtudes – e em um redirecionamento de tal debate para a esfera pública de convivência.

Desse modo, para decidir quais bens pertencem ao mercado e quais bens deveriam ser mantido fora dele, temos de decidir que valor atribuir aos bens em questão — saúde, educação, vida familiar, natureza, arte, deveres cívicos e assim por diante. São questões de ordem moral e política, e não apenas econômicas. Para resolvê-las, precisamos debater, caso a caso, o significado moral desses bens e sua correta valorização. É um debate que não ocorreu durante a era do triunfalismo de mercado.¹³⁵

Essa proposta de Sandel contraria as ideias de Posner presentes na “Análise Econômica do Direito”, em dois pontos diferentes, porém relacionados entre si. Primeiro, Posner compreende o fenômeno jurídico como mais uma manifestação do fenômeno econômico, conferindo à “ética” apenas a função de ser “mais um” dentre os diversos “itens” que o indivíduo levará em conta no momento da realização do cálculo de custo-benefício. A relação entre ética e direito, para Posner, ocorreria no plano microscópico das decisões e consciências individuais. Por outro lado, Sandel parece conferir ao fenômeno jurídico um caráter essencialmente ético, ao mesmo tempo em reconhece que o conteúdo dessa ética deve ser assumido coletivamente por meio do debate racional na esfera pública. Em outras palavras, para Posner, o conteúdo do direito será fornecido por um juízo de “maximização da riqueza”, que, como juízo de caráter quantitativo, pode ser realizado por um juiz singular sem que seja feita uma “consulta” à comunidade para saber qual seria a decisão adequada ao caso – até porque a “maximização da riqueza” já assumiria a função de pressuposto ético assumido pelo *common law*. Entendemos que Sandel, ao contrário, exigiria que o juiz incorporasse às decisões judiciais o “caldo ético de virtudes” oriundos da esfera pública.

Depois, a pergunta “há coisas que o dinheiro não deveria poder comprar, de maneira lícita?” pareceria simplesmente paradoxal para o Posner da “Análise Econômica do Direito”. Ora, se a maximização da riqueza – critério jurídico-decisório – consiste em alocar os bens para quem tem maior disponibilidade para adquiri-los – ou seja, para quem estiver disposto a pagar mais por aquele bem e tiver condições efetivas de bancar o preço – então é óbvio que não existe nada que o dinheiro não possa licitamente comprar, já que o “dinheiro” (ou seja, a disponibilidade para aquisição) seria o meio de se aferir a própria licitude dos atos e negócios jurídicos praticados. O dinheiro seria, em outras palavras, a medida da licitude.

¹³⁵ *Idem*. P.13. Tradução nossa.

O fato da pergunta-problema de Sandel (há coisas que o dinheiro não deveria poder comprar, de maneira lícita?) não fazer sequer *sentido* dentro de uma perspectiva de análise econômica do direito revela a profundidade da divergência de concepções éticas entre os dois autores durante essa primeira fase de Posner.

Poder-se-ia esperar que a transição de Posner para o pragmatismo, acompanhada de uma “suavização” do seu libertarismo econômico, teria afunilado a distância do abismo com Sandel. Será que efetivamente isso ocorreu? A entrevista concedida por Posner a Sandel em 2018, intitulada “*Can markets corrupt social values?*”¹³⁶, nos fornece a resposta.

A entrevista começa com Sandel colocando para Posner sua pergunta-problema: existiriam quaisquer bens ou serviços que o dinheiro não deveria poder comprar? Inicialmente, Posner soa vago na sua resposta ao sugerir, em tom retórico, que “não iríamos querer que as pessoas comprassem alguém como escravo, correto?”, dando a entender que admite a existência de coisas que dinheiro não pode comprar (por exemplo, a liberdade). Todavia, Posner continua sua resposta lembrando que “antigamente, as pessoas achavam que você não poderia permitir a compra de serviços sexuais” e, em seguida, afirma que “isso hoje é *ok*”. Parece que Posner quis pontuar, por meio dessa comparação, que as compreensões morais sobre as práticas do mercado modificam-se no tempo e espaço, adotando uma espécie de “relativismo”.

Como veremos no tópico 3.1.1, o autor realmente embute no seu pragmatismo uma noção de “relativismo moderado”, pelo qual existiriam “respostas moralmente corretas” apenas no contexto de cada cultura. Nesse caso, o ponto chave da questão é saber se, no contexto da cultura norte-americana, existiriam limites para o que dinheiro poderia comprar.

Sandel, então, aborda um exemplo atual para tentar obter uma resposta menos evasiva de Posner: haveria algo de errado com a prática de empresas que fazem seguros de vida para seus funcionários, colocando-se como beneficiárias de tais contratos, de modo a lucrar com a morte deles? Posner, inicialmente, faz uma ressalva de que tais contratos só podem ser realizados com o consentimento do segurado, de modo a não incentivar assassinatos. Uma vez que se obedeça a essa regra do consentimento, “porque o funcionário iria se importar?”. “Ninguém irá se machucar”... conclui o autor.

Em seguida, Sandel apresenta uma situação semelhante, porém aparentemente mais grave do ponto de vista moral: a criação de um novo tipo de investimento que tem sido apelidado de “títulos da morte” (*death bond*). Bancos comprariam os seguros de vida dos

¹³⁶ POSNER, Richard; SANDEL, Michael. Can markets corrupt social values? *New Economic Thinking*. 17 de dezembro, 2008. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=s_1k7UsPXpI&t=15s >

idosos por um preço menor do que a apólice e os revenderiam para investidores. A vantagem desse negócio para os idosos é que, ao venderem seus seguros de vida, eles poderiam desfrutar de algum dinheiro em vida. A vantagem para os investidores é que, se os idosos morrerem rápido, o negócio irá compensar financeiramente. Posner admite que essa prática do mercado é “desagradável” (*distasteful*), e Sandel afirma que prefere qualificá-la como “corrupta” ou “moralmente repreensível”.

Sandel ainda questiona se existiriam alguns bens morais ou cívicos que poderiam ser corrompidos ou degradados caso fossem negociados no mercado. Dessa vez, Posner responde sem ambiguidades e vagueza: “não realmente”. Voltando ao exemplo dos “*death bonds*”, argumenta que a prática é provavelmente eficiente, uma vez que a apólice é alocada com a pessoa que a valoriza mais (no caso, o investidor). Nesse sentido, seria um típico negócio voluntário e consentido que tenderia à maximização da riqueza, ainda que, de fato, fosse “um pouco perturbador” (*a little creepy*). A sociedade não seria corrompida por aquela prática comercial, pois aquele negócio, por ser consentido, já representaria ou respeitaria os valores da maior parte da sociedade norte-americana. A maioria dos americanos, diz Posner, “não se importa sobre a moralidade das atividades às quais estão engajados (...) a não ser que elas provoquem danos reais (*real harm*)”. Sandel pressiona: mas será que os americanos *deveriam* se preocupar com a moralidade dos negócios nos quais estão envolvidos? Nesse ponto, Posner deixa transparecer o relativismo moderado que compõe o seu pragmatismo:

Eu não acho que isso combine com a psique americana. Eu acho que os americanos são muito individualistas e há uma grande ênfase em (...) obter sucesso. O fato de haver certo ardil em explorar fraquezas psicológicas inerentes às pessoas... Eu acho que é simplesmente assim que as coisas funcionam. (...). É como a questão das armas, certo? (...). É algo ridículo, mas é parte da tradição individualista da América, e não há como os americanos serem convertidos (...) ¹³⁷.

Percebe-se que a transição para o pragmatismo não foi “suficiente” para fazer com que Posner mudasse de ideia quanto à impossibilidade de restrições ao comércio de bens por razões de “proteção” ao caráter virtuoso de tais bens. Todavia, o “fundamento” utilizado pelo autor parece ter se modificado: antes, a defesa da liberdade dos mercados em relação a bens “existenciais” se baseava na crença de que, efetivamente, o exercício da autonomia comercial resultaria na maximização do bem-estar dos indivíduos. O “tom” era praticamente idealista, como se percebe nos textos “*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in*

¹³⁷ *Idem*. Tradução nossa.

Common Law Adjudication” (tópico 2.1) e “*Ethical significance of free choice: a reply to Professor West*” (analisado no tópico 2.3). Atualmente, o tom adotado por Posner lembra mais “resignação” em relação à imperfeição humana do que “confiança” em relação à racionalidade dos indivíduos e dos mercados.

Posner revela aqui uma diferença sutil entre a matriz epistemológica-ideológica das suas duas fases. Na fase “análise econômica”, a premissa descritiva vem acompanhada de um “otimismo” normativo: a sociedade americana tem se guiado por uma cultura individualista baseada em transações eficientes maximizadoras de riqueza (premissa descritiva) e, para Posner, isso seria “bom”. Na sua fase pragmatista, apesar da premissa descritiva permanecer semelhante – com a caracterização da sociedade americana como uma cultura individualista e baseada no mercado de transações consentidas –, há uma mudança no “tom” adotado para se referir ao aspecto normativo: em vez de “orgulhoso” ou “animado”, Posner parece simplesmente conformado com o “estado das coisas”.

Quando Sandel sugere, por exemplo, nos últimos minutos da entrevista, que “os mercados podem ser corrosivos caso penetrem em esferas da vida em que não pertencem”, Posner simplesmente conclui que “conseguir convencer as pessoas a reconhecer tais problemas e a apoiar as mudanças... eu simplesmente acho que é impossível”.

Mas talvez estejamos interpretando errado. Talvez, o que nos soou como “resignação” seja, na verdade, “preguiça” de debater com moralistas acadêmicos ou, quiçá, “desistência” de convencê-los de que melhor concepção ética é o libertarismo. Afinal, Posner engajou-se em muitos debates ao longo dos 40 anos que precederam essa entrevista, sendo que o tema mais recorrente dizia respeito, justamente, à aparente “amoralidade” das suas concepções economicistas¹³⁸.

Em alguns momentos, Posner se esforçou para conferir uma justificativa moral “palatável” para a análise econômica. Por exemplo, no contexto do debate com Dworkin, publica o texto “*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*”, defendendo que a maximização da riqueza conjuga as heranças de Kant e Bentham – autonomia e bem-estar. Logo em seguida, West questiona, justamente, a

¹³⁸ Mangabeira Unger, em crítica semelhante, afirma que “O pragmatismo se tornou a filosofia da nossa época encolhendo-se. Nas mãos de muitos de seus devotos, ele se transformou em outra versão da senilidade disfarçada de sabedoria. Eles [os pragmatistas] acham que cresceram. Na verdade, eles caíram no buraco. Uma vez que perdemos a confiança em grandes projetos, sejam teóricos ou políticos, fomos ensinados a viver sem eles em vez de recuperá-los e refazê-los em outras formas mais promissoras. Essa doutrina de encolhimento, de recuo para linhas mais defensáveis, de ficar em pé e esperar, de cantar em nossas correntes, é a filosofia dominante de nosso tempo, expressa tanto nos escritos dos professores quanto no clima de discussão pública educada. E muitas de suas formulações mais influentes usam o rótulo “pragmatismo.” UNGER, Roberto Mangabeira. *The self awakened. Pragmatism Unbound*. Massachusetts: Harvard University Press, 2007. P. 1. Tradução nossa.

presunção feita por Posner de que o “consentimento” (que Posner entende como sinônimo de “autonomia”) em transações levaria sempre ao “bem-estar”, forçando-o a “diminuir” o escopo de sua premissa original, no sentido de que, ainda a autonomia não conduza sempre ao bem-estar do indivíduo, a interferência do Estado é pior.

Seria plausível, então, cogitar que o “relativismo moderado” de Posner seria apenas mais um ajuste na fundamentação de suas compreensões libertárias. Esse “último ajuste” o protegeria de críticas teóricas que demonstrassem contradições, lacunas ou imprecisões nos seus argumentos éticos. É muito mais difícil encontrar o “ponto fraco” do que diz apenas que “as coisas são como são”, do que o “ponto fraco” do idealista que escreve 30 páginas para justificar moralmente um ponto de vista.

A diferença entre “estar resignado” com o estado de coisas e “ter preguiça” de debater sobre crenças insuscetíveis de justificação “cogente” é a diferença entre o ceticismo pirrônico e o pragmatismo não ortodoxo. Embora ambos (o cético e o pragmático) acabem adotando a mesma postura discursiva de “fugir” das deliberações éticas profundas, eles o fazem por motivos diferentes. Como veremos no subtópico 5.2.3, o cético pirrônico desistiu das crenças morais *em si*. Nesse caso, ele não tem razão para tentar justificar – moralmente – quaisquer de posturas instintivas ou irrefletidas. O pragmatista não ortodoxo, por sua vez, não desistiu da crença moral – ele ainda acredita e se compromete com determinados valores (ou com determinada concepção de “bem” e de “justiça”). Todavia, ele não tem paciência para justificar suas crenças *ad infinitum*, então tende a encerrar o debate precipitadamente (isso é, “precipitadamente” na visão do moralista que cobra tais justificações) e fugir das questões que são mais difíceis de serem justificadas. Veremos isso no tópico 3.2 e no subtópico 5.2.4.

2.5 LUHMANIANOS CONTRA POSNER

Um ponto de crítica frequentemente feito à análise econômica do direito diz respeito à perda de autonomia do sistema jurídico em face do sistema econômico, tendo em vista a utilização de critérios econômicos para resolver, diretamente, conflitos jurídicos. Nesse tópico, iremos desenvolver essa crítica a partir da “teoria dos sistemas” de Niklas Luhmann, utilizando como referências o próprio Luhmann e alguns autores que dialogam com sua teoria, por meio do seguinte percurso:

i) explicaremos os pontos essenciais da teoria dos sistemas de Luhmann aplicada ao direito;

ii) argumentaremos, com Derzi, Bustamante e Marcelo Neves, que a análise econômica do direito de Posner coloca em risco o Estado Democrático de Direito em razão da possível desdiferenciação (perda de autonomia) do sistema jurídica em face do seu ambiente (no caso, o sistema econômico;

iii) argumentaremos que o sistema jurídico precisa reconhecer impulsos oriundos de uma multiplicidade de teorias sociais parciais (Teubner) ou esferas de fundamentalidade (Wálber Carneiro) para conseguir abarcar a hipercomplexidade da sociedade contemporânea, algo que não é feito pela análise econômica do direito e,

iv) argumentaremos que, após a transição para o pragmatismo, Posner passou a admitir a relevância de múltiplas racionalidades para guiar a decisão judicial e diminuiu a relevância dos impulsos advindos do sistema econômica, mantendo, todavia, certo desdém pela ideia de autonomia do direito.

Para Luhmann, a modernidade surge a partir da diferenciação funcional da sociedade em diversos sistemas sociais de comunicação, tais como o direito, a economia, a educação, a política etc. Essa diferenciação é necessária para que seja possível dar sentido às comunicações cada vez mais complexas e estabilizar as expectativas dos indivíduos. Em outros termos, a diferenciação funcional é necessária para reduzir complexidade social e tornar “a vida suportável na contemporaneidade”¹³⁹. Por sua vez, tal redução de complexidade é possibilitada por meio do processamento das informações por meio de códigos binários, sendo o do direito “lícito/ilícito”, o da economia “eficiente/não eficiente”, o da ciência “verdadeiro/falso”, o da estética “belo/feio” etc. Isso significa que todas as informações caóticas oriundas do ambiente social que ingressassem dentro dos sistemas haveriam de ser processadas internamente conforme seus códigos binários próprios para, posteriormente, serem devolvidas para o ambiente em linguagem sistêmica. Por exemplo: uma tendência de expressão artística pós-moderna que envolvesse modificações corporais permanentes poderia ser, ao mesmo tempo, processada pelo sistema do direito como “lícita” e pelo sistema da estética como “feia”, ou vice-versa, tornando possível compreender o fenômeno por meio de múltiplas categorizações, a serem utilizadas conforme a necessidade comunicacional. Outro exemplo: um modelo de serviço colocado no mercado, tal como o *uber*, geraria irritações no sistema jurídico que o obrigaria a processar as informações recebidas e a classificar a prática de tal serviço de acordo com a linguagem jurídica (“lícito” ou “ilícito”). Por sua vez, o sistema econômico também seria provocado a classificar o *uber* conforme sua própria

¹³⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Martins Fontes: São Paulo, 2006. P. 127.

linguagem (“eficiente” ou “não eficiente”). Com isso, a complexidade do fenômeno seria reduzida, pois, a depender do interesse comunicacional, seria aplicável um ou outro código. Um investidor, por exemplo, desejaria saber tanto se a atividade de transporte por meio de *uber* seria lícita, quanto se seria eficiente. Ao juiz, por outro lado, pouco deveria importar se a atividade do *uber* seria, ou não, eficiente, pois ao direito interessaria tão somente saber se seria lícito ou ilícito.

Nesse ponto, começa-se a desenhar a crítica à análise econômica do direito: essa teoria mistura os códigos do sistema jurídico e do sistema econômico, imputando ao primeiro o código do segundo. Ora, quando Posner argumenta que o critério decisório deve ser a “maximização da riqueza” ou qualquer outra forma de cálculo custo/benefício, está-se imputando ao sistema jurídico um código que não lhe é próprio. “Lícito” passa a ser o que é “eficiente” – aquilo que “maximiza a riqueza”, ou aquilo que traz mais “benefícios”).

Essa confusão de critérios acarreta a “desdiferenciação” do sistema jurídico ou a sua dissolução no ambiente caótico, pois o que permite a “sobrevivência” desse sistema social é justamente sua capacidade de abrir-se cognitivamente ao ambiente (demais sistemas) para responder às exigências normativas que resultam dos conflitos práticos¹⁴⁰, mantendo, todavia, seu fechamento operacional, pois o processamento dos influxos oriundos do ambiente seria realizado apenas por meio do seu código binário próprio. Se o sistema jurídico perde a capacidade de operar por meio de seu código binário, perderá também a capacidade de devolver ao ambiente informações devidamente processadas em linguagem sistêmica que possam orientar as expectativas sociais relacionadas aos conflitos práticos oriundos dos demais sistemas sociais¹⁴¹. Com isso, o sistema jurídico não conseguirá mais ser responsivo

¹⁴⁰ “A comunicação reproduzida no “âmbito organizado” (das empresas do sistema econômico, dos partidos políticos do sistema político, das “igrejas” da religião, dos “museus” da arte, dos “sujeitos” da família etc.) tende a expandir as possibilidades de seus respectivos sistemas e, com isso, pode colocar em risco outros âmbitos de reprodução da sociedade, produzindo diferentes formas de conflitos com diferentes níveis de assimetria. Essas tensões se dão 1. entre o âmbito organizado e o âmbito “espontâneo” da comunicação de seu próprio sistema (entre empresas e consumidores da economia, entre partidos e cidadãos da política, entre instituições e fiéis de uma religião, entre museus e admiradores da arte, entre uma família e seus “sujeitos” etc.), 2. entre âmbitos organizados de diferentes sistemas (entre os produtores de bebidas alcoólicas e ordens religiosas ou entre organizações mantenedoras de uma universidade e a sua estrutura acadêmica) e 3. entre o âmbito organizado de um sistema e os âmbitos espontâneos de outros sistemas, sujeitos ou indivíduos indiretamente afetados por sua reprodução expansiva (entre a Administração Pública e os riscos destrutivos que políticas públicas desenvolvimentistas trazem para o meio ambiente, indivíduos ou animais específicos, por exemplo).” CARNEIRO, Wálber. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista de Direito Mackenzie**. Vol. 12, n.1, 2018, pp.129-165. P. 144.

¹⁴¹ “A sociedade complexa é levada à diferenciação em razão da complexidade dos sentidos que os entes podem assumir, embora essa mesma complexidade também provoque uma cegueira estrategicamente voltada para a autopercepção e com pretensões de centralidade em cada uma das perspectivas que essa contingência provoca. Trata-se da mesma complexidade que levou a fenomenologia às conclusões sobre a contingência do sentido (HUSSERL, 1973), sobre a impossibilidade de compreensões “absolutas” no acontecer do sentido de um ente

às necessidades sociais, tornando-se alienado da realidade. Ademais, o sistema jurídico perderá a capacidade de continuar a se reproduzir autonomamente (autopoieses) por meio de operações redundantes (repetições de decisões passadas tomadas em casos semelhantes), uma vez que a interferência externa direta retirar-lhe-ia sua capacidade de legitimar-se (autorreferência¹⁴²) e, assim, manter-se consistente¹⁴³. Em suma: o sistema jurídico “morrerá”.

Desse modo, a penetração indevida do código econômico no sistema jurídico acarreta o risco de “desdiferenciação” do sistema jurídico. Nesse caso, o “direito” que compõe a expressão “Estado Democrático de Direito” deixaria de existir, sendo dissolvido no ambiente¹⁴⁴. Nesse mesmo sentido, Mizabel Derzi e Thomas Bustamante concluem que:

(HEIDEGGER, 2004) e sobre a incontornável permanência do não dito no dito (GADAMER, 2000). Do mesmo modo que o “acontecer desse sentido” se dá nos limites de uma clareira aberta na consciência, a comunicação social é levada à exploração parcial desses âmbitos de sentido. Essa parcialidade estimula a exploração da complexidade dos âmbitos parciais da comunicação, mas também provoca a ignorância quanto aos demais âmbitos que, de forma semelhante, exploram outros caminhos nessa diferenciação. A impossibilidade de compreensões absolutas estimula, em uma perspectiva social, tanto a saturação de sentidos dos âmbitos parciais – conduzida por uma “divisão de trabalho” comunicacional – quanto o estranhamento recíproco de diferentes âmbitos isolados em suas cegueiras estratégicas relativas ao entorno. Embora o direito assuma, como veremos, um papel fundamental nos conflitos gerados por essas cegueiras recíprocas, é o estranhamento em relação ao direito institucionalizado que faz com que esses sistemas parciais da sociedade acabem reproduzindo, em paralelo, sentidos práticos inerentes aos seus âmbitos parciais. Sob a perspectiva funcional, todavia, o direito ocupa-se de problemas práticos já sinalizados em algum âmbito da sociedade e que, posteriormente, são refletidos em sistemas normativos. Problemas próprios do direito serão sempre, e em alguma medida, derivados de demandas práticas ambientais conflituosas (...) Problemas práticos são, portanto, antecipados em cada um dos sistemas sociais parciais a partir do momento que a assimetria entre os seus respectivos âmbitos “organizados” e “espontâneos” revela riscos destrutivos, o que fomenta tanto a autonormatização conduzida pelos “centros de decisão” desses sistemas funcionais (TEUBNER, 2012, p. 150)¹⁶ quanto a formação de expectativas normativas dirigidas ao sistema jurídico.” *Idem*. P.142-143.

¹⁴² Apoiado pela validade exclusiva do “código binário” lícito/ilícito, o direito desenvolve uma estrutura complexa de conceitos que chamamos de “doutrina”, que é, de fato, incomensurável com teorias científicas. O código jurídico, que é diferente de outros “códigos binários” da sociedade, constitui a base da autonomia inevitável da doutrina jurídica, a qual exclui categoricamente qualquer tomada de poder unilateral por parte das teorias sociais. VER: TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo social**. Vol. 27, n.2, São Paulo, Julho/Dezembro, 2015. Disponível em:

< https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702015000200075>.

¹⁴³ “Em um exame complexo, o direito deixa-se desafiar pelas análises externas de problemas das teorias sociais, mas isso apenas se elas são passíveis de utilização conforme os próprios critérios de seleção do direito; então, ele as reconstrói internamente em sua própria língua, na qual ele pode, assim, conciliar problemas e soluções entre si. Somente quando esse processo de reconstrução coloca a argumentação jurídica em uma posição na qual ela possa distinguir dentro do direito entre normas e fatos, entre conceitos jurídicos e interesses sociais, é que se alcança um ponto no qual o direito é capaz de levantar a questão da adequação social, em outras palavras, a questão de saber se as decisões judiciais fazem justiça a esses aspectos do mundo exterior, tal como estes foram reconstruídos internamente. Por isso, a recepção legal de teorias sociais nunca é uma tomada de poder autêntica, mas sempre uma *re-entry* (reentrada) da diferença sistema/ambiente, por meio da qual um espaço imaginário surge no direito, ou seja, é sempre uma reconstrução jurídica interna de demandas externas feitas pela sociedade, pelas pessoas e pela natureza”. *Idem*.

¹⁴⁴ O ambiente do sistema jurídico interno à sociedade aparece como altamente complexo, e a consequência disso é o sistema jurídico fazer referência a si mesmo: a uma autonomia que lhe é própria, a limites autodeterminados, a um código próprio e a um filtro altamente seletivo, cuja ampliação poderia pôr em risco o sistema ou mesmo dissolver o caráter determinável de suas estruturas. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 20.

O sistema jurídico – em um Estado de Direito - não pode sofrer heterodeterminação, sendo diferenciado em relação aos demais sistemas do ambiente, político/econômico, etc. O fechamento operacional do direito é essencial ao Estado de Direito e da Constituição, de modo que não é possível colher diretamente do ambiente exterior (o econômico ou político) os dados de determinação interna do sistema, como demonstrou Neves. Embora os fatores externos do ambiente sejam básicos para o sistema, que cognitivamente e semanticamente para eles se abre, apenas através de seleção, acopladores estruturais e operacionais, pode o sistema convertê-los em dados próprios, geralmente adaptados e mesmo deformados e, a partir daí, atuar em processo contínuo.¹⁴⁵

Em sendo dissolvido o “direito”, o “estado democrático” também não teria condições de subsistir. Ocorre que, na sociedade hiper complexa e plural, diversas morais particulares e racionalidades disputam espaço, cada uma tentando se sobrepor à outra no *medium* da política. Para que o pluralismo ético característico da democracia seja mantido, é necessário, então, que o direito selecione ruídos oriundos das mais diversas morais particulares e racionalidades parciais e os converta em linguagem jurídica, respondendo adequadamente às demandas sociais que surgem na arena política.

A proposta da análise econômica do direito, todavia, seria “totalitária” do ponto de vista moral e epistemológico, uma vez que exigiria que o direito se abrisse cognitivamente para responder tão somente aos anseios da economia: anseios estéticos, religiosos, políticos, educacionais e científicos só seriam respondidos na medida em que também interessassem ao sistema econômico¹⁴⁶. Toda a experiência humana tutelável pelo direito seria reduzida, desse modo, à maximização da riqueza ou ao cálculo de custo/benefício¹⁴⁷.

¹⁴⁵ DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas. A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, número especial em memória do Prof^o Washington Peluso, 2013, pp.327-352. P. 350.

¹⁴⁶ “A não observação da diferenciação interna entre esferas de fundamentalidade bloqueia a assimilação de diferentes racionalidades, impedindo que o aprendizado prático dos sistemas presentes no ambiente seja refletido pelo sistema jurídico. Com isso, assistiremos a uma tendência de universalização da “lógica” de racionalidade de uma determinada esfera, que colonizará outras, de modo que o sistema jurídico passa a contribuir para a centralidade de um determinado sistema e, conseqüentemente, para a desdiferenciação e autodestruição de seu ambiente. Os direitos fundamentais, que deveriam atuar para sustentabilidade de seu ambiente, transformam-se em acoplamentos para uma comunicação viral, autodestrutiva e desfuncionalizante. O sistema, ao decidir, cria conflitos e cava sua própria “sepultura””. CARNEIRO, Wálber. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. *Op.cit.* P. 154-155.

¹⁴⁷ “Nessa linha, os direitos de primeira geração não foram capazes, por exemplo, de observar as diferenças entre esferas de fundamentalidade relacionadas à liberdade econômica, voltadas para a proteção da expansão do sistema econômico, das esferas de proteção da liberdade individual não econômica, responsáveis pela proteção de sujeitos em face da expansão de sistemas sociais, principalmente do próprio sistema político e jurídico”. *Idem.* P. 154.

Nessa perspectiva, Teubner defende uma reaproximação transversal do direito com as “teorias sociais parciais” (econômicas, políticas, sociológicas, éticas e outras), de modo a capacitá-lo para construir sua própria normatividade de maneira responsiva às práticas da sociedade¹⁴⁸, processando diferentes “racionalidades parciais” ao mesmo tempo em que o protegesse do domínio exclusivo de quaisquer delas:

Transversalidade no direito significa: o direito reconhece que, sob extrema diferenciação da sociedade, não há mais uma justificativa para a existência de qualquer teoria social única universalmente válida, mas apenas para uma multiplicidade de teorias de áreas sociais que são iguais em termos de suas origens. Essas teorias derivam a sua justificativa de sua convivência, ou seja, do alto nível de autonomia e, simultaneamente, das interdependências recíprocas de diferentes racionalidades sociais. O direito recusaria, então, não só sua "economicização" unilateral, mas também sua "políticação", "sociologização", "cientificização" e "moralização" unilaterais. Defender-se-ia de qualquer pretensão de totalidade de qualquer teoria; no entanto, aceitaria a legalidade própria de teorias sociais coexistindo de maneira justaposta. Ele transformaria - e aqui jaz o desafio atual - a nova pluralidade de jogos de linguagem na formação de conceitos legais e na formulação de normas legais. Isso é possível se o direito insiste na parcialidade das várias teorias sociais e, ao mesmo tempo, apenas se abre para sua influência quando elas postulam afirmações que são válidas para seus campos de atuação. A razão transversal no direito rejeitaria categoricamente a pretensão de totalidade afirmada atualmente pelas teorias econômicas; ao mesmo tempo, as reconheceria como autodescrições do sistema econômico.¹⁴⁹

A proposta de Wálber Carneiro assemelha-se à de Teubner no que diz respeito ao reconhecimento de que o fenômeno da constituição de “direitos” se relaciona¹⁵⁰ com a necessidade de normatização dos problemas práticos que são “antecipados em cada um dos sistemas sociais parciais sociais e a partir do momento em que a assimetria entre os seus respectivos âmbitos ‘organizados’ e ‘espontâneos’ revela riscos destrutivos.”

A partir daí, Carneiro concebe que os direitos fundamentais atuam como ‘eclusas’ que controlam o fluxo de sentido entre o direito e seu ambiente, refletindo, internamente, a diferença entre as expectativas de possibilidades/impossibilidades práticas dos sistemas

¹⁴⁸ “Neste ponto, torna-se claro que o motivo condutor para um encontro interdisciplinar entre o direito e as teorias sociais não é, com segurança, primeiramente um contato com a academia, mas o contato com a sociedade. Para além da sua autonormatividade, o direito procura orientação normativa em diferentes ambientes e em suas normas locais e, além disso, pede ajuda às teorias sociais. No entanto, após uma inspeção mais exata, verifica-se que grande parte do que leva o nome de teoria social não é uma teoria científica em sentido estrito, mas uma prática de reflexão sobre diferentes mundos sociais ou, talvez mais precisamente, uma "dogmática de reflexão", similar à teologia e à dogmática jurídica, o que gera orientações normativas nas práticas sociais. A normatividade jurídica sempre se desenvolve em contato com essa dogmática de reflexão de outros setores da sociedade”. VER: TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo social**. Vol. 27, n.2, São Paulo, Julho/Dezembro, 2015.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ CARNEIRO, Wálber. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. *Op.cit.*

sociais.” A essa diferenciação interna do direito que simula a diferenciação ambiental, dá-se o nome de “esferas de fundamentalidade”.

A diferenciação interna permite ainda que diferentes traduções da filosofia prática repercutam no direito. A liberdade de Rawls; a igualdade de Dworkin; a lógica categoria da ética kantiana; a ética do reconhecimento e a própria análise econômica,¹⁵¹ todas podem ser absorvidas pelo direito para que produzam consequências dogmáticas em âmbitos específicos de aplicação.

As esferas de fundamentalidade, enquanto fragmentos de racionalidade e “representações das tensões existentes entre as expectativas normativas produzidas pelos diferentes âmbitos”, não poderiam ser reconduzidas a um princípio normativo unificador (“unidade” normativa) em eventual decisão que pretendesse resolver o “conflito” (colisão) entre elas. Nesse caso, Carneiro afirma que “a colisão normativa entre diferentes esferas não pode ser resolvida pela eleição categórica do princípio de integridade que se mostre mais adequado”, pois isso resultaria em dificuldades para manutenção de um sistema sustentável.

Desconhecemos qualquer referência direta que Posner tenha feito a Luhmann ou à teoria dos sistemas sociais durante sua fase “análise econômica do direito”. Não seria difícil, todavia, intuir uma resposta às críticas dos luhmanianos relacionadas à ausência de autonomia do direito perante o sistema econômico e à exclusividade da racionalidade da eficiência. Posner diria que, de fato, o sistema jurídico não é autônomo, como teria ficado demonstrado pela “queda” do formalismo jurídico. Os materiais jurídicos não seriam capazes, por si só, de fornecer uma resposta para conflitos sociais, pois a racionalidade que os orienta não seria constituída pelo próprio sistema jurídico em um padrão de autorreferência. O direito, desse modo, precisaria que uma disciplina externa lhe conferisse critérios substanciais para sua própria orientação (heterorreferência). Essa disciplina, para o contexto do *common law* americano, seria justamente a economia. Nesse caso, todos os conflitos jurídicos poderiam ser resolvidos por meio de um único critério oriundo do sistema econômica (maximização da riqueza): desde disputas que envolvessem interpretação de contratos, passando por disputas que versassem sobre atribuição de responsabilidade extracontratual e chegando até em disputas relacionadas à direito de família, direitos da personalidade (imagem, sexualidade, integridade física etc.), direitos de participação política, entre outros.

¹⁵¹ As quatro primeiras são citadas no texto: CARNEIRO, Wálber. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. *Op.cit.* A análise econômica, racionalidade parcial, é citada no vídeo: CARNEIRO, Wálber; PEARCE, Alessandra; OITAVEN, Daniel. Hard cases – Wálber Carneiro – Princípios e análise eco-lógica do direito. 2020. Canal Daniel Oitaven Pearce e Alessandra Oitaven Pearce. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YH5IU5wrfQA&t=9855s>>

Posner provavelmente só discordaria do prognóstico sombrio de “risco de desdiferenciação do sistema jurídico”, que, concretizando-se, acarretaria a impossibilidade de o sistema cumprir sua função básica (orientar as expectativas) e garantir o pluralismo ético, já que, conforme argumentaremos no capítulo 4, “Posner-econômico” atrelava o sistema jurídico ao sistema econômico justamente com a pretensão de conferir-lhe maior consistência. Tendo feito parte da geração de juristas que experimentou a transição entre o positivismo e os pós-positivismos, Posner teria se convencido de que realmente o formalismo jurídico não era capaz de conferir “respostas corretas” para todos os casos jurídicos, mas, em vez de simplesmente “aceitar” a existência de um espaço de discricionariedade e de incerteza na concretização do direito, o autor teria recorrido à uma racionalidade externa (econômica) que pudesse servir como critério objetivo para as decisões jurídicas, tornando-se mais fácil “prever” o resultado dos conflitos levados ao conhecimento do judiciário. A análise econômica do direito rejeitaria, assim, a pretensão de autonomia do sistema jurídico para que fosse possível eliminar (ou reduzir ao máximo) a arbitrariedade nas decisões judiciais¹⁵².

Isso explica porquê Posner pretendia garantir a “exclusividade” da racionalidade econômica no campo da interpretação jurídica, afastando, conseqüentemente, outras racionalidades parciais, especialmente a da política. Ora, quanto menos racionalidades/éticas/diferenciação ambiental o direito absorvesse, menos possibilidade de variação nas suas operações (decisões judiciais). Um sistema que se guiasse por um único princípio orientador seria, em teoria, extremamente consistente. Por mais paradoxal que isso possa parecer, consistência seria, portanto, o que Posner buscava tanto ao rejeitar a autonomia do direito – atrelando-o ao sistema econômico – quanto ao rejeitar a influência de uma pluralidade de racionalidades/éticas/interesses no sistema jurídico – adotando exclusivamente a “maximização da riqueza” como critério decisório.

Os seus erros consistiram, em primeiro lugar, em não compreender que a diferenciação funcional, com a atribuição de códigos binários próprios para cada sistema, seria um mecanismo de redução da complexidade social e, nesse sentido, a própria condição de possibilidade para a consistência do sistema¹⁵³. Em segundo lugar, em não compreender

¹⁵² “O problema da análise econômica do direito, portanto, não está em uma suposta arbitrariedade, pois ela contém um critério objetivo para a interpretação do direito, mas na justificação desse próprio critério.” DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas. A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas. *Op. cit.* P. 332.

¹⁵³ “Para que seja possível a economia em forma de uma autopoiese, o direito encontra-se obrigado a realizar, e fazê-lo de maneira eficaz, sua própria função, e não a da economia. Conseqüentemente, o direito não pode pertencer às mercadorias que se pode comprar, nem dos serviços oferecidos pelo sistema econômico. Se assim não fosse, ao usar o dinheiro incorrer-se-ia em um consistente círculo vicioso, uma vez que as condições de

que o sistema jurídico precisa ser responsivo a uma variedade de racionalidades, e não apenas à racionalidade econômica, sob pena de deixar de cumprir sua função e se tornar irrelevante, uma vez que não estará devolvendo ao ambiente as respostas que lhes são exigidas.

É claro que Posner poderia alegar que “responsividade” do sistema jurídico exclusivamente às exigências do sistema econômico seria exatamente o que a sociedade, de maneira geral, esperaria do direito: ora, se todo o agir humano é baseado em uma lógica econômica de maximização dos próprios benefícios e minimização dos custos (que, traduzida para o direito, converter-se-ia no critério de maximização da riqueza), a racionalidade econômica é a única racionalidade que o direito precisa compreender. Nesse ponto, contudo, remete-se às críticas de Robin West (tópico 2.3) e Michael Sandel (2.4), as quais versam, respectivamente, sobre a complexa condição antropológica do homem (há muito mais na psique do ser humano do que uma mera apreciação de custos e benefícios) e a existência de bens insuscetíveis de apreciação monetária.

Em suma: a análise econômica do direito, conforme concebida originalmente por Posner, não permitiria que o sistema jurídico obtivesse nem consistência, nem responsividade, apesar do autor ter pretendido obter ambas as qualidades com essa teoria.

Entendemos, contudo, que a crítica perde força com a transição de Posner para o pragmatismo, tanto no que diz respeito à autonomia do direito (independência do código do sistema jurídico em relação ao código do sistema econômico), quanto no que diz respeito à absorção, pelo direito, de múltiplas racionalidades, éticas e interesses parciais. Começemos pela superação desse segundo ponto de crítica.

Posner declara as seguintes proposições em “*Reflections on judging*” :

Os juízes federais estão ficando para trás. O problema não é a quantidade de processos; é o conteúdo dos processos. Os juízes não estão lidando bem com a crescente complexidade – principalmente, mas não apenas, científica e tecnológica – da sociedade moderna. No Capítulo 3, citei a observação de Daniel Arbes de que vivemos "num mundo de informações cada vez mais complexas, fragmentadas e onipresentes". O "nós" inclui os juízes. Mas nós, juízes, não nos sentimos confortáveis habitando este novo mundo (...) O formalismo jurídico está intensificando o controle sobre o Judiciário em uma época em que se precisa do realismo jurídico mais do que nunca. Estamos tornando o processo judicial mais complexo em um momento em que deveríamos torná-lo mais simples; e estamos negligenciando as inevitáveis

possibilidade de uma transação mediada pelo dinheiro teriam de ser, elas próprias, de comércio e pagamento. Precisamente essa condição negativa (e, nessa medida, improvável) é satisfeita graças aos mecanismos de acoplamento estrutural, que devem ser compatíveis com uma separação dos sistemas e com o respectivo fechamento operativo do sistema. As formas descobertas para isso são propriedade e contrato”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. *Op. cit.* P. 152.

complexidades externas à cultura jurídica que tentam se impor sobre nós em um momento em que deveríamos aceitá-las e superá-las.¹⁵⁴

Esses trechos demonstram uma radical mudança no pensamento de Posner no que diz respeito aos elementos – éticos, filosóficos, ideológicos, burocráticos e outros – que irão conformar uma decisão judicial. O autor abandona a crença de que as decisões judiciais poderão ser exclusivamente determinadas por uma única racionalidade (no caso, a econômica) e passa a aceitar uma multiplicidade de critérios oriundos do que parece ser exatamente a noção de “racionalidades parciais” (conforme Teubner). Em outras palavras, na sua fase pragmática, Posner compreende que o direito terá de responder a anseios sociais diversificados, que precisarão ser resolvidos por lógicas diferenciadas. Com isso, o autor parece propor uma concepção de direito (ou, em seus termos, uma “postura”) bem mais responsiva ao ambiente¹⁵⁵.

Todavia, podemos nos questionar se tal responsividade é, em si, um projeto sustentável de acordo com as demais premissas do pragmatismo, pois a “responsividade” depende do sistema ser suficientemente fechado do ponto de vista operacional, já que o “fechamento operacional” é a condição de abertura cognitiva do sistema.

Nesse ponto, passamos a analisar o primeiro ponto da crítica, relativo à autonomia do direito, especificamente para a fase pragmatista.

Posner mantém, durante sua fase pragmática, certo “desdém” pela ideia de autonomia do direito, associando-a ao formalismo, à burocracia obtusa, à linguagem academicista, à preguiça cognitiva, à covardia e à desconexão entre direito e realidade social. Em outras palavras, Posner associa o termo “autonomia do direito” a um direito isolacionista, alienado dos fatos, das necessidades e das expectativas sociais. Em suma, um direito “inútil”¹⁵⁶. Ora, percebemos, com isso, que ao rejeitar “autonomia do direito” – durante a fase pragmatista – o que Posner aparenta rejeitar, na verdade, é um “isolamento do direito do seu

¹⁵⁴ POSNER, Richard. **Reflections on judging**. Harvard University Press: Cambridge, 2013. P. 351. Tradução nossa.

¹⁵⁵ POSNER, Richard. **Overcoming law**. Harvard University Press: Cambridge, 1995. P. 22 e 23.

¹⁵⁶ Veja o sentido conferido por Posner à autonomia em *Overcoming Law*: “Autonomia refere-se à autossuficiência da lei e tem dois aspectos. A primeira é a autonomia da lei em relação à sociedade - a ideia de que a lei tem sua própria lógica interna e, portanto, quando muda, o faz em resposta aos impulsos de sua natureza interna, como uma lagarta se transformando em mariposa, em vez de em resposta a políticas e pressões econômicas. Assim, a historiografia jurídica convencional nos conta a história de como as doutrinas jurídicas modernas evoluíram a partir das antigas, ao invés de como, em cada estágio da história, as doutrinas jurídicas foram moldadas pelas necessidades da sociedade ou pelas pressões de grupos poderosos dentro dela. O segundo aspecto da autonomia é a independência do pensamento jurídico de outras disciplinas, como a economia.” *Idem*. P. 17 e 18. Tradução nossa.

ambiente social”, e não uma total falta de respeito aos materiais jurídicos tradicionais, especialmente leis e precedentes.

Sobre os precedentes, inclusive, Posner os trata como fontes de aprendizagem, convencimento e mecanismos de eficiência, não como autoridade moral¹⁵⁷. O respeito aos precedentes, na postura pragmática, seria devido por questão de “*policy*” (em sentido próximo de um utilitarismo das regras), e não de “*duty*”.

Nesse ponto, é útil a distinção que Tamanaha¹⁵⁸ faz entre “formalismo conceitual” e “formalismo legal”, visto que Posner, na sua fase pragmatista, rejeita tão somente o formalismo conceitual, aceitando certo nível de formalismo legal por questões de estabilidade institucional (semelhante a um utilitarismo das regras) ou para conferir uma aparência de legitimidade à decisão (o que também colaboraria para a estabilidade institucional).

Ainda permanece, de fato, a possibilidade de se utilizar dados oriundos do ambiente diretamente na decisão judicial sem a devida filtragem por meio dos acoplamentos estruturais, porém, Posner já admite que esse recurso só deve ser usado para os casos difíceis. Os casos

¹⁵⁷ Falando sobre a abordagem pragmática, Posner diz que “está, portanto, voltado para o futuro, valorizando a continuidade com o passado apenas na medida em que essa continuidade nos ajude a enfrentar as problemáticas do presente e do futuro. ‘Nós criamos o passado com base no que pode ser feito no presente.’ Os pragmatistas se lembram da máxima de Santayana de que aqueles que esquecem o passado estão condenados a repeti-lo; mas ele também se lembra do conselho de T.S. Eliot ‘Não se conformem/ Mas avancem, viajantes!’, e o slogan de Ezra Pound, ‘Façam algo novo!’ E a piada de Talleyrand sobre os Reis Bourbon - que eles não aprenderam nada e não esqueceram nada. O pragmatista não tem medo de dizer que um pouco de esquecimento é bom. O esquecimento nos emancipa da sensação, que pode ser paralisante, de atraso.” *Idem*. P. 4. Tradução nossa.

¹⁵⁸ “Para chegar às tais implicações, é necessário separar as críticas dos realistas ao formalismo. Como indicado anteriormente, as visões não instrumentais clássicas do direito adotavam o formalismo conceitual, que é uma abordagem que se propõe a explicar o conteúdo e as interconexões lógicas entre os princípios e conceitos jurídicos. Mas as visões não instrumentais do direito não adotavam o formalismo legal, que é uma abordagem sobre a decisão judicial (teoria da decisão). Esses dois tipos de formalismo, portanto, devem ser considerados de maneira independente. Pode-se negar que as regras e princípios legais tenham qualquer conteúdo predeterminado, mas acreditar que os juízes deduzam mecanicamente os resultados de um determinado conjunto de regras e princípios jurídicos. Por outro lado, pode-se aceitar que as regras e princípios legais têm conteúdo predeterminado, mas admitir que eles não podem mecanicamente ou dedutivamente levar a resultados em casos específicos. Outras permutações são possíveis. Uma visão instrumental do direito, por esta razão, pressupõe o aspecto vinculativo formal das normas jurídicas: O direito é um instrumento eficaz para a realização de fins sociais quando as normas jurídicas são consistentemente respeitadas por aqueles a quem se dirige (funcionários legais e público) . Os realistas reconheceram que a utilidade das regras é incrementada quando são aplicadas de maneira mais previsível, o que permite que as pessoas planejem suas atividades com conhecimento prévio de suas prováveis consequências legais. Dewey, portanto, insistiu que “há, claro, todos os motivos pelos quais as regras devem ser tão regulares e definidas quanto possível.” Uma implicação fundamental das observações de Dewey é que um instrumentalista jurídico consistente pode ser levado por considerações instrumentais a adotar uma posição formalista sobre a adesão às regras. Não há dúvida de que Holmes, por razões semelhantes, estava comprometido com a certeza e a previsibilidade da lei, como Pound, e ambos pensavam que as normas jurídicas possuem uma qualidade vinculativa que deveria ser respeitada pelos agentes públicos, especialmente os juizes.” VER: TAMANAHA, Brian Z. **Law as a means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge University Press, 2006. P. 70. Tradução nossa.

fáceis, por sua vez, deveriam decididos, na concepção pragmática, de maneira consistente com operações anteriores¹⁵⁹-¹⁶⁰.

Poder-se-ia dizer, assim (e *a priori*), que Posner “pragmático” defende uma concepção de direito que, em termos sistêmicos, seria bastante responsiva, porém com um possível *déficit* de consistência no que diz respeito aos casos difíceis. Poderia tal déficit colocar em risco a sobrevivência do sistema jurídico?

Entendemos que não, por um motivo: a síntese do pragmatismo é “funcionar”. Logo, se houvesse um *déficit* de consistência, e o sistema começasse a se desdiferenciar, os arranjos institucionais e hermenêuticos não estariam “funcionando”, o que exigiria, automaticamente, uma revisão das práticas judiciais para que as operações fossem mais consistentes. Em “*Overcoming Law*”, Posner esclarece que, a despeito do título da obra, não quer substituir o “*rule of law*” (Estado de Direito) por um “*rule of economic*” (Estado de Economia) ou qualquer coisa semelhante, dado que o “*rule of law*” seria um “*public good*” (bem público) de imenso valor para o liberalismo clássico. Por isso, os juízes precisam decidir conforme as regras do “jogo jurídico”, o que inclui pelo menos uma “aderência significativa às regras estabelecidas pelo legislador e pelos precedentes”. O jogo, diz Posner, “pode ser descrito em termos puramente pragmáticos ou econômicos, mas não pode ser jogado com espírito puramente pragmático ou econômico”.¹⁶¹ O juiz não poderia, por exemplo, modificar as regras e doutrinas –incorporando postulados da microeconomia – por simplesmente considerar que isso melhoraria a racionalidade substantiva da decisão¹⁶².

¹⁵⁹ Aroso Linhares identifica quatro grandes eixos de combate ao formalismo, sendo o primeiro relacionado aos casos difíceis e área aberta: “o primeiro eixo reflexivo a ter em conta, eloquentemente representado pela theory of adjudication de Posner, é aquele em que a inteligibilidade dos casos difíceis se cumpre invocando uma assimilação específica (claramente situada e neste sentido nitidamente circunscrita) da Science of policy de Holmes ou do desafio que esta introduz.” O autor remete coloca o pragmatismo de Posner como herança do legal instrumentalism e da sociological jurisprudence. VER: LINHARES, José Manuel Aroso. O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade. Sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo? Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. P. 29-30.

¹⁶⁰ É o que retiramos do trecho: “Dworkin está interessado precisamente naqueles casos difíceis, nos casos de novidade genuína, onde os métodos que ele defende para decidir os casos não funcionam; onde somente métodos pragmáticos irão funcionar (...) Sempre que um caso não puder ser decidido por referência a precedente ou algum texto legal claro, a tarefa judicial é inescapavelmente normativa. Mas o uso da economia para orientar a decisão nas áreas abertas do direito deve ser discutido sem imersão nas águas profundas da filosofia política e moral.” *Idem*. P. 21. Tradução nossa.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² Aroso Linhares, ao fazer uma análise da obra “*How Judges Think*”, acentua o equilíbrio entre consequências imediatas/consequências sistêmicas: “acentuação que se nos impõe como uma especificação correcta – aquela que passa a comprometer os materiais jurídicos vigentes... com o próprio equilíbrio e com a procura que as hipertrofia -, na mesma medida no entanto em que, sem qualquer contradição, nos incita a reconhecer que o sentido e os limites do equilíbrio procurado – bem como a eficácia (mais ou menos consensualmente legitimada) do auto-exercício (de combate ao arbítrio ou de redução da discricionariedade) que caracteriza os típicos *sensible pragmatic judges* - dependem também por sua vez (como que objectivamente!) das características intencionais e extensionais dos materiais pressupostos.” VER: LINHARES, José Manuel Aroso. O pragmatismo

Portanto, acredito que a crítica ao possível *déficit* de consistência do pragmatismo encontra uma resposta plausível dentro das premissas do próprio pragmatismo.

Devemos ainda tecer considerações sobre o problema dos programas finalísticos e do recurso interpretativo da “atenção às consequências da decisão”, ou, simplesmente, “consequencialismo”.

Luhmann explica que análise econômica do direito teve o mérito de, pela primeira vez, romper com a discrepância entre teorias de problemas jurisprudencialmente úteis e descrições de unidade, por proporcionar “um cálculo de utilidade que é racional em um sentido muito específico e, ao mesmo tempo, de fácil aplicação”, ainda que tal convergência entre teoria e jurisprudência só tenha sido conseguida à custa de simplificações, e que os efeitos práticos da AED sobre os tribunais tenha sido muito restritos.

Mesmo após o reenquadramento pragmático da AED¹⁶³, Luhmann considera que alguns problemas continuaram sem solução, e o maior deles “talvez seja não se poder contar com o futuro”. O autor se refere ao problema de que, de modo geral, qualquer decisão consequencialista (orientada para o futuro) poderia ser, por lógica, considerada certa ou errada em relação à “comprovação futura de expectativas”. Se isso ocorresse, seria um caos relacionado à validade das decisões, especialmente nos casos que exigissem uma apreciação ecológica do direito¹⁶⁴.

Todavia, Luhmann também reconhece que a análise econômica do direito invisibiliza tal paradoxo ao justificar as decisões legais como modo de assunção de riscos. Em outras palavras, o consequencialismo da AED (e, por extensão, todo consequencialismo) constitui a as decisões jurídicas como atos de risco, o que significa assumir que, independentemente das previsões se concretizarem, ou não, a decisão será válida¹⁶⁵.

interdisciplinar de Posner como “teoria” da decisão judicial. In: ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁶³Luhmann explica que a AED, como originalmente concebida, baseava-se em um utilitarismo estritamente individualista, o que gerava problemas de agregação. Todavia, com o tempo, o individualismo passou a ser apenas o ponto de partida para o cálculo de uma solução mais ou menos benéfica para o bem comum (que não se confunde com o próprio bem comum). Compreendemos que Luhmann está a se referir ao reenquadramento pragmático sofrido pela AED, pois sabemos que a análise econômica do direito “original” possuía como critério normativo a maximização da riqueza, o que implica uma espécie de consequencialismo firmemente orientado por um critério de valor que pudesse determinar qual cenário alternativo seria “melhor”, enquanto o pragmatismo considera que o raciocínio e consequências econômicas são apenas um elemento para a conformação da decisão.

¹⁶⁴ “Precisamente na jurisprudência orientada para a ecologia (que cada vez mais se baseia no desconhecimento), a direção que se tomaria seria a de um desastre jurídico se todas as medidas tiverem de ser consideradas contrárias ao direito para o caso de o fim não ter sido alcançado de maneira prevista, ou se os meios utilizados, no momento dos novos conhecimentos de causa, parecessem justificados”. LUHMANN, Niklas. *Op.cit.* P. 161.

¹⁶⁵ “A discrepância entre obrigatoriedade de decidir e possibilidade de chegar a decisões convincentes se expressa, entre outros motivos, pela instituição da força do direito. Essa força se manifesta num momento

O juiz deve (e tem de) ignorar esse lado do futuro. Ele ampara a sua decisão, seguindo o direito, unicamente no que, no presente de sua decisão, ele vê advir como futuro, isto é, naquilo que, para ele depois de estabelecer com todo o cuidado a situação, é o futuro presente. A esperança seria a de que, para isso, fosse possível apoiar-se em leis empíricas ou, ao menos, em probabilidades elevadas, estatisticamente confirmadas, que fizerem ver, por exemplo, que depois de um divórcio uma criança se sentiria melhor estando com aquele dos pais com quem tiver relações mais sólidas. Com a crítica à teoria científica, é derrubado todo um mundo de equivalentes de certeza.¹⁶⁶

Ainda assim, Luhmann é bastante crítico desse tipo de consequencialismo “externo” – o consequencialismo que se obtém tipicamente a partir da mobilização de programas finalísticos¹⁶⁷. O direito, para obter a consistência necessária para cumprimento de sua função de estabilização de expectativas, opera fundamentalmente por meio de programas condicionais¹⁶⁸, o que significa que a instrumentalização de programas orientados diretamente para fins não se adequaria ao sistema jurídico:

Quanto mais considerações acerca do fim suporta uma decisão, tanto maior será a probabilidade de que esta resulte equivocada, porque o futuro segue desconhecido, mesmo para o juiz. As considerações sobre o fim o expõem a uma crítica empírica, e somente a autoridade do cargo e a obrigação de tomar uma decisão conferem validade a essa decisão¹⁶⁹.

Todavia, Luhmann reconhece que dizer que os programas finalísticos são inadequados para o sistema jurídico não é o mesmo que dizer que o juiz, ao interpretar os programas condicionais, não poderá fazer uma referência aos prováveis fins de tal norma¹⁷⁰,

preciso. Por mais questionável que tenha sido e continue a ser a decisão, a força do direito exonera--a de um questionamento contínuo. Isso faz que a inclusão de consequências na busca e na justificação da decisão seja a um só tempo inofensiva e arriscada — inofensiva porque, no momento da decisão válida, as consequências se encontram num futuro desconhecido; e arriscada pelo mesmo motivo. Contra as expectativas, satisfeitas ou não, já não se pode mudar a decisão. É possível que tal decisão posteriormente se evidencie como especulação equivocada, não obstante válida, e, diferentemente do que acontece com as leis, ela não pode ser mudada ao se considerar uma nova mescla de consequências”. *Idem*. P. 251.

¹⁶⁶ *Idem*. P. 161. Tradução nossa.

¹⁶⁷ “Da perspectiva da teoria jurídica é tentador descrever, para não dizer lamentar, o uso da lei para a execução das funções de política social como a decadência de um tipo específico de racionalidade jurídica”. *Idem*. P. 302.

¹⁶⁸ “A vinculação da forma do programa condicional relaciona-se à função do direito e, portanto, com a estabilização das expectativas contrafactuais. As expectativas são postas na forma de normas então justamente para esse caso, ou seja, de que não se cumpram. Essa substituição de segurança (das expectativas) por insegurança (do cumprimento) requer compensações estruturais. Não se pode então fazer depender também do futuro se as expectativas, que desde agora devem ser determinadas, terão de se justificar. Quer-se saber se agora, ou, melhor dizendo, quer-se determinar a segurança no momento da decisão, e isso só se pode garantir na forma de um programa condicional”. *Idem*. P. 160.

¹⁶⁹ *Idem*. P. 162.

¹⁷⁰ “O contexto decisório do direito, portanto, jamais é um programa finalista que exige buscar os meios adequados para o fim — escolhido livremente ou imposto — e respeitar as delimitações introduzidas no programa, por exemplo, dos custos permitidos ou dos limites legais. Como fundamento do texto autorizado,

nem que tais programas não poderiam constituir-se, materialmente, como uma densificação de determinada finalidade de algum subsistema de racionalidade parcial¹⁷¹.

Teubner, por sua vez, considera que não há como fugir de tal perspectiva sobre o risco, especialmente no contexto atual em que o direito se torna um instrumento para consecução de objetivos políticos. Os programas finalísticos abundam nas legislações, impondo sobre os juízes o fardo de raciocinarem em função da perseguição de tais finalidades. Desse modo, o raciocínio econômico-finalístico torna-se, muitas vezes, uma própria exigência do direito. É, sim, um exercício de “adivinhação”, mas não há saída além de praticá-lo e fazer o melhor possível.¹⁷² Luhmann também parece se resignar com tal conclusão, adotando, todavia, um tom um pouco mais crítico.

A questão seguinte é: qual seria o efeito factual de agentes se conformando a uma ou outra regra particular? Com relação a isso, a probabilidade de agentes se conformarem com essa ou aquela regra não pode ser completamente ignorada. Em questões nas quais alguém corre riscos para salvar vidas ou a propriedade de outras pessoas, a pergunta que pode advir é se alguém que salva e sofre como resultado deve ser compensado ou não. Ao que parece, pode ser do interesse da parte afetada que tal regra seja introduzida, pois, se aquele que salva o faz por sua conta e risco, ele pensará duas vezes ao fazê-lo. Ou, como o rebocador num conhecido caso de um petroleiro avariado, aquele que salva tenderá a negociar as condições de assistência até ser tarde demais. Contudo, quem pode garantir que a teoria leiga do juiz sobre a conduta daquele que salva vá mesmo fazer sentido? Basta pensar na dificuldade de se relacionar consequências com causas mesmo em acontecimentos passados (por exemplo, as estatísticas sobre acidentes de trânsito após uma mudança na lei de limite à velocidade) para que se veja o terreno escorregadio no qual o juiz está seguindo. Mesmo se forem aplicados padrões científicos, prognósticos empiricamente sustentados são quase impossíveis ou conduzem a resultados de bem pouca importância.

sempre se tem uma estrutura do tipo “se- então”. E só quando se apresentam problemas na interpretação desse texto, o sistema jurídico, como veremos detalhadamente mais adiante, pode partir da consideração de que é a finalidade em função da qual deve servir o programa. No caso, é precisamente a programação condicional que permite liberdades na imaginação de metas — imaginação que, em uma programação por fins, não é permitida a ninguém”. *Idem*. P. 162.

¹⁷¹ “A fixação do direito em programas condicionais de modo algum exclui que programas finalistas de outros sistemas funcionais se remetam ao direito: por exemplo, os programas orientados para fins da política que remetam ao direito constitucional; os programas de fins do sistema educativo que remetam à obrigatoriedade do ensino; os regulamentos institucionais e os direitos e obrigações dos pais de família — programas orientados para fins da economia, que remetem à propriedade. Mas isso não significa juridicizar as próprias funções ou os fins. Em vez disso, o direito oferece somente garantias sociais (e não se trataria de garantias se não o fossem, porque estão condicionadas) para permitir a outros sistemas uma gama mais ampla na seleção de seus fins”. *Idem*. P. 163.

¹⁷² Assim, conclui o autor, de forma bem humorada: “Há muita coisa envolvida nessa orientação para o futuro. Portanto, nesse sentido, ele [Posner] é ok, ele é ok... embora eu o odeie!”. VER: TEUBNER, Gunther; PEARCE, Alessandra; OITAVEN, Daniel. Hard cases – A normative turn of legal autopoiesis? Canal Daniel Oitaven Pearce e Alessandra Oitaven Pearce. 2020. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=k8fYLB1M3ho&t=5317s>> (1:24:18). Tradução nossa.

Portanto, é difícil imaginar que um juiz possa examinar, e muito menos interpretar, uma lei provida de sentido sob aspectos de seu exame na condição de meio para determinado fim. No entanto, os tribunais tendem a fazer exatamente isso, e incontestavelmente lhes cabe a competência para conferir a suas opiniões validade jurídica. A orientação pelas consequências das decisões, vista pelo padrão das ciências empíricas, nada mais é do que imaginação com força jurídica¹⁷³.

Uma vez que o pragmatismo também é consequencialista, orientando os juízes a verificarem as “consequências” da decisão e escolherem aquela que produz os melhores resultados, ainda que não haja indicação de qual seria o critério normativo para valoração dos cenários possíveis (subtópico 3.1.1), podemos considerar que as críticas de Luhmann ao “consequencialismo” servem tanto para a análise econômica do direito “original”, quanto para o pragmatismo. Por isso, voltaremos ao problema da “atenção às consequências” como critério interpretativo no item 5.2.4.2.

Já no item 5.2.4.4, retomaremos o problema da responsividade/consistência do sistema jurídico em uma abordagem pragmática, levando em consideração o seguinte ponto: fixamos, alguns parágrafos acima, que o pragmatismo “resolve” o problema da consistência com suas próprias premissas e que, *a priori*, tal abordagem seria bastante responsiva. Todavia, seria mesmo?

Ocorre que a responsividade do sistema jurídico ainda pode ser questionada em razão da rejeição, por Posner, da filosofia moral como mecanismo de reflexão e conformação das decisões jurídicas (entenderemos o motivo de tal rejeição no tópico 3.1.1). Por exemplo, em “*Overcoming Law*”, apesar de Posner admitir que nem todas as questões jurídicas poderão ser traduzidas ou resolvidas pela racionalidade econômica (tais como a regulação da sexualidade, a capacidade reprodutiva e o exercício de liberdades civis que, tão somente em razão do *ethos*, causam “estresse psicológico” em alguns setores sociais), ainda aparenta certa impaciência com a “intromissão” de questões morais básicas no raciocínio jurídico. Tal “impaciência” pode representar um “primeiro indício” de que o pragmatismo posneriano, afinal, possui potenciais problemas quanto à responsividade.

Por fim, chama atenção que Posner tenha caracterizado o direito não como uma arte, nem como ciência, mas como um *serviço* prestado à população,¹⁷⁴ e que tenha afirmado que as decisões judiciais devem ser explicadas em linguagem comum e serem consistentes com as

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. *Op.cit.* P. 301-302.

¹⁷⁴ “Um burro é um animal para serviço. Ele tem paciência e charme, mas não tem magnificência – assim como não tem, ou não deveria ter, a lei, que não é uma arte ou uma ciência, mas um serviço.” POSNER, Richard. *Reflections on judging*. *Op.cit.* P. 354. Tradução nossa.

expectativas das pessoas comuns. Em termos semelhantes, Luhmann também confere mais primazia às prestações funcionais do sistema – ou seja, aquilo que o sistema oferece como um “serviço” à população – do que às suas estruturas e considera ser a função do direito orientar expectativas por meio do equilíbrio entre responsividade e consistência.

3 AS CRÍTICAS À 2ª FASE DE POSNER (PRAGMATISMO)

Posner inicia sua conversão para o pragmatismo com o texto “*wealth maximization revisited*”. Compreender exatamente o que “é” e em que implica o pragmatismo de Posner já é, em si, um desafio, visto que nem o próprio autor parece ter vocabulário e organização conceitual suficiente para defini-lo concisamente. Em vez disso, tenta explicar sua concepção pragmática por meio da construção de uma “figura global” formada pela convergência de vários elementos e características tipológicas que, estando presentes em diferentes intensidades, indicam a presença de uma *postura* pragmática no jurista: “praticidade”, “instrumentalidade”, “consequencialismo”, “ativismo”, “empirismo”, “ceticismo”, “antidogmatismo” e “experimentalismo”.

O fato do pragmatismo do cotidiano de Posner tratar-se mais de uma “*postura*”, do que de uma “teoria” (veremos em seguida que não deixa de ser uma “teoria”) conjugado com o fato de que tal “postura” não consegue ser definida conceitualmente, mas tão somente tipologicamente, resulta, por vezes, em aparentes contradições que deixam o leitor sentindo-se levemente confuso e inseguro quanto ao que uma decisão pragmática significa, realmente, na prática (o que soa um tanto quanto paradoxal).¹⁷⁵ A impressão geral é que o pragmatismo é sempre uma mistura entre um determinado atributo e sua antítese, ou seja, “é” e “não é” ao mesmo tempo, o que implica que seria sempre algo “mais ou menos” ou “nem tanto”. Veja-se trechos ilustrativos desse movimento “dialético” do pragmatismo:

O pragmatismo é tanto a favor quanto contra o senso comum.¹⁷⁶
Sendo cético e relativista, o pragmatismo rejeita o ceticismo e o relativismo.¹⁷⁷

O pragmatismo acredita no progresso sem pretender ser capaz de defini-lo.¹⁷⁸

Trata-se de uma filosofia do aperfeiçoamento – o que não quer dizer que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista.¹⁷⁹

O pragmatista, ou, ao menos, o meu tipo de pragmatista (...), é empirista (...).
Ao mesmo tempo, ele é cético quanto à tese de que alguém pode possuir

¹⁷⁵ O próprio Posner reconhece isso: “uma vez que o pragmatismo não tem sentido definido, ninguém sabe direito o que está em causa quando se debate sobre ele”. POSNER, Richard. **Overcoming law**. Op.cit.P. 11. Tradução nossa.

¹⁷⁶ *Idem*. P. 5. Tradução nossa.

¹⁷⁷ *Idem*. P. 6. Tradução nossa.

¹⁷⁸ *Idem*. P. 5. Tradução nossa.

¹⁷⁹ *Idem*. P. 5. Tradução nossa.

uma convicção fundamentada de ter alcançado a verdade definitiva sobre alguma coisa.¹⁸⁰

Ressalte-se que o pragmatismo de Posner não rompe totalmente com uma preocupação economicista, como fica claro na introdução da obra “*Overcoming Law*”, na qual o autor justifica as três “chaves” de sua abordagem: economia, pragmatismo e liberalismo (do tipo clássico, com base em Stuart Mill). Todavia, ocorre um reenquadramento da função da economia: em vez de fornecer um critério decisório (maximização da riqueza), a economia passa a fornecer tão somente conhecimento sociológico sobre o ser humano e seu comportamento, sendo uma ferramenta útil para a previsão de consequências “gerais” da decisão (não apenas consequências econômicas em sentido estrito, ou seja, aumento ou diminuição da riqueza total, mas também consequências políticas e sociais, tais como instabilidade do regime político).¹⁸¹⁻¹⁸²

Desse modo, as críticas relacionadas a um economicismo e individualismo exacerbados arrefecem. Todavia, Posner permanece a “desagradar” uma grande parte dos seus pares acadêmicos por assumir um discurso marcadamente “anti-intelectual”. Se antes, ao longo de sua fase economicista, Posner teria gerado antipatia nos moralistas, formalistas e críticos por atrelar o direito à teoria econômica, agora, ao longo de sua fase pragmatista, Posner permanece a gerar igual antipatia nos moralistas, formalistas e críticos por dizer que as teorias morais acadêmicas são inúteis para a prática. Portanto, em termos dworkinianos, Posner faz uma espécie de “ataque geral ao academicismo jurídico”. A exata medida desse ataque – ou seus exatos alvos – é que são objeto de controvérsia e potenciais incompreensões, conforme veremos ao longo dos dois tópicos desse capítulo.

No primeiro tópico, apresentaremos o extenso debate entre Posner e Dworkin¹⁸³, com este último autor “representando” larga parte da crítica composta por teóricos “moralistas”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ *Idem*. P. 5. Tradução nossa.

¹⁸¹ *Idem*. P. 15 e 16.

¹⁸² “Nesta fase, o recurso à economia passa a ter uma natureza puramente instrumental, prática e não teórica. Para Posner outros, a análise econômica vence as teorias rivais, não por suas virtudes teóricas e metodológicas, mas antes por suas virtudes práticas. Porque ela ‘*gets the job done*’ de maneira mais eficiente do que as teorias concorrentes.” MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Ensaio de Teoria do Direito**. *Op.cit.*

¹⁸³ Fernando Leal e Diego Werneck, diante do fato de Dworkin ser conhecido como um expositor pouco fidedigno das concepções com as quais não concorda, questionam porque deveríamos iniciar uma tentativa de compreensão do pragmatismo pelas lentes de tal teórico. O primeiro motivo é porque 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 “corolário, no campo do direito, de certas teses filosóficas.. Sendo assim, a descrição de Dworkin destaca um elemento que é considerado central inclusive por defensores de alguma versão de pragmatismo jurídico”. VER: LEAL, Fernando; WERNECK, Diego. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

No segundo tópico, invertendo-se radicalmente a polaridade das “posições”, apresentamos o as críticas que Fish e Rorty – ambos autores enquadrados dentro do largo espectro do “pragmatismo” – fazem à abordagem pragmática de Posner. Nesse segundo tópico, aprofundaremos, ainda, a compreensão sobre o “pragmatismo” enquanto corrente filosófica.

3.1 DWORKIN (POR TODOS) CONTRA POSNER: O PAPEL DA TEORIA MORAL NO DIREITO

Posner e Dworkin voltaram a travar um extenso debate ao longo da década de 90 após a publicação, pelo primeiro autor, da obra “*Overcoming Law*” (1995)¹⁸⁵, na qual Posner marca, logo na introdução, o caráter diametralmente oposto entre sua concepção pragmatista e a teoria dworkiniana (e outras teorias moralistas¹⁸⁶). Dworkin apresenta, então, uma defesa inicial de sua concepção – com críticas à concepção de Posner – em “*In praise of Theory*” (1997)¹⁸⁷. No mesmo ano, Posner responde com a publicação do texto “*Conceptions of Legal Theory*”¹⁸⁸ no *Arizona State Law Journal* que contém, na mesma edição, a réplica de Dworkin¹⁸⁹. No ano seguinte, 1998, Posner retorna ao debate com a obra “*The Problematics of Moral and Legal Theory*”¹⁹⁰, e Dworkin o acompanha com o texto “*Darwin’s new bulldog*”¹⁹¹. Finalizando essa sequência, Posner publica o artigo “*Against Constitutional Theory*”¹⁹². Em 2000, Dworkin publica uma *review* das obras “*An Affair of State*” e “*The Problematics of Moral and Legal Theory*” no *The New York Review*, intitulada “*Philosophy & Monica Lewinsky*”. Posner replica o comentário na edição seguinte da mesma revista, com o texto “*An Affair of State’: An Exchange*”. Extrairemos desses textos os argumentos centrais desenvolvidos por ambos os autores.

¹⁸⁵ *Op.cit.*

¹⁸⁶ Ao longo do tempo, Posner já enquadrado como “moralistas”: Elizabeth Anderson, Ronald Dworkin, John Finnis, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, John Rawls, Joseph Raz, Thomas Scanlon, Roger Scruton e Judith Jarvis Thomson e Martha Nussbaum

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. In praise of theory. **Arizona State Law Journal**. Vol.29, 1997. O texto foi posteriormente republicado em: DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006. Usaremos a versão do livro.

¹⁸⁸ POSNER, Richard. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**. Vol.29, 1997, pp.377-388.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**. Vol.29, 1997, pp. 431- 456.

¹⁹⁰ *Op.cit.*

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. Darwin’s New Bulldog. **Harvard Law Review**. Vol. 111, n. 7, 1998, pp.1718-1738. O texto foi posteriormente republicado em: DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006. Usaremos a versão do livro.

¹⁹² POSNER, Richard. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review**, Vol.73, n. 1, 1998, pp.2-22.

O marco inicial aparece em “*Overcoming Law*” com a listagem dos adjetivos atribuídos por Posner ao pragmatismo, quais sejam, “praticidade”, “instrumentalidade”, “consequencialismo”, “ativismo”, “empirismo”, “ceticismo”, “antidogmatismo” e “experimentalismo”. Tais adjetivos, no entendimento de Posner, seriam inaplicáveis à teoria de Dworkin, uma vez que este

Descreve o direito como interpretativo; compara a tarefa do juiz com a do escritor de um capítulo de um romance em cadeia; demanda que novas decisões sejam compatíveis com as anteriores; fala com reverência sobre o passado vivo; nega que os juízes devam ajustar os direitos a novas perspectivas de políticas públicas; revolta-se com a concepção do direito como uma ciência de formulação e implementação de políticas; não tem muito interesse pelos fatos, pelas ciências naturais e pelas ciências sociais; e ainda insiste que os juízes têm uma obrigação moral de fidelidade em relação a seus predecessores e que a adesão às decisões pretéritas, concebidas como compromissos, é um elemento essencial da justiça.¹⁹³

Posner marca, assim, um espaço amplo de “batalha” entre as duas abordagens, que pode ser compreendida nos termos das seguintes dicotomias: teoria vs. prática; objetivismo x ceticismo; moralismo/idealismo vs. realismo; racionalismo vs. empirismo; resposta correta vs. resposta razoável; passado vs. futuro; decisão por princípio vs. decisão por resultado. Caberá a Dworkin, em “*In Praise of Theory*”, iluminar o ponto central da disputa: qual o *papel* que a teoria moral (ou filosofia moral) desempenha no raciocínio judicial? Para Dworkin, a teoria moral é indispensável para o raciocínio judicial; para Posner, é um desperdício de tempo e, ainda por cima, prejudicial à construção de boas decisões.

Depois de situar o leitor nos argumentos desenvolvidos por ambos os lados (item 3.1.1), iremos fixar nossa compreensão sobre o ponto “falho” do pragmatismo de Posner (item 3.1.2) e, em seguida, sugerir uma interpretação “caridosa” de sua abordagem (item 3.1.3).

Antes de tudo, um esclarecimento sobre é necessário: os termos argumentação moral, reflexão moral e deliberação ética serão usados como sinônimos, tendo em vista que, em vários textos que consultamos, há um uso intercambiável dos termos “*moral reasoning*”, “*ethical deliberation*”, “*ethics*” e “*moral*”. Nussbaum, por exemplo, afirma que a “moral” é constituída por meio da deliberação ética. O termo “teoria moral” será utilizado para se referir a um tipo de argumentação moral específica, que é aquela praticada por acadêmicos que

¹⁹³ POSNER, Richard. **Overcoming law**. *Op. cit.* P. 11. Tradução nossa.

buscam, por meio de um processo de argumentação moral, encontrar princípios morais fundantes do sistema.

Adiantamos, também, que Posner não é muito claro sobre o que exatamente ele rejeita: às vezes, parece que ele rejeita apenas a “teoria moral” (argumentação moral academicista). Às vezes, contudo, ele também irá rejeitar explicitamente a utilidade da argumentação (ou reflexão) moral no cotidiano. Nesse caso, compreendemos que sua rejeição à “teoria moral” é direcionada especialmente às teorias morais acadêmicas fundacionistas. Todavia, tal rejeição é tão forte que acaba “resvalando”, inadvertidamente, na argumentação moral cotidiana.

3.1.1 As divergências entre a abordagem teórica e a abordagem pragmática

No texto “*In praise of realism*” Dworkin explica que existem duas abordagens para se descrever o raciocínio judicial: a primeira é a abordagem teórica (*theory-embedded*), pela qual a decisão judicial seria conformada por uma vasta rede de princípios derivados de regras jurídicas mais abrangentes ou diretamente da moralidade política. Nesse caso, seria impossível buscar a resposta correta para problemas jurídicos sem que a pessoa estivesse disposta a fazer uma imersão reflexiva no “vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos” (*vast over-arching theoretical system of complex principles*). A segunda abordagem prática (*practical*), que entende que a decisão judicial seria um “evento político” (*political occasion*), no sentido de constituir-se como direcionamento de esforços para solucionar um “problema prático atual” da melhor forma possível, o que exigiria do juiz uma boa capacidade de compreender as consequências das diferentes decisões possíveis de serem tomadas. Nesse caso, a economia poderia ajudar a prever essas consequências, mas a filosofia moral e política não seria de muita ajuda.

Dworkin admite que a abordagem prática parece mais apropriada para o espírito americano, enquanto que a abordagem teórica parece demasiado abstrata e metafísica para resolver problemas concretos. Todavia, o autor argumenta que é exatamente o contrário: a teórica seria não apenas “atraente”, mas também “inescapável”. Já a abordagem “prática” seria, paradoxalmente, impraticável. O autor passa, então, a explicar sua concepção teórica sobre a natureza do raciocínio judicial.

Dworkin defende que as decisões judiciais são construídas¹⁹⁴ por meio da busca por princípios que ofereçam a melhor descrição da prática jurisdicional naquela área específica. Essa busca começa “localizada”, restringindo-se à área temática mais próxima do conflito concreto (por exemplo, “responsabilidade extracontratual por fato de terceiro”). Na maior parte das vezes, precedentes localizados nessa pequena área serão suficientes para conferir uma resposta equânime e justa ao caso concreto.¹⁹⁵

Todavia, a qualquer momento, podem surgir dúvidas sobre a adequação desses “precedentes próximos” ao caso a ser decidido. Pode ser que haja algum elemento fático que suscite uma possível “distinção”; pode ser que não haja, nas “adjacências”, algum precedente suficientemente semelhante ou pode ser que a resposta “óbvia” pareça muita injusta diante de novas circunstâncias éticas e sociais. Caso isso aconteça, o juiz será impelido ao processo racional-interpretativo que Dworkin chama de “ascensão justificatória” (*justificatory ascent*), que consiste, basicamente, em buscar, em níveis cada vez mais altos de abstração normativa a confirmação ou rejeição de algum argumento particularizado. Por exemplo, da pesquisa na área de “responsabilidade civil extracontratual por fato de terceiro”, pode-se passar para “responsabilidade civil extracontratual”, e, em seguida, para “responsabilidade civil”, “direito civil”, “direito civil constitucional”, “direito constitucional” e “teoria política”.

Aqui, Dworkin explica que o raciocínio jurídico de juízes e advogados “reais” seguiria um movimento oposto ao do Juiz-Hércules¹⁹⁶: em vez de raciocinarmos do nível mais alto de abstração para o mais particular, partiríamos do nível mais concreto para níveis mais abstratos. Em outras palavras, advogados e juízes “da vida real” raciocinam de “dentro para fora” (começando de premissas particulares para noções cada vez mais abstratas), diferente da figura heroica, que raciocinaria “de fora para dentro”. Isso significa dizer que Dworkin reconhece que o raciocínio jurídico é sempre indutivo (e não dedutivo-axiomático), buscando,

¹⁹⁴ O autor usa o termo “*justified*”, que, traduzido literalmente, seria “justificadas”. Todavia, tendo em vista a popular distinção entre contexto de descoberta x contexto de justificação, o leitor poderia ser induzido ao erro de achar que a abordagem de Dworkin diz respeito tão somente ao contexto de justificação, quando, na verdade diz mais respeito ao próprio contexto de descoberta.

¹⁹⁵ “Uma afirmação acerca de um direito (...) é equivalente a uma afirmação, então que um princípio ou outro fornece uma justificativa melhor para alguma parte da prática jurídica”. DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. *Op.cit.* P. 52. Tradução nossa.

¹⁹⁶ Dworkin descreve a figura do Juiz-Hércules da seguinte forma: “Antes de se sentar em seu primeiro caso, ele poderia construir uma teoria gigantesca e abrangente, válida para todas as estações. Ele poderia decidir todas as questões pendentes de metafísica, epistemologia e ética e também de moralidade, incluindo moralidade política ... Ele poderia tecer tudo isso e tudo mais em um sistema maravilhosamente arquitetônico. Quando surgisse um novo caso, ele estaria muito bem preparado. De fora - começando, talvez, nos trechos intergalácticos de sua maravilhosa criação intelectual - ele poderia trabalhar firmemente na direção do problema: encontrar as melhores justificativas disponíveis para o direito em geral, para a prática jurídica e constitucional americana como uma espécie de direito, para a interpretação constitucional, para a responsabilização, e então, finalmente, para a pobre mulher que tomou muitos comprimidos e o homem irado que queimou sua bandeira.” DWORKIN, Ronald. *In praise of theory*. *Op.cit.* P.54. Tradução nossa.

não obstante, pretensões generalizantes. Cada decisão judicial, assim, é tomada tendo em vista a (re)construção de um edifício em que encaixem, de maneira coerente, a tradição do *common law* – ou seja, os inúmeros precedentes e eventuais estatutos legislativos que a compõem. Certamente, nem sempre seria necessário, ou mesmo possível¹⁹⁷, proceder a essa justificação cada vez mais abstrata – todavia, não haveria critério para se determinar, *a priori*, quando a *ascensão justificatória* seria convocada¹⁹⁸.

Nesse ponto, fica claro o papel da teoria no raciocínio judicial: com a passagem para níveis cada mais abstratos, o juiz poderia ser instigado a refletir naquele mais abstrato de todos, qual seja, o da filosofia moral e política, podendo implicar, inclusive, na adoção refletida de alguma concepção ética abrangente (deontologismo, ética das virtudes, utilitarismo etc.) A “teoria” que envolveria o raciocínio judicial seria, portanto, a teoria moral, entendida esta como qualquer conjunto de premissas coerentes entre si que, apoiadas em um ou alguns princípios substantivos fundamentais (igualdade, eficiência, dever etc.) fosse capaz de fornecer critérios substantivos para a decisão judicial. Por “critérios substantivos” entenda-se “princípios” que estabelecem uma ordem de valores e fins a serem perseguidos. A abordagem teórica de Dworkin, especificamente, compreende que a tradição do *common law* funda-se no mandamento da “integridade”, que, por sua vez, exige que as decisões judiciais confirmem a todos os cidadãos “igual respeito e consideração” e que sejam orientadas por “*fairness*”.

Posner, por sua vez, considerará que a teoria moral não auxilia juízes a decidirem nem os casos fáceis, nem os difíceis. Essa tese já é esboçada em “*Overcoming Law*” e “*Conceptions of Legal Theory*”, mas só é desenvolvida sistematicamente na obra “*The Problematics of Moral and Legal Theory*”. Nessa oportunidade, Posner estabelece uma “versão forte” e uma “versão fraca” da tese.

Pela versão fraca, a teoria moral não teria capacidade de auxiliar os juízes a decidir qualquer tipo de litígio. Nos casos em que o conflito moral subjacente não fosse “intenso”, tendo em vista uma ética homogeneizada, a “resposta” apareceria como “evidente” para o julgador sem que maiores reflexões interpretativas fossem demandadas, o que tornaria a teoria

¹⁹⁷ *Idem*. P. 57.

¹⁹⁸ “É claro que não quero dizer, ao chamar a atenção para a ameaça constante de ascensão justificatória, que a ameaça sempre ou mesmo muitas vezes se materializará. Na maioria das vezes isso não acontecerá, pelo menos de uma forma séria e demorada, então podemos prosseguir alegremente com base no que podemos chamar de prioridade muito local - na verdade, não examinando nossos argumentos interpretativos além dos estatutos ou casos que tratam diretamente do assunto em questão”. Mas a possibilidade está sempre lá, podendo qualquer argumento “evidente” ser desafiado “por um novo e potencialmente revolucionário questionamento de um nível superior” e não haveria “teste a priori para decidir quando será necessário realizar tal questionamento.” *Idem*. P.53. Tradução nossa.

moral desnecessária. Já os casos em que houvesse controvérsia significativa sobre a resposta adequada (normalmente o que chegam às instâncias mais altas de apelação), seriam resolvidos por várias doses de bom-senso a orientar um cálculo de custos e benefícios que pesasse não apenas consequências econômicas da decisão, mas também custos institucionais, sociais, e até emocionais.

Nesse “cálculo”, obviamente, as concepções morais/ideológicas dos juízes teriam peso relevante, não sendo possível “modificá-las” por meio da reflexão moral acadêmica. Em outras palavras: Posner não nega a existência da “moral” e o peso que esta tem na adjudicação. Nega, todavia, que a teoria (filosofia) moral, enquanto corpo teórico que pretenda *ensinar* a alguém a obter a resposta “moralmente correta” por meio de referência a um sistema coerente de premissas cada vez mais abstratas que resultam em axiomas de moralidade, tenha qualquer relevância prática no modo como os juízes constroem suas crenças morais e, portanto, qualquer relevância prática para a adjudicação.

Essa afirmação parece um tanto quanto chocante, em um primeiro momento: então Posner acharia que Locke, Rosseau, Montesquieu, Bentham, Mill, Rawls, não teriam influenciado o pensamento de nenhum juiz? Nesse ponto, Posner esclarece que existe uma diferença entre “reflexão moral acadêmica” (aquela realizada nas aulas de filosofia, sociologia e ética das universidades) e “empreendedorismo moral”: este último teria, sim, papel relevante na conformação da decisão judicial, já que as concepções morais dos juízes concretos seriam formadas, em bom grau, pela “propaganda moral” a que são submetidos a todo momento. Para Posner, as concepções morais não são construídas por meio de reflexão racional-argumentativa, mas sim por processos emocionais largamente inconscientes (inclusive, o autor também parecer aderir à corrente filosófica que entende que a moral tem fortes componentes estéticos¹⁹⁹). Nesse caso, quaisquer eventuais “mudanças” nas concepções morais de um indivíduo ou seriam devidas aos eventos concretos na sua vida (por exemplo, modificação de circunstâncias materiais), ou ao discurso passional dos empreendedores morais.²⁰⁰ A moral, para Posner, *existe*, mas não pode ser construída, controlada e nem modificada por reflexão teórica.

¹⁹⁹ Posner costuma usar termos estéticos em contextos em que está em discussão algo relacionado à moralidade. Por exemplo: “nojento” (*disgusting*) (The Problematics of Moral and Legal Theory, *op. cit.* P. 1644) e “desagradável” (*distasteful*) (“Can markets corrupt social values?”, *op. cit.*).

²⁰⁰ “E pense em como adquirimos nossos pontos de vista morais. Nós os adquirimos principalmente na infância, quando a instrução moral que apela à razão fica em segundo plano em relação ao exemplo, experiência e religião dos pais. Uma vez enraizada em nós, a moralidade é difícil de mudar. Às vezes é mudada, mas por um tipo muito diferente de advocacia moral que aquela praticada pelo moralista acadêmico - pelo que chamo de “empreendedor moral”. Os empreendedores morais tipicamente tentam mudar as fronteiras do altruísmo, seja ampliando-as, como no caso de Jesus Cristo e Jeremy Bentham, ou estreitando-as, como no caso de Hitler. Eles não fazem isso

Por isso, um procedimento racional-argumentativo que envolvesse reflexões morais em níveis super abstratos – tal como a *ascensão justificatória* de Dworkin – seria um engodo. Os casos mais “complexos” moralmente – ou seja, aqueles em que se exigissem *ascensão justificatória* – seriam justamente os casos em que nenhuma reflexão filosófica poderia fornecer ao juiz uma “resposta objetivamente correta”. Por outro lado, os casos em que fosse possível visualizar essa “resposta objetivamente correta”, seriam justamente aqueles em que fosse desnecessário maiores inquietações filosóficas, uma vez que o senso moral razoável apontaria claramente para uma decisão.

O senso moral “razoável” adviria, por sua vez, do compartilhamento linguístico de uma ética predominante na sociedade. Ou seja: de um lado, a teoria moral não conseguiria justificar a opção por uma ou outra solução nos casos em que o juiz realmente precisasse de “ajuda” para decidir, quais sejam, aqueles casos em que houvesse uma forte disputa ética na sociedade. Por outro lado, nos casos em que a filosofia moral lograsse justificar a opção por uma, dou outra decisão, seriam justamente os casos em que o juiz não precisaria de qualquer auxílio da teoria moral para decidir em virtude da existência de uma ética homogeneamente partilhada.

Mas isso não significa dizer, para Posner, que o juiz decidirá casos intensamente conflituosos, do ponto de vista moral, de maneira absolutamente discricionária ou motivado tão somente por suas crenças morais-ideológicas.

Posner considera que um bom juiz poderá utilizar-se de outras ciências (ciências sociais, economia, psicologia etc.) para compreender de maneira os fatos do caso e prever as consequências das possíveis decisões. Muitos casos desse tipo, diz o autor, só são tão conflituosos por falta de informações “técnicas” adequadas. A sugestão, portanto, que é as ciências naturais ou sociais consigam “esclarecer os fatos” que circundam a controvérsia de modo a diluir a intensidade do conflito moral.

Por exemplo, em eventual litígio cuja discussão estivesse centrada em torno do padrão de “nexo causal” para imputação de responsabilidade extracontratual em razão evento

com argumentos, ou pelo menos com bons argumentos (...) Eles nos ensinam a amar ou odiar quem eles amam ou odeiam. As técnicas de persuasão racional, incluindo proeminentemente o exemplo de seu modo de vida, que os empreendedores morais empregam, não fazem parte do equipamento normal dos estudiosos. Mais precisamente, devo dizer “da vasta maioria dos estudiosos”; pois há exemplos de empreendedorismo moral na academia moderna, mesmo na academia jurídica moderna, o exemplo notável sendo Catharine MacKinnon (...) Uma boa parte do comportamento moral e imoral é explicável sem levar em conta as categorias morais. Isso sugere que a teoria moral pode não ter um grande domínio. Pode ser pouco mais do que um amálgama primitivo de psicologia, sociologia, economia e biologia. E o discurso moral pode, em grande medida, ser uma mistificação enraizada no desejo de nos sentirmos bem com nós mesmos - sentir que somos mais do que apenas macacos com cérebros grandes, que somos especiais o suficiente para que Deus tenha um interesse particular por nós.” POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op. cit.* 1666-1667. Tradução nossa.

danoso em que fosse possível estabelecer tão somente os potenciais causadores do dano, uma abordagem dworkiniana poderia exigir uma *ascensão justificatória* para que o julgador fosse conduzido à disputa ética entre uma concepção solidarista ou individualista acerca de tal padrão. Por uma concepção solidarista, deveria prevalecer uma concepção denexo causal que facilitasse a imputação de responsabilidade entre os potenciais causadores do dano; para uma concepção individualista, se a vítima não conseguisse indicar precisamente o autor do fato que ocasionou o dano, não teria direito a reparação.

Um juiz pragmático poderia “desviar” do debate entre posições solidaristas ou individualistas com recurso à investigação científica dos fatos – por exemplo, empregando métodos sofisticados de estatística para tentar aferir, por probabilidade, quem teria sido o autor do dano. Certamente, saber se alguém deve ser condenado com base em uma “probabilidade estatística” também é, em si, uma decisão moral acerca do padrão de aferição do “nexo de causalidade” para fins imputação de responsabilidade civil. Todavia, se essa estatística indicasse 99,99999% de chances de o autor do dano ser “X”, é plausível supor que poucos juízes se sentiriam compelidos a fazer reflexões filosóficas sobre nexo causal, risco do negócio, solidariedade, etc. Ou seja: se Dworkin assume que a *ascensão justificatória* será empreendida apenas na medida em que o juiz se sentir “provocado” a isso, é difícil imaginar que muitos juízes se sentiriam “provocados” a fazer um arrazoado teórico sobre a “moralidade de se confiar nas estatísticas”. O caso, então, deixaria de ser “difícil” porque a disputa moral entre liberais e comunitaristas seria dissolvida por um “esclarecimento” fático.

Posner sugere que a academia seria muito mais útil para os juízes se, em vez de publicar tratados e mais tratados de filosofia moral, passasse a se concentrar em responder perguntas relacionadas aos fatos do caso e às consequências que provavelmente adviriam das decisões²⁰¹⁻²⁰². Ainda assim, Posner reconhece que nem sempre o mero “esclarecimento” dos

²⁰¹ Posner fornece alguns exemplos: “o que os estudiosos podem fazer - mas isso não deve nada à teoria moral - é criticar os códigos morais, mostrando que carecem de funcionalidade, eficiência instrumental ou racionalidade. Dei alguns exemplos antes; aqui estão mais dois. Um cientista social pode apontar que as normas contra a poligamia e a homossexualidade são funcionais em sociedades que valorizam (por razões práticas, seja adicionado) o casamento por companheirismo, mas são anacrônicas quando, como pode estar acontecendo nas nações ricas hoje, a sociedade afasta-se do casamento de companheirismo. Ou ele pode apontar que, embora o tipo de código de “honra” que promova a vingança encontrado na Grécia homérica e em outras sociedades primitivas, e no sul e oeste americano no século XIX, é funcional em sociedades em que o estado é muito fraco, sua sobrevivência em partes do moderno sul americano é disfuncional, causando mais violência do que dissuasão. Eu gostaria de ver um tipo totalmente diferente de teorização constitucional.” Ver: POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op.cit.* P. 1668. Tradução nossa.

²⁰² Em outro texto, fornece ainda mais exemplos diretamente relacionados a teoria do direito constitucional: Ela faria perguntas tais como: que diferença fez para a liberdade de imprensa e as práticas policiais nos Estados Unidos, em comparação com a Inglaterra, o fato de termos uma Declaração de Direitos com força jurídica e a Inglaterra não? Até que ponto os juízes, em controvérsias constitucionais, são influenciados pela opinião pública? Até que ponto a opinião pública é influenciada pelas decisões constitucionais? As questões

fatos e a previsão das consequências da decisão seria suficiente para fornecer aos juízes maior convicção sobre a decisão a ser tomada. Nesse caso, sugere que os juízes pratiquem a autocontenção e evitem posturas ativistas. Quando, todavia, um sentimento de “indignação” (*outrage*) diante da solução conservadora (não ativista) for intenso, o juiz não apenas poderia – mas também *deveria* – julgar contrariamente ao “*status quo*” e inovar no ordenamento²⁰³. Desse modo, haveria um “lugar para a consciência” na abordagem prática de Posner. Por “consciência” entenda-se: “sentimentos morais”, tais como repulsa, indignação e altruísmo.

Posner reforça a premissa central da sua tese (tanto da versão forte, quanto da versão fraca) ao lembrar que nenhum dilema moral, ao longo da história, obteve “solução” teórica²⁰⁴ ou pelo menos “progresso” no debate. Isso indicaria que: ou inexistiu uma “Verdade Moral” sobre esses temas, ou as ferramentas classicamente utilizadas para resolvê-los – leia-se: filosofia moral – são ineficientes para a tarefa²⁰⁵. Também argumenta que conhecimento e

constitucionais estão se tornando mais complexas e, em caso afirmativo, o que os tribunais estão fazendo para se manter a par dessas complexidades? A revisão judicial ativista dos atos legislativos gera estatutos constitucionalmente ambíguos por permitir que os legisladores transfiram batatas quentes políticas para os tribunais? Qual é o efeito do ativismo judicial na carga de trabalho judicial e há um ciclo de feedback aqui, o ativismo produzindo cargas de trabalho pesadas que, por sua vez, fazem com que os juízes sejam contidos a fim de reduzir o número de casos e, assim, aliviar as pressões da carga de trabalho? O Tribunal tenta impedir a formação de grupos de interesse que possam obter emendas constitucionais que restringem o poder do Tribunal ou revogam algumas de suas doutrinas, ou encoraja a formação de grupos de interesse que irão defender as prerrogativas do Tribunal? E que papel os grupos de interesse desempenham na elaboração e alteração da constituição? Na nomeação de juízes do Supremo Tribunal Federal? Na recepção das decisões do Supremo Tribunal pela mídia e, por meio dela, o público? Acima de tudo, quais são os efeitos reais e prováveis de decisões e doutrinas específicas? *Brown v. Board of Education* melhorou a educação dos negros? *Roe v. Wade* retardou a reforma da lei do aborto em nível estadual? Qual foi o efeito dos casos de rateio nas políticas públicas? As decisões do Tribunal de Warren ampliando os direitos constitucionais dos réus criminais contribuíram para o aumento do índice de criminalidade nas décadas de 1960 e 1970 e provocaram um retrocesso legislativo, aumentando a severidade das sentenças? Essas questões não foram totalmente ignoradas, mas a literatura sobre elas é escassa e os professores de direito contribuíram muito pouco para isso. Ver: POSNER, Richard. *Against Constitutional Theory*. *Op.cit.* P. 11. Tradução nossa.

²⁰³ “Algumas questões constitucionais e outras questões legais não podem ser resolvidas dessa forma, e então o juiz tem duas opções. Uma é dizer que se a opinião pública está dividida em uma questão moral, os juízes devem se recusar a intervir, devem deixar a resolução para o processo político. A outra é dizer, com Holmes, que embora este seja normalmente o caminho certo a seguir, de vez em quando uma questão em que a opinião pública está dividida excitará tanto as emoções morais do juiz que ele simplesmente não terá estômago para aceitar a solução política que foi contestada por razões constitucionais, e sentiria que rejeitar tal desafio seria imoral. Essa é a posição em que o primeiro Juiz Harlan se encontrou em *Plessy v. Ferguson* e na qual Holmes se encontrou de vez em quando - mostrando que os cétricos morais, os relativistas morais, têm as mesmas emoções morais que todos os outros e diferem apenas em não pensar que desacordos morais podem ser resolvidos por raciocínio moral.” POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op.cit.* P. 1708. Tradução nossa.

²⁰⁴ “Dilemas morais é o termo usado para descrever uma controvérsia moral que a teoria moral não consegue resolver. Quando foi a última vez que um dilema moral foi solucionado? A teoria moral é como um sistema de matemática que nunca conseguiu progredir além de simples adições.” *Idem.* P. 1673. Tradução nossa.

²⁰⁵ “A argumentação moral é uma ferramenta intelectual muito fraca para modificar as convicções morais. (Aqui pode ser onde Dworkin e eu discordamos crucialmente.) Vinte e cinco anos de debate inconclusivo sobre a moralidade política das leis anti-aborto ilustram as limitações da argumentação para resolver o debate moral. Isso não mostra que não há verdades morais, pois há debates científicos não resolvidos mais antigos do que o debate sobre o aborto, mas, sem dúvida (ou assim eu argumentaria), existem verdades científicas. A aparente

capacidade argumentativa (necessário para a filosofia moral) não fazem com que alguém se torne uma pessoa virtuosa e tendente a tomar decisões “corretas” do ponto de vista moral. Ao contrário: o “treino” intelectual poderá ter o efeito reverso e fazer com que a pessoa “imoral” (ou seja, a pessoa que contrarie o padrão de moralidade social) adquira tão somente a capacidade de justificar suas ações com base em teorias morais não-*mainstream*. A filosofia moral, assim, forneceria “armas conceituais” para que qualquer posição “imoral” pudesse ser defendida sob o ponto de vista de alguma perspectiva teórica. Posner sugere, então, que Sócrates não estava certo ao supor que a imoralidade nasce na ignorância e pode ser corrigida pelo exercício da reflexão, já que, na sua visão, os acadêmicos moralistas (filósofos morais) não são propriamente grandes exemplos de heroísmo e virtude²⁰⁶. Em última instância, “o objetivo do moralismo acadêmico não é realmente nos tornar pessoas melhores; o objetivo do moralismo acadêmico é guarnecer as muralhas e reunir tropas para defender os grupos em que estamos divididos.”²⁰⁷

Essa versão “fraca” da tese de Posner, que diz respeito especificamente ao papel da teoria moral no raciocínio judicial, só pode ser bem compreendida em referência aos seus pressupostos epistemológicos, que correspondem aos próprios argumentos que embasam a “versão forte” da sua tese.

Pela versão forte, a teoria moral seria incapaz de fornecer uma “base sólida para quaisquer julgamentos morais” (jurídicos, ou não). Nesse ponto, percebe-se que Posner

interminabilidade do debate sobre o aborto - não apenas a falta de resolução, mas a falta de qualquer progresso em direção a uma resolução (quero dizer, uma resolução intelectual, não política) - mostra apenas que a moralidade (ou imoralidade) do aborto não é uma das verdades morais ou que não temos as ferramentas para determinar se é uma delas.” POSNER, Richard. *Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin*. *Op.cit.* P.382. Tradução nossa.

²⁰⁶ “Os filósofos morais modernos não são videntes, profetas, santos ou mesmo rebeldes. Eles são profissionais e seus valores morais são os de seu conjunto profissional. Especificamente, eles são professores de humanidades e seus valores morais são semelhantes aos de outros professores de humanidades. Os valores morais são regras de cooperação social adaptadas à sociedade ou subcultura particular em que a pessoa se encontra. A filosofia moral tornou-se tão profundamente profissionalizada quanto a contabilidade. O filósofo moral moderno é um acadêmico vitalício: ele nunca sai da escola. (É estranho pensar que as pessoas que nunca saíram da escola devam ser os preceptores morais da sociedade.) Ele não corre riscos profissionais até conseguir a estabilidade. Depois disso, ele assume poucos riscos profissionais; ele nunca corre nenhum risco pessoal sério. Ele vive uma vida burguesa confortável, talvez com um toque boêmio. Ele pensa como alguém de esquerda e vive como conservador, ou pensa como alguém conservador e vive como conservador. Não pretendo criticar. Eu gosto de pessoas acadêmicas; Eu me considero basicamente um deles; Eu sou tão pouco heróico quanto eles; Eu sou o mesmo tipo de burguês confortável. Só não acho que eles (que nós) sejam uma fonte provável de empreendedorismo moral. Os filósofos morais modernos não são inovadores morais, e tampouco são heróis morais, ou os criadores de tais heróis. Sendo professores e intelectuais, os filósofos morais exageram a importância da instrução, análise, cultura e inteligência para o aperfeiçoamento moral e comportamento moral.” *Idem*. Tradução nossa.

²⁰⁷ *Idem*.

desconsidera a relevância não apenas das teorias morais acadêmicas, mas da própria *argumentação moral*, mesmo aquela empreendida por indivíduos “comuns” no cotidiano.

Ora, conflitos morais só seriam “conflitos” justamente por não haver um mínimo consenso ético-linguístico sobre a resposta moral adequada para a situação. Esse consenso, por sua vez, seria a única base pela qual a decisão moral poderia ser verificada como “certa” ou “errada”. Ou seja: uma decisão que envolvesse conflitos morais só poderia ser considerada “certa” ou “errada” em relação ao jogo de linguagem comunitário que a envolveria. Se, dentre desse próprio jogo de linguagem, não há consenso sobre a decisão adequada (ou seja, sobre a resposta moralmente correta), também não haverá qualquer ponto de referência externo aos sujeitos que poderá servir como “parâmetro” de adjudicação. Em outras palavras, em uma discussão de duas pessoas, cada uma terá sua própria “opinião” (ou “verdade moral subjetiva”) e não haverá um “terceiro imparcial” (no caso, o jogo de linguagem intersubjetivamente partilhado) que poderá arbitrar quais das verdades morais subjetivas também é verdadeira diante daquela comunidade ética. Nesse ponto, Posner admite que respostas morais “objetivamente corretas” seriam apenas aquelas oriundas de um entendimento ético suficientemente consensual,²⁰⁸ afirmando ainda que: “Eu não acredito em entidades metafísicas, mas eu realmente acredito na existência da verdade (com ‘v’ minúsculo).²⁰⁹” Por isso, o autor atribui à sua concepção certo sentido de “relativismo moderado.”²¹⁰

Todavia, o autor também afirma estar de acordo com os “realistas morais intermediários” (como Dworkin e Nagel)²¹¹ na percepção de que existiriam princípios morais

²⁰⁸ “Não sou um cético moral, isto é, alguém que acredita que a verdade moral é incognoscível. É um fato moral de nossa sociedade, e de sociedades como a nossa, que o infanticídio é imoral, a menos que, talvez, o bebê seja acéfalo ou seja profundamente defeituoso; mas vamos imaginar um bebê normal. Qualquer pessoa que praticasse infanticídio (assim definido) em nossa sociedade seria confiantemente julgado imoral por quase todos que alguém pudesse perguntar, e se ele alegasse que o infanticídio era permitido por sua moralidade privada, a ênfase recairia na palavra “privada”. Com relação a tal afirmação, posso até me considerar uma espécie de realista moral, acreditando que há um “fato moral”, embora apenas um fato moral local, da mesma forma que a frase “Está 35 graus Fahrenheit em Chicago hoje” afirma um fato moral local.” *Idem*. P. 1643. Tradução nossa.

²⁰⁹ DOMNARSKI, William. **Richard Posner**. *Op.cit.* 252.

²¹⁰ “Se o relativismo moral significa que os critérios para pronunciar uma afirmação moral válida são locais, isto é, são relativos ao código moral da cultura particular em que a afirmação é apresentada, de modo que não podemos chamar outra cultura de “imoral” a menos que adicionemos “ por nossas luzes, “então eu sou um relativista moral. Mas não abraço o “relativismo vulgar” que ensina, contraditoriamente, que temos o dever moral de tolerar culturas que têm visões morais diferentes das nossas. Nem sou um relativista moral no sentido de “vale tudo”, descrito com mais precisão como subjetivismo moral e discutido a seguir”. POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op.cit.* 1642. Tradução nossa.

²¹¹ Posner também rejeita expressamente o “realismo moral” em sentido “forte” (metafísico) e em sentido “intermediário” (o realismo moral das “respostas corretas” de Dworkin e Nagel): o primeiro, em razão da inexistência de uma entidade moral material que possa servir como padrão ideal para o teste da veracidade da assertiva moral concreta (padrão de verdade como correspondência), uma vez que baseia-se na fé; o segundo, em razão da inexistência de um consenso ético-linguístico em relação ao objeto da disputa moral. *Idem*. P. 1649.

“universais”, afirmando que esses princípios seriam oriundos da necessidade de cooperação social para sobrevivência. Todavia, ao contrário dos “realistas morais intermediários”, Posner nega que existam “respostas corretas” em âmbito universal para qualquer conflito moral *interessante* ou *relevante*²¹², já que seria impossível extrair-se de normas morais “universais”, por meio de derivação, conteúdo suficientemente específico para solucionar os conflitos morais mais intensos. Quanto mais abstrato, maior será a possibilidade de um princípio moral obter o selo de “objetivamente correto”. Quanto mais concreto (ou seja, densificado em razão das circunstâncias materiais), menos “objetividade” será reconhecida ao princípio.

O humanista laico e o mais velho dos mórmons concordam que o genocídio, a escravidão e a tortura de bebês são errados, mas não há nada de interessante, ou mesmo de relevante, nessa concordância, pois ela não pode ser ampliada para abarcar questões morais controversas. Dworkin, ao contrário, acredita que demonstrar que a moralidade é uma dimensão independente e específica da nossa experiência, e que há um amplo acordo sobre certas proposições morais, ajuda-nos a solucionar controvérsias morais. Contudo, isso não ajuda em nada, como nós descobriríamos rapidamente caso perguntássemos a um sérvio se os sérvios cometeram genocídio na Bósnia, ou caso perguntássemos a um pró-vida se o aborto é uma forma de tortura de bebês.²¹³

Desse modo, Posner adere a um “ceticismo moral” (rejeitando expressamente o “ceticismo epistemológico”) no sentido fraco de quem simplesmente duvida da possibilidade de se fazer julgamentos objetivos acerca das assertivas que *mais interessam* aos filósofos morais, já que a intensidade do consenso sobre um princípio moral seria inversamente proporcional à capacidade deste mesmo princípio em solucionar algum problema moral concreto.²¹⁴

²¹² “Mesmo sem qualquer base metafísica, poderia haver uma lei moral universal no sentido de um conjunto de princípios que todos os adultos capazes, sempre e em toda parte, reconhecessem como deveres, e dos quais soluções para questões morais específicas poderiam talvez ser deduzidas ou derivadas de outra forma convincente. Poderia ser; mas não parece haver uma lei moral universal que não seja uma tautologia (como “Não mate”) nem uma abstração (como “Não minta o tempo todo”) muito elevada para tocar o solo e resolver uma questão moral, isto é, uma questão moral sobre a qual há desacordo. As emoções morais são universais; mas, como veremos, eles não têm conteúdo moral.” P. 1650.

²¹³ POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. P. 1656. Tradução nossa.

²¹⁴ “O mesmo ato físico - matar outro ser humano, por exemplo - pode ser inquestionavelmente moral em algumas circunstâncias e inquestionavelmente imoral em outras. Aborto é aborto quer a vida da mãe esteja em perigo ou ela simplesmente não queira ter outra menina, mas isso não quer dizer que a moralidade do aborto seja a mesma nos dois casos. Transformar cativos em escravos quando a única alternativa seria matá-los não tem a mesma valência moral de um sistema de escravidão. O infanticídio tem uma valência moral diferente em uma sociedade à beira da inanição do que em uma sociedade que possui os recursos materiais para sustentar todos os bebês. Frequentemente, é possível mostrar que a prática de uma sociedade é inconsistente com suas premissas - a prática pode ser sacrificar virgens para evitar a seca, e pode ser mostrado que o sacrifício não teve efeito sobre a probabilidade de uma seca.” POSNER, Richard. *Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin*. *Op.cit.* p. 383.

Dworkin refuta todos os argumentos desenvolvidos por Posner para embasar tanto a “versão forte”, quanto a “versão fraca” de sua tese.

Para começar, Posner estaria equivocado quando afirma as convicções morais são frutos tão somente de uma mistura entre instintos, emoções e ideologias apreendidas ao longo da vida, excluindo totalmente o papel que a reflexão teórica possui na formação da convicção moral. Dworkin reconhece que algumas pessoas, de fato, não terão nenhuma disposição para refletir filosoficamente sobre suas próprias crenças morais. Todavia, outras pessoas sentiriam “necessidade” de submeter suas próprias convicções a testes reflexivos, de maneira a eliminar inconsistências e torná-las “convincentes” (*sound*)²¹⁵. Mesmo que Posner estivesse correto ao dizer que é impossível convencer alguém a modificar suas concepções morais por meio de uma reflexão teórica, isso não implicaria na “inutilidade” da filosofia moral, já que as pessoas raciocinariam moralmente não só para convencerem os outros, mas para se autoconvencerem também. Ademais, muitas pessoas utilizam os conceitos e organização do pensamento teórico para justificarem suas condutas e decisões para outras pessoas, como um ato de respeito e consideração, ainda que não haja pretensão de convencê-las a “mudar de opinião.”²¹⁶ Por fim, muitas pessoas buscam espontaneamente (ou seja, sem “obrigação acadêmica”) conhecimento sobre filosofia moral para obter uma inspiração sobre como viver suas próprias vidas e como justificar-se diante da comunidade, sendo que “tal desejo explica por que o filosofia moral de melhor qualidade tem sobrevivido por séculos e até mesmo milênios.”²¹⁷

²¹⁵ “Quase ninguém, exceto alguns filósofos da “metaética”, se preocupa com o status filosófico dessas opiniões. Poucas pessoas se perguntam se suas convicções são sustentadas por fatos que independem da mente ou se são apenas projeções de emoções em um mundo moralmente neutro. Mas muitas pessoas se preocupam se suas convicções são sólidas: elas pensam que é muito importante chegar à verdade sobre essas questões e agir com base nessa verdade. Elas querem refletir sobre suas convicções e se certificar de que essas convicções não são inconsistentes com os princípios mais gerais ou ideais que endossam em outras ocasiões ... É verdade, muitas outras pessoas não tem paciência para esse tipo de reflexão: elas sabem o que pensam e não desejam ser incomodadas com dúvidas ou sugestões de que são inconsistentes ou carecem de princípios. Eles não querem nenhuma “teoria” antes de marchar, votar ou guerrear, e ridicularizam aqueles que a desejam. Posner se posiciona ao lado dessas pessoas, mas ele não deve interpretar mal os motivos e suposições de pessoas mais reflexivas.” DWORKIN, Ronald. Darwin’s New Bulldog. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006. P. 79. Tradução nossa.

²¹⁶ “Ele presume que o único motivo deles é convencer todos os outros no mundo de que estão certos e, repetidamente, diz que a discordância prova que a teoria moral falhou. Mas isso é um pensamento muito grosseiro... Pessoas reflexivas querem se satisfazer. Eles também querem satisfazer outras pessoas, cujos interesses são afetados pelo que fazem, que estão agindo com convicção refletida e com integridade. Por isso, procuram explicar as suas convicções de uma forma a mostrar reflexão, sinceridade e coerência, mesmo quando não têm esperança de converter os outros a essas convicções ... (...) As pessoas recorrem a estas fontes não com a expectativa de encontrar respostas definitivas - eles sabem que as fontes irão discordar entre si - mas para testar rigorosamente suas convicções, para ter novas ideias se eles acharem que suas convicções precisam ser reparadas e, muitas vezes, para obter orientação teórica que eles poderão seguir para reformular suas opiniões de maneira a obter convicções mais perspicazes e fundamentadas.” *Idem*. P.80. Tradução nossa.

²¹⁷ *Idem*. P.83. Tradução nossa.

Portanto, Dworkin identifica que a reflexão moral ocorre cotidianamente, sempre que alguém se questiona sobre a justiça e moralidade de suas próprias condutas ou exige tal justificação dos outros. O raciocínio moral acadêmico teria, assim, a mesma natureza do raciocínio moral cotidiano, sendo a diferença entre ambos apenas uma questão de “grau” – no caso, de grau de abstração e na capacidade de sistematização conceitual obtidos pela *ascensão justificatória*²¹⁸.

O raciocínio judicial em casos moralmente conflituosos, por sua vez, também teria a mesma natureza do raciocínio moral cotidiano e do raciocínio moral acadêmico, pois também conteria uma disputa moral como centro, sendo exigido que o juiz pelo menos “se esforçasse” para conferir a decisão mais íntegra ao caso. Desse modo, diz Dworkin, se os juízes efetivamente enfrentarem questões morais no julgamento de casos moralmente conflituosos, a sugestão de Posner de “ignorar-se a teoria moral” seria comparável à sugestão de alguém que tenta resolver um problema de matemática com um “abridor de lata”.

Pior ainda seria o “conselho” dado por Posner à juízes e advogados que diz respeito à busca pela solução jurídica que “funciona”, sem necessidade de recurso à concepção ética abrangente que subjaz às alternativas. Dworkin comenta, com ironia, que esse conselho faz sentido se seu carro pifar na estrada no meio da noite e você tiver que testar várias coisas aleatoriamente para ver se ele volta a funcionar. Todavia, se você é um cosmólogo em busca de respostas sobre o movimento dos astros, não faz sentido dizer para abandonar a teoria e simplesmente vê “o que funciona”. “É desconcertante ouvir que não devemos nos preocupar com a verdade quando é exatamente isso com o que você se preocupa”, diz o autor.

A questão é saber, todavia, o que realmente um juiz busca ao decidir um conflito: conhecer a “verdade” ou “resolver um problema”? Caso seja “conhecer a verdade”, então o raciocínio jurídico é mais parecido com o raciocínio do cosmólogo do que do indivíduo azarado cujo carro quebrou no meio da madrugada na estrada. Caso seja “resolver um problema”, talvez o raciocínio jurídico tenha mesmo algo de semelhante com “testes aleatórios” para ver o que “funciona”. Voltaremos a esse ponto no tópico 5.2.4 (tópico tese).

Recapitulando, o argumento de Dworkin pode ser resumido do seguinte modo: o raciocínio judicial envolverá, em alguns casos, conflitos morais profundos, sendo adequado

²¹⁸ “Ele pensa que a diferença entre o raciocínio moral que as pessoas praticam no cotidiano e a teoria moral, que é praticada apenas por uma casta de acadêmicos desocupados, é uma diferença de tipo. Mas a diferença pode ser defendida, se for o caso, apenas como uma indescritível questão de grau (...) em convicções mais precisas e mais bem fundamentadas. Descrevi esse processo de reflexão como uma “ascensão justificatória”. É impossível para alguém estipular de antemão, por meio de alguma distinção a priori entre “raciocínio” e “teoria”, até que ponto o processo de ascensão deve continuar: deve continuar até que o quebra-cabeça ou conflitos que o motivaram tenham sido resolvidos e esse ponto não seja conhecido de antemão. Portanto, é em princípio impossível dizer onde termina o julgamento moral e começa a teoria moral.” *Idem*. P. 78. Tradução nossa.

consultar a “teoria moral” para solução, pois, ainda que eventualmente o produto da reflexão moral (ou seja, a decisão) não consiga “convencer” as partes, o agente moral tende a buscar coerência e consistência por “vontade própria”, seja ao decidir litígios, seja ao decidir sobre questões do cotidiano.

Posner irá contestar todas as etapas desse argumento, afirmando que não há uma conexão obrigatória entre direito moral; que, ainda que houvesse, nunca há “concordância” sobre a decisão moralmente correta em conflitos morais profundos, o que significa que a teoria é mesmo inútil; e, finalmente, que nem no cotidiano, nem no âmbito acadêmico, e muito menos no âmbito judicial, os agentes buscam a teoria moral pelo menos para fins de “autoconvencimento” – até porque, se buscassem, não iriam conseguir obter tal proveito. Alguns desses pontos já foram explorados nas páginas anteriores. Nesse momento, nos debruçaremos sobre a existência (ou não) de uma conexão entre direito e moralidade; a “natureza” da reflexão moral nos âmbitos cotidiano, acadêmico e judicial e, finalmente, a sobre “conceito” de “utilidade” para fins de caracterização da teoria moral como “útil” ou “inútil”.

Os argumentos iniciais de Posner para afastar uma conexão obrigatória entre o direito moral são os clássicos “nem tudo que importa para a moral é tutelado juridicamente” e “nem tudo que é regulado juridicamente importa para a moral”²¹⁹⁻²²⁰. Posner comete um “ato falho” nesse ponto. Após recusar que a premissa de que o conteúdo do direito seja integralmente fornecido pela “moral”, o autor parece reconhecer que existe algum papel para a reflexão moral na decisão judicial ao dizer que: “considerações oriundas da teoria moral e

²¹⁹ “Muitos princípios morais não têm respaldo do direito. Mentir não é um delito ou crime, e a caridade não é um dever legal. A lei é indiferente à maioria das quebras de promessa. A sedução não é mais um delito na maioria dos estados, e o adultério foi, na prática, quase totalmente isento de sanções jurídicas. Por um lado, então, o direito, em geral, não impõe moralidade. Por outro lado, a lei proíbe ou impõe sanções a muitas condutas moralmente indiferentes, como fixação de preços, negociação de valores mobiliários com base em informações privilegiadas, contratação de estrangeiro ilegal quando não há mais ninguém disponível para fazer o trabalho, dirigir com o cinto de segurança desapertado, quebrar um contrato voluntariamente ou infligir ferimentos no decorrer de uma atividade perigosa, mas socialmente necessária, mesmo que o ferimento só pudesse ser evitado com a interrupção da atividade. Pode-se dar razões para as leis que impõem sanções a esses comportamentos, mas as razões não devem nada a intuições morais ou teorias.” POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op.cit.* P.1694. Tradução nossa.

²²⁰ “Dworkin argues: ‘[Não] temos escolha a não ser pedir [aos juízes] para confrontarem questões que, de tempos em tempos, são filosóficas. A alternativa não é evitar a teoria moral, mas manter seu uso obscuro.’ Substitua ‘professores’ por ‘juízes’, ‘pedagógico’ por ‘filosófico’ e ‘educação’ por ‘moral’ - de modo que a passagem diga: ‘[Não] temos escolha a não ser pedir [professores] para confrontar as questões que, de vez em quando, são pedagógicas. A alternativa não é evitar a teoria da educação, mas manter seu uso obscuro’ - e o vazio da afirmação real de Dworkin torna-se evidente (...) É pior do que vazio. É enganoso. Sugere que as questões morais são inevitáveis na prática da adjudicação. Eles não são. Se estou certo de que não há conexão necessária ou orgânica entre o direito e a moralidade, os juízes não precisam tomar partido nas questões morais porque a rejeição do positivismo legal cria a necessidade, ou porque a lei e a moralidade são contínuas, ou porque a moralidade fornece ao direito seu conteúdo, ou porque os juízes foram instruídos a aplicar a lei moral.’. POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op.cit.* P.1698. Tradução nossa.

destinadas a iluminar controvérsias morais são apenas uma espécie de considerações normativas que são potencialmente relevantes para a decisão.”²²¹

Depois, passa a defender que nem mesmo em situações onde, aparentemente, a norma jurídica assume a perspectiva de alguma norma moral, haverá, realmente, alguma questão moral envolvida. A lei adotaria uma linguagem moral por razões que não dizem necessariamente respeito à tutela da moralidade – por exemplo, por questões de origem, para “impressionar” e para facilitar a compreensão dos leigos. Posner até admite que existiria uma sobreposição parcial das esferas jurídicas e moral, considerando, todavia, que tal sobreposição seria muito restrita para que se pudesse cogitar um alinhamento entre os dois mecanismos de controle social, nos moldes do que ocorre em nações islâmicas, como o Irã e o Paquistão. “Nesse caso, Dworkin e seus aliados são o Talibã do pensamento jurídico ocidental”, conclui.

Ademais, Posner diz os tribunais apenas camuflariam decisões pragmáticas sob uma linguagem moral. Nesse caso, Dworkin teria feito uma leitura equivocada de vários julgados que utiliza para exemplificar o processo ascensão justificatória. O famoso caso de “herdeiro assassino”, por exemplo, não seria explicado por algum princípio moral assumido pela tradição, já que não haveria qualquer disputa moral em questão:

Todo mundo concordava que o neto havia agido de maneira imoral e que, de acordo com princípios morais sólidos, ele não deveria ser recompensado. A controvérsia era a respeito de a imoralidade, nos termos da legislação sobre testamento, a qual não menciona a hipótese de um herdeiro assassino, servir como um óbice jurídico à pretensão dele de herdar. A resposta foi que ela era um óbice jurídico. Nenhuma inferência poderia ter sido feita com base na falha do legislador em inserir a matéria no texto da lei, pois o legislador não previu essa hipótese. Interpretar a lei como se ela conferisse aos assassinos o direito de herdar de suas vítimas seria desrespeitar a intenção dos testadores, o principal interesse protegido pela lei; seria uma interpretação estúpida. Portanto, eu repito: não havia controvérsia moral no caso Riggs. A controvérsia era saber se uma interpretação adequada da legislação sobre testamentos, adequada no sentido não-moral de ser compatível com alguma concepção de intenção do legislador, permitia aquele resultado moral.²²²

Entendemos que o exemplo é falacioso. De fato, provavelmente ninguém discordaria de que matar a própria avó para receber uma herança é algo imoral. Mas o “problema moral” desse caso específico não diz respeito à qualificação do ato do assassino, mas sim sobre a posição do direito diante dessa imoralidade. Ou seja: seria “moral” ao conceder ao assassino a herança pretendida? Em outras palavras: o juiz/legislador pode ser convocado a enfrentar

²²¹ POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op.cit.* P. 1698. Tradução nossa.

²²² *Idem.* p. 1707. Tradução nossa.

uma questão moral em duas perspectivas diferentes: primeiro, o juiz/legislador têm que decidir, diante de um conflito entre duas reivindicações morais socialmente legítimas, qual delas prevalecerá. Depois, o juiz/legislador têm que decidir em quais situações de “violação moral” o direito irá ser chamado a intervir. No caso do “herdeiro assassino”, a decisão poderia ser igualmente interpretada como uma valoração moral de que o postulado tradicional que impede que o direito tutele a torpeza dos indivíduos é mais relevante que a obediência ao princípio da legalidade, naquele caso específico. De forma geral, portanto, o argumento de que “a lei e os tribunais usam a linguagem moral” sem estarem, efetivamente, enfrentando questões morais é simplesmente muito forçado²²³.

Posner não concorda a premissa descritiva de que os indivíduos recorram, no cotidiano, à reflexão moral formar convicção ou se “inspirarem moralmente” acerca de determinados temas. Ele reconhece que, de fato, muitas pessoas teriam um apetite por leitura e debates de filosofia moral. Todavia, quando fazem isso não estão buscando esclarecimento, mas tão somente confirmação de suas convicções prévias. Em outras palavras, argumentos de

²²³ “Em um artigo recente, ele me acusou de ignorância porque supus que os juízes estão interessados em questões de justiça. Eu respondi citando várias discussões sobre justiça nas decisões judiciais na área de direito que eu estava discutindo e na literatura crítico-jurídica que discutia tais decisões. (Eu também poderia ter citado um estudo sobre decisões relacionadas à responsabilidade por produtos que concluiu que “fairness” foi desenvolvido como argumento de maneira 8% mais frequentemente do que “eficiência”, e “fairness” conformou a decisão com 24% mais frequência.” Muito mais tarde, no entanto, ele muda seu ataque. Ele admite que “pode parecer que o juiz está mergulhado no domínio da teoria moral”, mas insiste que um estudo cuidadoso do registro mostrará que eu (e presumivelmente todos os estudiosos que citei) fui induzido a pensar que os juízes usam termos morais de uma forma moral. Mas de que outra forma eles poderiam usá-los? Ele não diz, e mina sua afirmação de que os juízes usam termos morais de uma forma não moral imediatamente após a ter proferido, quando explica por que os juízes apelam à moralidade com tanta frequência. Eles o fazem, diz ele, “para impressionar”, a fim de “falar uma língua que os leigos ... sejam mais propensos a entender” e, finalmente, porque há uma “considerável sobreposição entre o direito e a moralidade.” Todas essas explicações assumem, é claro e, que os juízes usam termos morais no mesmo sentido que você e eu usamos, ou seja, para se referir a conceitos morais. Logo após essas concessões aparentemente decisivas, Posner muda para a ofensiva. Ele acusa “Dworkin e seus aliados” de tentar fazer com que o direito esteja totalmente de acordo, em todos os aspectos, com o que consideramos que a moral exige, e nos compara, de maneira encantadora, aos fundamentalistas afegãos que decapitam pessoas. Mas, é claro, ninguém precisa concordar com a afirmação absurda de que o direito deveria fazer cumprir todas e apenas as obrigações morais para pensar que as convicções morais são às vezes - até mesmo frequentemente - relevantes para decidir o que o direito exige. A discussão de Posner sobre a segregação racial é ainda mais seriamente prejudicada por sua necessidade de disfarçar seus próprios apelos à teoria moral. Ele primeiro declara que os argumentos usados pelos tribunais (e outros que ele diz que deveriam ter usado) eram na verdade argumentos “não morais”. Por exemplo, ele diz que o Tribunal Brown baseou seu julgamento na conclusão “não moral” de psicólogos de que “essa segregação prejudicou a autoestima” dos negros. Mas esse argumento “não moral” pressupõe que os negros são politicamente iguais aos brancos e merecem igual respeito, e na mesma discussão ele declara que esse pressuposto era, em uma reivindicação moral altamente polêmica. Ele acrescenta que a opinião da Corte teria sido ainda mais eficaz - e mais “honesto” - se tivesse simplesmente declarado que “todos sabem” que “a Cláusula do Equal Protection foi, em certo sentido, destinada, ou deveria ser usada, para prevenir” a segregação racial em escolas e outros locais públicos. Isso seria, obviamente, uma mentira, pois os juízes estavam cientes de que muitos juristas ilustres não “sabiam” que a cláusula do Equal Protection era, em certo sentido, destinada, ou deveria ser usada, para prevenir” a segregação - e não está claro como essa mentira teria contribuído para a “honestidade”... DWORWIN, Ronald. *Justice in robes*. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006. P.85. Tradução nossa.

filosofia moral “inspirariam” tão somente os corações daqueles que já concordassem, intuitivamente, com aqueles argumentos. A filosofia moral, diz Posner, às vezes até serve como autoajuda; mas nunca serve como guia para *decisão*.

Ademais, a “reflexão moral cotidiana” não poderia ser considerada uma espécie de “ascensão justificatória ” em grau inicial, já que “consistência” e “integridade” (os dois objetivos da ascensão justificatória) são coisas que só importariam aos acadêmicos: no cotidiano, os indivíduos “ordinários” não costumam se convencer a modificar alguma postura moral nem mesmo quando suas inconsistências são expostas. Lembre-se, por exemplo, que o autor já havia argumentado que os filósofos morais, apesar de estarem “submetidos” constantemente a um processo de revisão teórica de suas próprias convicções, não seriam os maiores exemplos de virtude moral. Alguns até cometeriam crimes! Dworkin se irrita bastante com esse argumento:

Posner apresenta suas próprias reflexões sobre como e por que a formação de todos os juristas e filósofos acadêmicos nas universidades ocidentais torna-os, de algum modo, enquanto grupo monolítico, inaptos para persuasão moral. E ele destaca que algumas pessoas bastante letradas foram culpadas de crimes morais. Isso não vale como argumentação. Se fosse possível apresentar um relato geral e decente sobre o impacto da argumentação ou da teoria moral sobre a conduta e a crença, tal relato teria que ser absurdamente complexo e com as devidas discriminações. Teria que estabelecer uma distinção entre impacto imediato e impacto a longo prazo; teria que registrar a grande variedade de formas em que este último poderia ser mediado através das diferentes instituições da cultura popular; levaria em conta tanto a qualidade do argumento quanto a habilidade do argumentador; e chamaria atenção para milhares de outras variáveis culturais e psicológicas das quais tal impacto dependeria. Em resumo, “A argumentação moral tem capacidade para mudar a mente das pessoas?” não passa de uma questão muito mal colocada, e seria preciso muito empenho para torná-la respeitável. 224.

Esse ponto do debate indica que efetivamente Posner só considerará algo “útil” quando for possível identificar os efeitos diretos e imediatos da coisa. No caso da reflexão moral, não sendo possível identificar (na visão de Posner) uma mudança imediata de “opinião” do sujeito (seja por autoconvencimento ou convencimento por outrem), a teoria torna-se inútil. Dworkin contesta essa visão afirmando que o “consenso” em questões morais, apesar de desejável, não precisa ser efetivamente obtido. Nesse caso, exigir-se-ia dos juízes tão somente o comprometimento com a reflexão moral, sendo desnecessário, todavia, que esses juízes “convencessem” as pessoas do acerto de suas decisões.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. Darwin’s New Bulldog. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006. P. 83-84. Tradução nossa.

Contudo, consideramos que Dworkin não compreendeu totalmente o argumento de Posner nesse ponto específico. Posner não diz *apenas que* a reflexão moral é “inútil” porque os juízes não conseguiriam convencer os litigantes (ou qualquer outra pessoa) sobre o acerto moral da sua decisão. Na verdade, Posner considera que a reflexão moral é “inútil” porque os juízes não conseguirão convencer *nem a si próprios* a decidirem de uma, ou outra maneira. Em outras palavras, parece-nos que Dworkin considera que o argumento de Posner – quando transportado para o âmbito da decisão judicial – é dirigido tão somente ao contexto de justificação, que diz respeito à legitimidade que a decisão consegue obter, por meio da força de sua argumentação, perante os litigantes e a sociedade. Contudo, compreendemos que, em âmbito judicial, o desdém de Posner pela teoria moral é direcionado, em um primeiro momento, ao contexto de descoberta, que diz respeito ao modo pelo qual o juiz forma internamente sua convicção. Nesse caso, se a teoria moral não serve nem para o próprio juiz formar convicção por meios racionais-argumentativos, certamente também não servirá para que a legitimidade, no contexto de justificação, seja obtida.

Dworkin aponta, ainda, contradições ou falhas conceituais cometidas por Posner na tentativa de descrever sua abordagem pragmática. Como já apontado no começo desse capítulo, o leitor de Posner pode vir a se sentir um pouco confuso em relação ao que ele realmente acredita. Posner acredita em “respostas objetivamente corretas”? Caso positivo, o que tornaria uma solução normativa “objetivamente correta”: um consenso ético-linguístico ou o fato de tal solução normativa favorecer a sobrevivência? Alguém pode acusar outrem de ser “imoral” ou “objetivamente errado” (do ponto de vista moral)?

A confusão instala-se, em primeiro lugar, por “culpa” do próprio Posner. Já falamos que o autor atribui à sua concepção pragmática sentidos específicos de “relativismo” e de “ceticismo”. Também aceita um certo sentido de “subjetivismo moral”²²⁵ (concepções só poderiam ser reputadas “imorais” se fossem inconsistentes com o código moral subjetivo da

²²⁵ “Subjetivismo moral, como uso o termo, é a visão de que não há critérios para atestar a veracidade de uma afirmação moral (...) A moralidade, nessa visão, é relativa às crenças de cada indivíduo, de modo que um indivíduo só age imoralmente quando ele age contrário a qualquer moralidade que tenha adotado para si mesmo. Eu simpatizo com esta posição. Se uma pessoa decidir sair da moralidade de sua sociedade, da mesma forma que um Aquiles ou um Edmund (no Rei Lear) ou um Meursault ou um Gauguin ou um Anthony Blunt fizeram, ou ainda como os conspiradores contra Hitler fizeram, não há maneira de mostrar que ele está moralmente errado, caso seja consistente consigo mesmo. Mesmo se inconsistente, ele pode estar moralmente errado apenas se a consistência consigo mesmo, seja o que for que isso signifique, for um princípio de seu código moral pessoal (...) O máximo que pode ser dito sobre essa pessoa é que ela está agindo de forma contrária a a moralidade de sua sociedade e, portanto, muitas pessoas vão pensar que ele está errado (...) Minha versão de subjetivismo moral é consistente com o relativismo moral em seu sentido de rejeitar verdades morais transculturais. Não há inconsistência em dizer que todas as verdades morais são locais e, em seguida, adicionar que a própria moralidade é hiperlocal, sendo limitada a si mesmo. POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. *Op. cit.* P. 1643. Tradução nossa.

pessoa que as detém, e, mesmo assim, apenas se o código moral da pessoa prezasse em consistência) e de “emotivismo” – “muitas pretensões morais constituem apenas um embrulho bonito para preferências e aversões teoricamente infundadas (ou infundáveis)”.²²⁶ A questão é que, ao explicar cada um desses atributos, o autor incorre em aparentes contradições.

Ao defender o seu sentido de “relativismo”, Posner afirma que repudia o “relativismo vulgar” que pregaria, de maneira paradoxal, a obrigação moral de tolerar culturas que possuem visões morais radicalmente das nossas. Todavia, Posner admite, pouco depois, que adere ao subjetivismo moral no sentido de que não existiriam “verdades morais transculturais” que permitissem que crenças subjetivas fossem julgadas morais ou imorais por meio de algum critério válido para o próprio sujeito que está sendo “julgado”.

Posner provavelmente teria percebido a contradição, diz Dworkin, pois tenta esclarecer que a “validade” da norma moral é relativa ao próprio sujeito, e não à comunidade. Porém, ele já havia falado, anteriormente, que não seria um relativista “no sentido de vale tudo” típico do subjetivismo moral.

Só que parece que ele realmente adere a esse sentido de subjetivismo quando diz que não poderia chamar de “imoral” aquela pessoa que *realmente* acreditasse que seria correto torturar crianças. Contudo, em outra ocasião, Posner teria feito a seguinte afirmação: “não acredito (...) que se alguém me disser que é ‘ok’ torturar crianças, a única coisa que eu poderia responder seria ‘discordo, embora toda pessoa tenha direito a sua própria opinião.’”

Dworkin acredita que a confusão se torna completa quando o “relativista” declara que um princípio moral pode ser, em determinado momento, “inquestionável” sem ser, contudo, “correto”, já que o mero fato de determinado tabu não ter sido questionado, não o torna automaticamente correto – afinal, o relativismo vulgar há de ser rejeitado.

Contudo, Posner teria declarado justamente que assume um sentido de relativismo pelo qual o critério de validade de uma crença moral é relativo ao código moral do local onde a crença é declarada. “Mas não é essa exatamente a visão que ele, agora, declara ‘vulgar?’”, questiona Dworkin.²²⁷

Adicionamos, ainda, mais uma contradição: Posner declara que “todas as verdades morais são locais”. Porém, algumas páginas depois, afirma que “concorda” com os realistas morais em relação à existência de verdades morais universais.

²²⁶ “Emotivismo é a visão de que as afirmações morais são simples declarações de preferência ou aversão e, portanto, não podem ser falsificadas ou confirmadas mesmo em princípio. Tenho a mesma reação ao emotivismo e ao ceticismo moral: estritamente, acho que é falso, mas concordo que muitas afirmações morais são apenas o embrulho para presente de preferências ou aversões teoricamente infundadas (ou infundáveis).” *Idem*. P. 1645. Tradução nossa.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. Darwin’s New Bulldog. *Op.cit.* P. 90.

Algumas das contradições apontadas por Dworkin são fruto de uma leitura “seletiva” – ou apressada, ou irônica – que esse autor faz do texto de Posner. Por exemplo, não há, a nosso ver, contradição entre os sentidos de subjetivismo moral e o relativismo assumidos por Posner, pois o autor deixa claro que está se referindo a dois “âmbitos” de validade diferentes: o comunitário (regido pelo código moral local) e o subjetivo (regido pelo código moral interno). A moral “subjetiva” seria “hiper local” no sentido de ser válida internamente para o sujeito aonde quer que ele fosse, independentemente da compatibilidade de sua moral interna e da moral local. Todavia, seria também uma moral que só “valeria” para o próprio sujeito, o que significa dizer que “não vincularia” qualquer outra pessoa. Podemos dizer que a moral interna seria absolutamente eficaz quanto ao próprio sujeito (não sendo passível de submissão a qualquer outra moral subjetiva ou mesmo à moral local em qualquer lugar do mundo), porém completamente ineficaz quanto a terceiros (não gerando, para terceiros, um dever de respeito). É por isso que Posner diz que, diante de alguém que realmente acreditasse em alguma crença reputada “imoral” pelo senso comum, não haveria “nada a ser feito” – ou seja, não haveria meios de convencer essa pessoa a abandonar sua crença moral “equivocada”. Por outro lado, poderia ser dito à pessoa que ela estaria “agindo de maneira contrária à moralidade da sua sociedade e que, por isso, muitas pessoas iriam condená-lo moralmente”. Nesse ponto, Posner é coerente com sua premissa de que a “argumentação moral” não é capaz de modificar as crenças morais de um sujeito a não ser que a pessoa já esteja predisposta a tal. O “subjetivismo moral” dele é apenas (mais) uma manifestação de sua compreensão de que a “veracidade” de uma crença moral será determinada pela sua capacidade de convencer e modificar comportamentos.

Outras contradições, todavia, são realmente exasperantes: nos referimos especialmente àquelas pelas quais Posner transita entre afirmar, por um lado, que todas as “verdades” seriam determinadas pela cultura de um local específico (aderindo a uma interpretação específica da teoria dos jogos de linguagem), e, por outro, que existiriam “verdades morais” universais, essas oriundas de um senso instintivo de cooperação para sobrevivência; existindo ainda um “terceiro lado” em que crenças morais absolutamente aceitas no “jogo de linguagem” local poderiam ser “falsas” caso fossem “meios ineficientes” para assegurar os “fins” a que se propõem.

Dworkin consegue, todavia, propor um meio de se compatibilizar todas aquelas afirmações: trata-se de reconhecer que o pensamento de Posner é inconscientemente orientado por uma concepção intitulada “evolucionismo moral”, pela qual uma crença moral é julgada

em razão da sua contribuição para a sobrevivência de uma sociedade ou quaisquer outros objetivos que esta pretenda alcançar^{228,229}.

De todo modo, a resolução das contradições de Posner por meio da identificação do seu “evolucionismo moral” não salvaria a abordagem pragmática. Como Dworkin explica, normalmente, o código moral que uma sociedade adota não determina sua sobrevivência, mas tão somente os meios pelo quais essa sobrevivência é perseguida. Na verdade, muitos conflitos morais advêm justamente da divergência entre qual estratégia adotar. Do mesmo modo, a referência que Posner faz aos “outros objetivos” visados por aquela sociedade também não seria de muita ajuda, já que ele nem diz quais seriam objetivos, nem esclarece os critérios que permitam a sua determinação. Isso revelaria “o vazio” da abordagem pragmática: “se Posner complementar sua ‘concepção adaptacionista’ ao estabelecer quais objetivos ele considera apropriados, então ele terá oferecido tão somente uma teoria moral padrão, ainda

²²⁸ “[Posner] é movido, na verdade, por uma “postura moral” diferente de qualquer uma daquelas que ele formalmente endossa. Ele oferece um vislumbre dessa postura diferente quando declara que “o relativismo sugere uma concepção adaptacionista da moralidade, em que a moralidade é julgada - não moralmente, da mesma forma que um martelo pode ser julgado bem ou mal adaptado à sua função de pregar pregos - por sua contribuição para a sobrevivência, ou outros objetivos, de uma Sociedade”. *Idem.* p. 90. Tradução nossa.

²²⁹ “A suposição de que o pragmatismo darwiniano é a convicção intuitiva, porém oculta, de Posner dissolve todos os mistérios que venho descrevendo. Explica sua relutância em condenar qualquer coisa como imoral que seja a expressão natural e não examinada de convicções morais genuínas. Explica seu fascínio pelas histórias dos biólogos sobre como surgiram o altruísmo e a moralidade. Explica por que ele é um relativista moral tão inconstante. Ele é fortemente atraído pelo espírito do relativismo, que nos instrui a respeitar os códigos morais em vigor, mas não por sua condenação de nosso impulso natural de chamar códigos morais que diferem de nosso próprio erro. Ele também não está disposto a denunciar os rebeldes morais como imorais: sua rebelião também é natural e, como ele insiste, pode ter valor darwiniano. (“Na verdade”, diz ele, “precisamos de alguns imorais, ou pelo menos amorais”. Claro, as vítimas dos amorais' ou dos amorais não precisam deles. O “nós” em questão é a raça humana, que é ainda está evoluindo e precisa de mutações para esse propósito.) A hipótese explica por que ele quer que os juízes de “elite” usem seu poder constitucional para derrubar o que os ofende visceralmente - o que eles não podem “engolir” - mas não para tentar suavizar isso com um pouco de teoria. Explica por que ele de repente abandona seu relativismo quando declara que códigos morais “inabaláveis” podem não resolver o que é moralmente certo: a visão oposta bloquearia o tipo de processo “adaptacionista” que ele pensa ser o único progresso verdadeiro. Explica por que ele resiste a qualquer ceticismo ou cinismo sobre a moralidade: ele compreende que a moralidade tem sua força natural e evolutiva apenas enquanto parecer moralidade. Portanto, ele declara que há um “fato da questão” local sobre as afirmações morais, como há sobre a temperatura em uma cidade particular, e que ele é uma “espécie” de realista moral. Mas ao mesmo tempo desconfia qualquer uma, exceto uma justificativa instrumental para a moralidade que as pessoas criam, e assim, páginas depois, ele insiste que não está “escorregando” no próprio realismo que aqui abraça. A hipótese darwiniana explica, acima de tudo, a distinção que achamos tão preocupante anteriormente, entre o raciocínio moral não instruído “comum”, de um lado, e o moralismo “acadêmico”, do outro. Posner está ansioso para proteger o que lhe parece natural, e “irrefletido” significa “natural” para ele. Ele está igualmente ansioso para afastar qualquer coisa que não cheire a natureza, mas a intelectualismo: ele pensa que a teoria acadêmica é antinatural, intervencionista, escrita por pessoas que realmente não viveram, e (por mais que ele possa protestar sua inocência) enfim perigoso. Ele clama pela morte da teoria moral, mas, como todos os aspirantes a coveiros da filosofia, ele quer dizer apenas o triunfo de sua própria teoria. Pois seus argumentos mostram o oposto do que ele pretendia: eles mostram que a teoria moral não pode ser eliminada e que a perspectiva moral é indispensável, mesmo para o ceticismo moral ou relativismo. Posner é governado por uma fé moral inarticulada, subterrânea, pouco atraente, mas implacável. *Idem.* P. 93. Tradução nossa.

que de uma maneira extravagante. Mas se ele não a complementar, então não terá oferecido nada.”²³⁰

Dworkin já havia denunciado esse “vazio” anteriormente. O autor lembra que não “adianta” instruir os juízes a prestarem atenção nos fatos e escolherem a opção que acarretará melhores consequências se não se sabe, de início, quais fatos são importantes, quais consequências são desejáveis e quais objetivos/finalidades devem ser perseguidos:

Ele recomenda aos juízes que tomem cuidado para não se verem envolvidos em controvérsias desprovidas de relevância prática, e que se lembrem de perguntar, ao decidirem, qual diferença “prática, palpável, observável” ela fará. Porém, esse irrepreensível conselho não os ajuda a decidir quais diferenças “práticas, palpáveis, observáveis”. Ele “aspira tornar as coisas melhores no presente e no futuro” sem nos dizer como decidir se e quando as “coisas” estão “melhores”. Ele diz que “o que os juízes precisam, primordialmente, é de um melhor entendimento das consequências práticas de suas decisões”. É claro que os juízes precisam disso, mas isso não pode ser tudo de que eles precisam quando houver uma controvérsia, como normalmente há, a respeito das consequências que são desejáveis, toleráveis ou intoleráveis.²³¹

Contudo, o pragmatismo de Posner – com sua referência vaga às “melhores consequências”, ao que “funciona”, aos “objetivos da sociedade”, ao “código moral local” etc. – é realmente tão vazio quanto reputa Dworkin? Colocando-se a pergunta de outro modo: para que uma abordagem sobre o raciocínio jurídico *não seja* “vazia” é realmente necessário que os juízes tenham a disposição para refletirem, em algumas situações, em conformidade com uma concepção ética abrangente que estabeleça axiomas substantivos para a adjudicação? Voltaremos a esse ponto no tópico 5.2.2, respondendo tal pergunta à luz de uma concepção de razão prática.

Por enquanto, basta-nos dizer que Posner não rejeita a “acusação” de que o pragmatismo contém uma própria concepção moral. Ou seja, o autor admite que o pragmatismo não é axiologicamente neutro, possuindo sua própria concepção sobre que tipo de “abordagem da moralidade” é relevante para a decisão judicial. Por exemplo, ao falar sobre interpretação constitucional, o autor afirma que:

Por acaso, eu pertencço ao que antigamente era chamado de ‘escola do ultraje’, e é natural para os partidários de tal escola questionar-se sobre um cálculo de custos-benefícios; é no momento em que uma política governamental inflige danos graves e aparentemente gratuitos a um grupo

²³⁰ *Idem*. P. 91. Tradução nossa.

²³¹ DWORKIN, Ronald. Reply. *Op.cit.* P. 434. Tradução nossa.

(por exemplo, mulheres e negros) que a seiva do ultraje tende a transbordar²³².

O que Posner afirma rejeitar, todavia, é a ideia de que sua concepção moral é “superior” às demais. É difícil compreender tal afirmação, uma vez que, se o autor se esforça para defender que a abordagem pragmática é melhor que as abordagens teóricas (ou pelo menos para defender que as abordagens teóricas são inúteis, e o pragmatismo não é), por questão de lógica, a concepção moral subjacente ao pragmatismo também será reputada superior às concepções morais subjacentes às outras teorias.

O extenso debate entre Posner e Dworkin aborda tantos pontos que é provável que o leitor permaneça confuso sobre efetivamente qual é compreensão de Posner sobre como a moral interfere no julgamento judicial. Por isso, no próximo tópico, fixaremos nossa leitura sobre esse ponto.

3.1.2 Fixando entendimento: o papel da moral no raciocínio judicial para Posner

Para fixar nosso entendimento sobre o papel da moral no raciocínio judicial na abordagem pragmática de Posner, e, daí, retirar duas implicações relevantes para nossa crítica, começaremos lembrando o que “forma” a moral, na visão de tal autor.

Posner entende divide a “moral” em “consciência moral”, “código moral local” e “moral universal”. A “consciência moral” interferirá no juízo jurídico, orientando a decisão. A pergunta, então, é: como se forma a “consciência moral”?

Posner entende que a “consciência moral” é formada principalmente pelo “código moral local”. Ele até admite que algumas experiências individuais poderão afastar a percepção do indivíduo do código local, mas, de forma geral, nossas morais subjetivas *espelhariam* a moral social local. Em outras palavras, nossa consciência moral *corresponderia*, em seu conteúdo, ao “jogo de linguagem” refere às questões éticas.

Os termos “espelhariam” e “corresponderia” não foram destacados à toa: ocorre que Posner parece compreender que o “jogo de linguagem” (ou código moral local, expresso em termos linguísticos) praticamente “carimbaria” a consciência dos indivíduos, que receberia aqueles conteúdos de maneira “passiva” (como um papel carimbado). Não havendo, contudo, homogeneidade ética, esse “carimbo” seria muito fraco, não sendo capaz de marcar firmemente a larga maioria das “consciências individuais”. Em uma sociedade com intenso

²³² POSNER, Richard. *Against constitutional theory*. *Op.cit.* P. 18. Tradução nossa.

pluralismo ético, o “jogo de linguagem” não estaria nítido o suficiente para que pudesse servir como espelho unificador das mentes individuais. Em outras palavras, não haveria uma formação de um “consenso” de conteúdo espontâneo entre consciências morais individuais. Sem consenso, sem possibilidade de se afirmar a “verdade” ou a “falsidade” sobre alguma proposição moral.

A questão é: a argumentação moral conseguiria colaborar para a formação de tal consenso? Posner acredita não, já que a argumentação moral não conseguiria nem transformar as consciências morais individuais, nem o código moral local. Já falamos que a consciência moral individual é formada largamente pelo código moral local. Logo, qualquer mudança significativa nas consciências individuais precisam “se originar” de uma mudança significativa no código moral local. Tal código, todavia, não seria “modificável” por meio da argumentação moral, nem em níveis microscópicos (das argumentações cotidianas), nem em nível macroscópico (da construção de teorias morais abrangentes, como a de Rawls).

O código moral não poderia ser modificado por meio da argumentação moral porque a sua própria *constituição* não seria creditada a reflexão moral. O que “constituiria” um código moral local, nesse caso? Três coisa: 1) princípios morais universais relacionados às estratégias de sobrevivência (por exemplo, alguns princípios de cooperação); 2) as circunstâncias materiais concretas de cada sociedade, exigindo uma densificação diferenciada no tempo e no espaço de tais princípios morais universais; 3) a atividade dos empreendedores morais. Vamos analisar cada um desses itens de forma mais detida de maneira a evidenciar que, para Posner, cada um desses processos seria independente de uma reflexão moral.

Em relação aos princípios morais universais relacionados às estratégias de sobrevivências, estes implicam, ao mesmo tempo, uma “universalidade moral” quanto às normas básicas para cooperação entre indivíduos, e uma “relatividade da moral” quanto aos modos de densificação local de tais normas universais, de modo a garantir-se a “adaptação” do código moral às diferentes circunstâncias materiais que desafiam a sobrevivência (é por isso que Dworkin chama Posner de “evolucionista moral”).

O terceiro fator de formação do código moral local diria respeito à atividade dos “empreendedores morais”, cuja atividade independe de efetiva “reflexão moral”. Já vimos que, para Posner, os empreendedores morais forçam mudanças nos códigos morais locais ao advogarem (ou propagandear) apaixonadamente determinadas crenças que desafiam as convenções do *status quo*. A efetividade dos seus argumentos dependerá não de uma “correção moral” em si do raciocínio, mas sim de fatores absolutamente contingentes, tais como capacidade de persuasão, perseverança, um pouco de sorte e *timing*. O empreendedor

moral logrará êxito caso suas “ideias” estejam adaptadas às necessidades materiais daquela sociedade, naquele momento específica. Mais do que isso: a própria “crença” do empreendedor constituiria apenas uma “antecipação” da necessidade de modificar-se o código moral em razão da modificação (ainda embrionária) das circunstâncias concretas. O “empreendedor moral” seria simplesmente alguém que consegue visualizar com alguma acurácia as mudanças de circunstâncias que ainda não são “visíveis” ao grande público. Desse modo, a reflexão moral não seria relevante nem para *formar a crença* do empreendedor moral, nem para *convencer* o grande público acerca da moralidade daquelas ideias.

Pois bem. Sendo o código moral constituído por fatores que são, em si mesmo, independentes da reflexão moral, seria impossível “modificá-lo” por argumentos morais.

E o que isso significa, na prática, para os juízes? Significa que suas consciências morais estão “carimbadas” por um jogo de linguagem de caráter substantivo (o código moral local), não sendo possíveis de alteração por meio de reflexão ou deliberação moral. O código moral local também seria igualmente impossível de alteração por processos individuais ou “acadêmicos” de argumentação moral. Assim, na maioria das vezes, os juízes irão “intuir” a resposta moralmente correta a partir do espelhamento de sua consciência individual com o código moral local. Em alguns casos, os juízes poderão, a partir da ação dos empreendedores morais, intuírem respostas que ainda não foram fixadas no código local, mas estarão “prestes” a ser.

Vamos, agora, desenhar duas implicações que retiramos a partir dessa “sistematização” do pensamento de Posner acerca do papel da moral na decisão judicial. A primeira implicação diz respeito à nossa compreensão de que Posner ainda permanece apegado a um padrão de verdade como correspondência. A segunda implicação, que está interligada com a primeira, diz respeito à possibilidade de Posner ter cometido a famosa “falácia naturalista” ao recusar qualquer relevância para a argumentação moral.

Consideramos que Posner permanece apegado a um padrão de verdade como correspondência pelo fato de que ele concebe o “jogo de linguagem” como uma espécie de padrão de referência externo à fala (ou crença) concreta do sujeito. Havendo “compatibilidade” da crença individual com o jogo de linguagem local (código moral local), a crença seria “verdadeira” (“verdade com ‘v’ minúsculo). Mas em sociedades pluralistas, haveria uma multiplicidade de códigos morais, o que significaria a existência de múltiplos padrões de referência para a determinação da “correspondência”. As proposições morais, assim, não encontrariam um padrão de referência suficientemente consensual para que fossem reputadas “verdadeiras” ou “falsas”. Por isso, os conflitos morais seriam tão abundantes em

sociedades que admitissem uma pluralidade de éticas particulares a determinados grupos; cada grupo, detendo seu próprio “subcódigo moral”, acreditaria na veracidade das proposições que correspondessem ao seu próprio subcódigo. Os juízes, por sua vez, também teriam suas crenças inseridas em subcódigo próprio.

Considerando que a consciência moral do juiz seria “inalterável” pela argumentação moral, e que o “subcódigo moral” a que ele se filia também seria “inalterável” pela argumentação moral, os conflitos morais oriundos de disputas entre subcódigos morais locais seriam impossíveis de serem resolvidos por meio da argumentação moral. A conclusão a que Posner chega, então, é a de que a *moral*, em si, é relevante para a conformação da decisão judicial. Todavia, a *argumentação* moral é inútil para modificar-se a resposta moral havida intuitivamente pelo juiz, no contexto do seu próprio código ou subcódigo moral, caso em que podemos ignorar qualquer espécie de reflexão moral (especialmente aquelas sustentadas por teorias acadêmicas) no contexto da atividade judicativa.

O problema é que Posner, por só enxergar a “utilidade” de alguma coisa se conseguir verificar “efeitos diretos e perceptíveis” da coisa no mundo concreto, ignora o fato de que aquilo que a “moral” não é “formada” apenas pelos três itens que apontamos (princípios universais para sobrevivência; densificação local de tais princípios e a ação de empreendedores morais). A “moral”, como empreendimento linguístico, é formada pela sua própria prática, e tal prática *inclui* uma argumentação sobre a própria moralidade. Extinga-se a reflexão sobre a “moral” e a própria “moral” extingue-se também.

Nesse caso, é impróprio reputar que a “verdade” das proposições morais poderá ser aferida conforme um padrão de “verdade por correspondência” em que, de um lado, existe o “jogo de linguagem” como “realidade externa” à consciência moral do sujeito, e de outro, existe a proposição moral realizada pelo sujeito, cuja veracidade será aferida por “espelhamento”. Ora, essa estrutura pressupõe que há uma distinção marcada entre o “jogo de linguagem” e a “proposição individualizada”, ou entre o “código moral local” e a “consciência moral particular”, de modo a partir o espelhamento. Também pressupõe que tal “consciência moral particular” irá receber de maneira “passiva” o conteúdo ético da moral social.

Todavia, nem há uma distinção marcada entre “código moral local” e “consciência moral individual”, nem há uma recepção passiva dos conteúdos éticos partilhados socialmente, pois o “jogo de linguagem” é constituído continuamente pelas infinitas reformulações das suas proposições “em concreto”, ou seja pelos indivíduos que partilham de tal linguagem. Como o próprio Posner afirma, não há uma “moralidade *out there*” – uma

espécie de tábua de valores descida dos céus – que podemos utilizar como padrão de referência para a veracidade de nossas proposições. Mas é justamente porque não existe tal “moralidade *out there*” que a “única” moralidade que temos é aquela que construímos no dia a dia, por meio da reflexão contínua de nossas práticas²³³. Sem tal “reflexão”, não temos “moral”, mas apenas instintos ou emoções primárias que são comuns, inclusive, em animais. Em outras palavras: se Posner considerar que a “moral” é formada tão somente por um misto de instintos de sobrevivência, emoções primárias e um pouco de criatividade para “propaganda”, então ele teria que reconhecer que “animais” possuem algo muito semelhante como a “moral” (sendo a única distinção residente nas firulas estéticas da “propaganda”)²³⁴.

Se ele disser que “é isso mesmo, somos apenas animais de duas pernas que conseguem elaborar, em uma linguagem romântica, nossos instintos de sobrevivência”, então ele teria que explicar por qual razão nossa “linguagem romântica”, que apenas “enfeitaria nossos instintos de sobrevivência”, é, por tantas vezes, responsável por *minar* nossas próprias chances de sobrevivências. Imagine-se, por exemplo, a prática do “suti”, mencionada pelo próprio Posner. Em que medida o fato de uma viúva se atirar na pira funerária do falecido esposo contribui minimamente para sua sobrevivência ou para a sobrevivência daquela comunidade? Controle populacional? A não ser que Posner (ou alguém que compartilhe de tal visão) forneça alguma explicação para tal prática em termos de “sobrevivência” (o que ele não fornece), devemos admitir que ela é constituída por algo diferente de meros “instintos”

²³³ Essa parece ser também a conclusão de Ronaldo Porto: “A natureza da linguagem moral é incompatível com uma concepção fiscalista (segundo a qual a linguagem da Física deverá ser a linguagem de toda a ciência), arquimediana, da objetividade moral, e somente pode ser compreendida “de dentro” do empreendimento argumentativo moral e jurídico. A inexistência de fatos brutos (“out there”) que seriam as únicas condições de verdade para as proposições morais e jurídicas, para Dworkin, não demonstraria a impossibilidade de objetividade moral, mas antes o equívoco de sua exigência. A moral enquanto prática argumentativa, somente encontra as suas condições de verdade, certeza e determinação no interior da própria prática discursiva argumentativa no *moral reasoning*. Este foro lhe é inevitável, inescapável e o único possível num isso significativo da linguagem”. VER: MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Ensaio de Teoria do Direito**. [S.l]: Saraiva, 2013. P. 242 e 243.

²³⁴ De Waals explica que a noção de “assertividade garantida”, introduzida por Dewey para substituir “crença” e “conhecimento”, resulta em “uma teoria da verdade como correspondência, mas uma teoria mais sofisticada do que a variante tradicional, que negocia com a metáfora do espectador desinteressado. Uma metáfora melhor é a de uma chave que corresponde a uma fechadura; é uma contiguidade, um ajuste.” O próprio Dewey teria dito: “no sentido de correspondência como operativa e comportamental [...] sustento que meu tipo de teoria é o único capaz de ser chamado de uma teoria da verdade como correspondência”. Mas em que consistia tal noção de assertividade garantida? Se formos observar, é justamente uma assertividade linguística, um “direito” (procedural) de afirmar algo como verdadeiro ou falso em razão de serem tais direitos, em si mesmo, uma parte intrínseca do procedimento em questão. De Waals explica: “Parece que a inspiração primordial de Dewey veio da linguagem e dos procedimentos jurídicos. Conforme ele observou na Lógica, ‘quando há uma regra de que certas evidências são admissíveis e de que certas regras de lei (material conceitual) são aplicáveis e outras não, algo está estabelecido, e o estabelecimento final é um produto parcial desses estabelecimentos intermediários e parciais.” Desse modo, nossa proposição de Posner compreender o jogo de linguagem como uma espécie de verdade de correspondência se ampara também no seu ancestral. VER: WAALS, Cornelis de. Sobre pragmatismo. São Paulo: Edições Loyola, 2007. P. 170. Tradução nossa.

romantizados (esteticizados) pela linguagem. Devemos admitir, em outras palavras, a *moral* não pode ser reduzida como uma mistura entre “necessidades naturais” e “estética”.

Voltaremos a discutir o “caráter” da moral (ou seja, o que constitui a moral e qual é o papel da reflexão nesse empreendimento humano) nos subtópicos 5.2.2, 5.2.3 e 5.2.4.

Agora, passamos a tecer considerações sobre o cometimento de uma possível “falácia naturalística”, que consiste na derivação de um *dever ser* de um *ser*. Posner “flerta” tal falácia ao informar que o “código moral local” seria formado, tão somente, por meio de um processo de densificação dos princípios morais universais para sobrevivência, sendo tal processo carreado pela ação dos empreendedores morais.

Dizemos que ele “flerta” com a falácia naturalista porque, em *uma* das interpretações possíveis para seu argumento, Posner faria uma espécie de “derivação” do *fato* de que temos “instinto de sobrevivência” para uma “norma” que tornasse *moral* quaisquer estratégias empreendidas em busca de tal sobrevivência. Em outra interpretação, contudo, Posner não cometeria tal falácia. Vamos analisar as possibilidades, começando por notar que a forma mais básica do argumento de Posner estabeleceria, pelo menos, o seguinte conteúdo: “a moral tem alguma relação com os instintos de sobrevivência”. Quais sentidos podem conter essa proposição? Significa que atender aos nossos instintos de sobrevivência é o principal critério da moral – quiçá até único? Ou significa que o *mero fato* de *termos* instintos de sobrevivência faz com que obedecer a tais instintos seja moralmente exigido/aceitável?

Se alguém diz que “qualquer coisa necessária à sobrevivência é moralmente justificada”, a pessoa *não* estará cometendo a falácia naturalista, pois seu argumento é efetivamente uma *valoração* moral de algum fato (das estratégias de sobrevivência), e não uma *determinação da moral* pelo fato. A falácia naturalista ocorre quando alguém deriva o que é “moral” daquilo que é “natural”. Mas, o “apelo à sobrevivência” é, em si, um argumento moral sobre o que se deve “perseguir” e “valorizar” enquanto indivíduos e comunidades. Em outras palavras: considerar que a “sobrevivência” é, em si, um objetivo a ser perseguido (um “fim”), é uma *atribuição* de valor *a um* fato (as estratégias utilizadas para a sobrevivência), e não uma *determinação* do valor *pelo* fato. É claro que um “kantiano” poderia discordar de tal valoração moral, afirmando que nem tudo pode ser moralmente justificado “em nome” da sobrevivência. Mas, nesse caso, teríamos duas autênticas posições *morais* conflitantes, não sendo nenhuma delas “falaciosa”.

Uma proposição falaciosa, do tipo que implicasse uma *determinação* do valor *pelo* fato, diria algo como: “o *fato* de nós termos instinto de sobrevivência implica que todas nossas práticas sociais que respondem a tais estímulos são moralmente corretas”. Eis a

falácia: o *fato* de termos instintos de sobrevivência não implica que a sobrevivência é, em si, o “principal” objetivo moral a ser perseguido, justificando-se moralmente qualquer ato praticado “em nome” da sobrevivência. O kantiano, por exemplo, colocará uma objeção a tal proposição, reivindicando (novamente) que nem tudo pode ser moralmente justificado em nome da sobrevivência. Dessa vez, contudo, o kantiano estaria assumindo uma posição autenticamente moral, enquanto o evolucionista estaria simplesmente cometendo uma falácia.

Pois bem. Em qual dos dois sentidos Posner defende uma relação entre a moral e o instinto de sobrevivência?

Se fosse no segundo sentido (o falacioso), ele concluiria que, dada a existência de um instinto de sobrevivência, vale tudo para se manter vivo. Diante da pergunta: “porque tais atos que praticamos para sobreviver são morais?”, a resposta *falaciosa* diria: “porque nós temos instintos de sobrevivência” A falácia existe porque dizer que “os atos que praticamos para sobreviver são morais porque nós temos instintos de sobrevivência” consiste em derivar um *valor* (valor moral da sobrevivência) de um fato (fato de que temos instintos de sobrevivência).

Se fosse no primeiro sentido (não falaciosa), ele atribuiria valor moral para nossas estratégias de sobrevivência, considerando que a “sobrevivência”, em si, possui valor moral. Diante da pergunta: “porque os atos que praticamos para sobreviver são morais?”, a resposta não falaciosa diria: “porque nossa sobrevivência tem valor moral, é relevante, é importante, é a coisa mais importante de todas” ou qualquer coisa semelhante. É claro que essa resposta seria “simplória” e é provável que um interlocutor kantiano o acabasse “pressionando”: “mas de vale sobreviver e perder a dignidade no meio do caminho”? Poderia continuar, daí, a deliberação moral sobre o critério para aferição do que pode ser considerado “moral”.

Contudo, Posner simplesmente não tenta responder (em nenhum dos textos que consultamos) à pergunta hipotética sobre “o que torna moral os atos que praticamos para sobreviver”. Nesse caso, vamos ter que reconstruir ou extrair uma possível resposta sua, em conformidade com o seu sistema de crenças já apreendido. Em uma das respostas possíveis, teríamos a confirmação de uma posição falaciosa. Na outra, teríamos uma resposta não falaciosa e típica de um pragmatismo não ortodoxo (veremos, no tópico 3.2, a distinção entre os tipos de pragmatismo).

Primeiros, vamos reconstruir o que seria uma resposta não falaciosa compatível com o sistema de crenças de Posner. Vimos que, diante da pergunta: “porque os atos que praticamos para sobreviver são morais?”, uma resposta não falaciosa diria “porque nossa sobrevivência tem valor moral, é relevante, é importante, é a coisa mais importante de todas”.

Diante dessa resposta, um interlocutor poderia insistir para uma justificção mais profunda, o que exigiria uma continuidade da deliberaç3o de car3ter moral. Mas Posner desdenha da argumentaç3o moral, ent3o podemos compreender que, a partir de tal ponto, ele poderia simplesmente responder: “eu n3o sei, mas n3o estou interessado em refletir sobre isso, j3a que n3o tenho nem tempo, nem paci3ncia, com argumentaç3es morais que exijam ‘justificç3o’ *ad infinitum*.”

Essa “vers3o reconstru3da” da sua resposta, que se inspira em uma vers3o n3o ortodoxa do pragmatismo, continua a ser *n3o* falaciosa, pois n3o h3a nem uma tentativa de justificar ainda mais profundamente o valor moral da sobreviv3ncia, nem uma tentativa de “fundar” o valor moral da sobreviv3ncia em um fato (ou seja, no instinto de sobreviv3ncia).

J3a uma resposta falaciosa 3 poss3vel de ser extra3da a partir do momento em que Posner n3o quer refletir, mas tamb3m n3o acha minimamente 3til que os outros reflitam moralmente. Entendemos a recusa pessoal dele em n3o ingressar em uma justificç3o *ad infinitum*. 3 uma quest3o de escolha moral delimitar-se “at3 onde” se exige uma justificç3o das crenç3as.

Todavia, a partir do momento em que ele reputar ser “in3til” que *outras pessoas* faç3m uma reflex3o moral, parece considerar ser “imposs3vel” que algu3m coloque objeç3es ao “valor moral da sobreviv3ncia”. Em outras palavras, ele parece considerar “evidente” que a sobreviv3ncia seja, em si, o maior dos objetivos morais. Todavia, a sobreviv3ncia s3o seria “incontestavelmente” o bast3o dos objetivos morais caso fosse poss3vel derivar o dever ser (o valor moral da sobreviv3ncia) do ser (o instinto da sobreviv3ncia). 3 nesse ponto que conclu3mos que Posner “flerta” com a fal3cia naturalista.

Todavia, iremos argumentar, no pr3ximo t3pico, que uma “interpretaç3o caridosa” de seus argumentos – qual seja, uma interpretaç3o que “suavize” seu desd3m em relaç3o 3 argumentaç3o moral e que antecipe sua “virada” para uma concepç3o n3o ortodoxa do pragmatismo – permite considerar que ele *n3o comete* a fal3cia naturalista, adotando, na verdade, uma resposta que nem tenta justificar mais profundamente o “valor moral da sobreviv3ncia”, nem tenta “fundar” o valor moral da sobreviv3ncia em um fato (ou seja, no instinto de sobreviv3ncia).

3.1.3 Uma leitura caridosa do pragmatismo de Posner quanto ao papel da argumentação moral no raciocínio jurídico

Interpretar um autor com “caridade” implica escolher, dentre todas as interpretações possíveis para suas palavras, aquela que coloque seu pensamento “na melhor luz”, ou seja, que torne seus argumentos mais “convincentes”. Por sua vez, o poder de convencimento de um argumento está ligado a múltiplos fatores, dentre os quais destacamos: a coerência entre suas premissas, a compatibilidade das premissas e das conclusões com nossas intuições prévias, a percepção empírica das premissas e/ou conclusões e a ausência de falácias.

Sustentamos, nesse subtópico, uma interpretação “caridosa” do pragmatismo de Posner quanto ao papel da argumentação moral no raciocínio jurídico. Em tal interpretação, suavizamos o “radicalismo” da afirmação “a argumentação moral é completamente inútil” ao adicionar-lhe a seguinte extensão: a argumentação moral é inútil *para que se consiga um padrão de “certeza” (no sentido de “consenso”) nos resultados das interpretações que digam respeito à conflitos morais profundos*. Com a simples adição de tal “extensão”, compreendemos que as principais “falhas” do seu pensamento quanto ao “papel da argumentação moral no raciocínio jurídico” são “resolvidas”.

Vamos lembrar quais falhas são essas.

Vimos, no tópico 3.1.1, que, ao tentar justificar tal afirmação, em todo seu radicalismo, Posner incorre em algumas contradições e deixa algumas perguntas sem resposta: ele comete “atos falhos”, faz afirmações destituídas de razoabilidade e comprovação empírica e não consegue explicar – nem sequer tenta, na verdade – de onde “viriam” os “objetivos” e “finalidades” a serem considerados pelos juízes para uma análise valorativa das consequências da decisão. Dworkin sugere, então, que tais falhas na argumentação podem ser “resolvidas” pela percepção de Posner adere a uma concepção moral apelidada de “evolucionismo moral”.

Já no tópico 3.1.2, nós argumentamos que, se efetivamente há traços de “evolucionismo moral” em Posner, sua concepção moral poderá estar, ou não, fundada em uma falácia naturalística. Também argumentamos que sua concepção de “verdade” é dependente de uma interpretação da teoria dos “jogos de linguagem” como um padrão de “verdade como correspondência”, o que acarreta a perplexidade de não se perceber que, sendo a moral constituída pela própria prática da argumentação moral, não é possível reputar a argumentação moral “inútil”, sob pena de se estar “matando” a própria moral.

Parece-nos, todavia, que a “origem” da série de equívocos que Posner comete reside simplesmente no fato de que, para ele, os termos “verdade” e “objetividade” devem vir obrigatoriamente acompanhados pelos predicados “previsibilidade” e “certeza”. Por isso, sua insistência com o “consenso”. Por acaso, os termos “verdade” e “objetividade” estão tradicionalmente associados a uma determinada concepção de ciência que preza, justamente, pela “previsibilidade” e “certeza”.

Sabemos que essa não é a única maneira de se compreender os termos “verdade” e “objetividade”. Dworkin, por exemplo, considera que resposta “objetivamente correta” não será necessariamente nem aquela “largamente consensual” e nem aquela que goze de “certeza” e “previsibilidade”, mas sim aquela cujo critério de veracidade seja independente do agente^{235_236_237}.

²³⁵ Dworkin é claro ao dizer que as pessoas nem sempre irão concordar com “sejam quais forem as grandes questões teóricas que justificam a ascensão em seu caminho. claro que eles não vão concordar. É por isso que temos opiniões divergentes e bons argumentos em sala de aula. Só quero dizer que o direito é encharcado de teoria e que os advogados reflexivos entendem isso, embora não concordem sobre em que teoria ele está encharcado.” DWORKIN, Ronald. In praise of theory. *Op.cit.* P. 57. Tradução nossa.

²³⁶ Ronaldo Porto explica que o sentido de objetividade para Dworkin por meio de um exemplo relacionado às regras de “cortesia”, que, assim como o direito, é uma prática social normativa que envolve conceitos interpretativos. No exemplo, dois amigos discordam sobre se o ato de dividir a conta do restaurante com uma mulher em um encontro romântico é, ou não, um ato de descortesia. A divergência entre os amigos é real porque eles discordam sobre o próprio *conceito de cortesia*. Cada qual tenta, todavia, demonstrar que sua concepção se ajusta melhor aos paradigmas práticos relacionados ao que se entende por “cortesia” em relação às mulheres. Nesse caso, diz o autor, a “melhor concepção de cortesia é aquela que melhor a interpreta enquanto uma prática social normativa real, que mantém certa adequação (ou ajuste – *fit*) com um conjunto de práticas socialmente partilhadas que servem de medida ou paradigma.” Do mesmo modo, a resposta correta para o direito seria aquela que consistisse em uma melhor releitura da prática jurídica. VER: MACEDO JR.; Ronaldo Porto. . Do xadrez à cortesia. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

²³⁷ A discussão sobre se existe uma verdade “objetiva” também pode ser visualizada (embora com outros argumentos e posições) entre Dewey e Bertrand Russel. Este criticava a concepção de verdade assumida pelo pragmatismo nos seguintes termos: “aquilo que é independente de minha própria vontade está incorporada, para a filosofia, na concepção de 'verdade'. A verdade de minhas crenças, do ponto de vista do bom senso, não depende, na maioria dos casos, de qualquer coisa que eu possa fazer. É verdade que, se acredito que tomarei meu desjejum amanhã, minha crença, se verdadeira, é parcialmente em virtude de minhas próprias volições futuras; mas se eu acredito que César foi assassinado nos idos de março, o que torna minha crença verdadeira está totalmente fora do poder de minha vontade. Filosofias inspiradas pelo amor ao poder consideram esta situação desagradável e, portanto, põem-se a trabalhar, de várias maneiras, para minar a concepção do senso comum que atribuí aos fatos à fonte da verdade ou falsidade das crenças... O pragmatismo, em algumas de suas formas, é uma filosofia de poder. Para o pragmatismo, uma crença é "verdadeira" se suas consequências forem agradáveis. Com isso os seres humanos podem tornar as consequências de uma crença agradável ou desagradável. A crença na superioridade moral de um ditador tem consequências mais agradáveis do que a descrença, se você vive sob o governo dele. Onde quer que haja uma perseguição efetiva, o credo oficial é "verdadeiro" no sentido pragmático. A filosofia pragmatista, portanto, dá aos que estão no poder uma onipotência metafísica que uma filosofia mais pragmática negaria a eles. Não sugiro que a maioria dos pragmatistas admita as consequências de sua filosofia; Digo apenas que são consequências, e que o ataque do pragmático à visão comum da verdade é resultado do amor ao poder, embora talvez mais do poder sobre a natureza inanimada do que do poder sobre os seres humanos.” VER: RUSSEL, Bertrand. **Power: a new social analysis**. London: Routledge, 1996. (Tradução nossa). De Waals, todavia, explica que Dewey negava enfaticamente tal acusação feita por Russel: “O Sr. Russel procede primeiro por converter uma situação duvidosa em uma dúvida pessoal. [...] Então, transformando a dúvida em desconforto pessoal, a verdade é identificada com a remoção desse desconforto [...] [mas na minha visão] “satisfação” é satisfação das condições prescritas pelo problema”. Dessa maneira, para Dewey, a

Todavia, se alguém definir que, *para os propósitos de determinada linha de raciocínio*, utilizará os termos “verdade” e “objetividade” apenas para as proposições que conseguirem gozar de “previsibilidade” e “certeza”, então, de fato, a ausência de um consenso ético forte irá dificultar a “previsibilidade” e “certeza” das soluções jurídicas relacionadas a conflitos morais profundos, podendo-se dizer que não haverá uma “resposta objetivamente correta” para o caso. Pois é exatamente isso que Posner faz.

O autor esclarece o que compreende como “objetividade” na obra *“The Problems of Jurisprudence”*²³⁸. Primeiro, haveria a objetividade como “correspondência a uma realidade externa”. Esse tipo de objetividade só seria possível, em direito, em raríssimos casos. Segundo, haveria a objetividade em “sentido científico”, sendo aquela oriunda de um procedimento replicável que produzisse os mesmos resultados independentemente dos sujeitos que o executassem. Dada a natureza dos problemas jurídicos e os constrangimentos tipicamente colocados sobre os juízes, esse tipo de objetividade dificilmente será obtida. Terceiro, haveria a objetividade conversacional, compreendida como uma qualidade de razoabilidade ou plausibilidade das respostas. Tal “razoabilidade” adviria de uma bem-sucedida, ainda que temporária, persuasão sobre a solução a ser adotada²³⁹. Esse é o tipo de objetividade que poderia ser conseguida com mais facilidade pelo direito.

Todavia, o autor considera que nada de muito relevante poderia ser retirado dessa percepção de objetividade conversacional, pois tal resultado é largamente contingente, não podendo ser “perseguido” pela aplicação de qualquer método tipicamente “científico” (ou seja, qualquer procedimento que consiga replicar resultados em um padrão de certeza).

inquirição se relaciona com a tentativa de resolver as condições objetivas de uma situação indeterminada ou problemática. Por exemplo, se o problema é como dividir igualmente cinco pedaços de bolo de aniversário entre onze crianças, não é a satisfação pessoa da criança ou de que corta o bolo que determina se o bolo está cortado igualmente, mas se as onze crianças recebem todas a mesma quantia de bolo. O mesmo é verdade para a aquisição de conhecimento em geral. Lá também a questão não é se os inquiridores se sentem satisfeitos com a resposta, mas se a resposta soluciona o problema. É claro, solucionar o problema geralmente satisfará os inquiridores”. VER: WAALS, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.P. 161.

²³⁸ Os três tipos de objetividades são referidos nas páginas 11 e 12.

²³⁹ “Poderia até ser objetivo. Para o pragmático, “objetivo” não significa corresponder ao modo como as coisas realmente são, ninguém sabe como as coisas realmente são. Significa ser capaz de command agreement entre todos os membros de um grupo que subscreve princípios comuns. Na comunidade dos jogadores de xadrez, mover uma rocha diagnosticamente é objetivamente errado, enquanto na comunidade dos cientistas, desacreditar certos tipos de dados é objetivamente errado (...) A análise econômica da lei quase por definição nega a autonomia da lei. Mas se a ênfase for colocada, em vez disso, no desejo tradicional de impessoalidade e objetividade, de um governo de leis e não de homens, de métodos de investigação e análise que podem gerar respostas plausíveis, embora não cogentes, até mesmo para as questões jurídicas mais difíceis, para encontrar princípios de ordem na exuberante eflerescência da doutrina jurídica, a sugestão tem um mérito maior. Nesse plano, a antítese do formalismo não é a análise econômica do direito; é o profundo ceticismo sobre a desejabilidade ou mesmo a existência de uma ordem de direito que é característico de algumas versões do realismo jurídico e dos critical legal studies.” POSNER, Richard. *Overcoming Law*. *Op.cit.* P. 18. Tradução nossa.

Alguns dos fatores contingenciais são o grau de homogeneidade ética em uma comunidade, as habilidades retóricas dos advogados e as pressões políticas. Desse modo, a objetividade conversacional seria uma “conquista política”. A “inutilidade” da argumentação moral (e, portanto, da teoria moral), assim, residiria na falta de possibilidade de alcançar-se uma resposta objetivamente correta (em quaisquer dos três sentidos acima explanados) por meio de sua prática em sociedades marcadamente pluralista.

Todavia, uma interpretação caridosa permite que reajustemos a conclusão do seu argumento de maneira a “suavizar” o seu impacto: não é que a argumentação moral seja completamente inútil, mesmo nas sociedades marcadamente pluralistas. A argumentação moral é “completamente inútil” simplesmente para se obter “certeza” e “previsibilidade”.

A questão é que, uma vez que conflitos morais profundos não são facilmente “resolvidos” por meio de argumentação racional (“resolvidos” no sentido de “estabelecer-se um largo consenso moral sobre aquela matéria”), Posner simplesmente considera que os juízes deveriam “desviar” ao máximo possível do confronto direto entre perspectivas morais divergentes, fundamentando a decisão em argumentos “menos disputados” do ponto de vista axiológico. A ideia é “facilitar” um acordo sobre o resultado, reduzindo o dissenso moral no plano decisório sempre que possível por meio de um recurso aos “fatos”.

Essa é justamente uma estratégia possível a uma concepção de pragmatismo não ortodoxo. Esse tipo de pragmatista *não quer* entrar em uma deliberação moral em que se cobra uma justificação moral de suas premissas *ad infinitum*, já que isso seria simplesmente uma “perda de tempo”, considerando que qualquer resposta a que se chegue será percebida como “errada” por alguém.

Obviamente, decidir “desviar do conflito” ou “diluir o conflito” é, em si, uma posição moral. Nesse caso, se alguém perguntasse: “mas porque o juiz deve ‘desviar do conflito’, em vez de proceder, por exemplo, a uma ascensão justificatória que julgasse quais das proposições morais é mais condizente com a prática?”

Este é o ponto em que abordagem pragmática posneriana sobre o raciocínio jurídico faz uma intersecção com o âmbito político, pois a resposta para tal pergunta exige, na verdade, que se reflita sobre o “problema do pluralismo”. Se, no âmbito estritamente jurídico, a abordagem pragmática busca a diluição dos conflitos morais, é preciso compreender por qual razão os conflitos morais, oriundos do pluralismo, teriam que ser diluídos. É para proteger a sobrevivência do próprio pluralismo? Caso positivo, porque o pluralismo é um valor importante? Ou na verdade o pluralismo é apenas um “fato”, e o que o direito, junto

com outras instituições do Estado, deve evitar é simplesmente um escalonamento *físico* dos conflitos morais?

A resposta para tais pergunta não é óbvia: é possível que alguém defenda, por exemplo, que o não enfrentamento dos conflitos morais “diretamente” (ou seja, “desviando-se” do conflito por meio do “recurso aos fatos”) consiste em uma estratégia disfarçada de homogeneização da ética. É precisamente isso que iremos analisar no item 5.2.4.4.

Por enquanto, basta-nos reconstruir o que poderia ser a resposta de Posner para tais perguntas, caso ele quisesse efetivamente respondê-las.

Em “*Law, pragmatism and democracy*” (2003), Posner defende que a concepção de democracia que melhor se adequaria a sua abordagem pragmática seria aquela formulada por Schumpeter, com alguns ajustes. Nesse ponto, ele rejeita a praticabilidade da concepção de democracia epistêmica de Dewey, assumida como base, por alguns pragmatistas contemporâneos, para uma defesa da democracia deliberativa. Especialmente no capítulo 5, ele constrói seu argumento em “defesa” de tal concepção.

Ao argumentar por um modelo schumpeteriano, Posner faz algumas afirmações que nos permitem concluir o seguinte: o esvaziamento dos conflitos morais em uma sociedade pluralista é justificado pelo fato de que, sem isso, poderia haver uma crescente polarização ou extremização de posições políticas. Por isso o modelo da democracia das elites tal modelo valoriza as soluções de compromisso, permitindo a continuidade da normalidade política e facilitando a substituição do governante. A extremização de posições políticas, por sua vez, seria “ruim” porque arrefeceria a cooperação entre indivíduos, mas não só: a extremização também poderia implicar, eventualmente, na própria perda do ambiente culturalmente aberto, diverso e competitivo que seria tipicamente valorizado por uma posição darwiniana. Portanto, em última análise, permanece-se com o tom de evolucionismo moral e a estratégia de “da diluição dos conflitos morais” é expressamente valorizada por Posner no âmbito da democracia. É possível inferir, então, que as mesmas considerações são válidas para a estratégia de esvaziamento dos conflitos morais no âmbito judicial.

No tópico 5.2.4.4 voltaremos a abordar o problema dessa estratégia (a diluição dos conflitos morais) questionando, na oportunidade, se efetivamente isso implicaria em uma manutenção do ambiente pluralista ou se, na verdade, implicaria em um desrespeito das éticas minoritárias.

Por enquanto, devemos apenas fixar mais um ponto: o fato de dizermos que Posner parece efetivamente visualizar o “jogo de linguagem” como uma espécie de referência externa para um padrão de verdade como correspondência não implica que consideramos ser

impossível avaliar a “moral” de uma perspectiva científica. Explicando melhor: de fato, não podemos avaliar, de uma perspectiva científica, a moral “em si”, mas podemos avaliar as premissas fáticas e as consequências que segue a determinada posição moral.

Esse ponto é relevante porque no texto “*Objectivity and Truth: You Better Believed It*” (1996)²⁴⁰, Dworkin “denuncia” que o ceticismo externo, apesar de pretender se posicionar sob o um ponto de vista arquimediano em relação a moralidade, implica em uma concepção moral, em si, tendo em que não poderíamos nos posicionar “acima” (ou além) da moralidade para julgar a própria moralidade do ponto de vista de um tribunal arquimediano, assim como não podemos nos posicionar “acima” (ou além) da racionalidade para testá-la de tal ponto de vista.

Brian Leiter²⁴¹, todavia, considera que isso constitui a falácia no *non sequitur*, pois as razões pelas quais não podemos nos posicionar “acima” da razão não seguem, igualmente, à moralidade. Não podemos nos posicionar “acima” da razão porque acabaríamos no privando de *qualquer* critério pelo qual proceder. Todavia, podemos nos posicionar externamente a alguns componentes da moralidade, utilizando como “critérios” outros componentes (religião, biologia, estética etc.).

Leiter, então, remete à metáfora de Quine acerca de nossa situação epistêmica: assim como marinheiros em alto-mar, não podemos nos posicionar acima de todo nosso conhecimento sobre o mundo (ou seja, de tudo aquilo que conhecemos racionalmente) para reconstruí-lo do zero. Podemos, todavia, nos firmar em algumas tábuas de madeira para avaliar as condições de outras tábuas. Analogamente, podemos nos firmar em alguns componentes do nosso conhecimento para avaliar outros. Nesse caso,

uma teoria sobre a moralidade é somente um componente da totalidade de nosso conhecimento teórico sobre o mundo, e o fato de não existir um ponto de vista arquimediano que nos coloque é uma espécie de exílio cósmico não nos torna incapazes de avaliar tal componente de um ponto de vista externo dele próprio. ‘Exílio’ de um componente não é sinônimo de ‘exílio cósmico.’²⁴²

Nesse caso, seria possível avaliar, pelo menos, as premissas fáticas que compõem nossas crenças morais por meio de outros componentes, por exemplo, as ciências naturais ou sociais (o mundo empírico). É claro que tais componentes não se confundem: não é possível

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**. Vol. 25, No. 2, 1996, pp. 87-139.

²⁴¹ LEITER, Brian. Objectivity, morality, and adjudication. In: LEITER, Brian. Objectivity in law and morals. Cambridge University Press, 2001. Tradução nossa.

²⁴² *Idem*. 47.

firmar-se em “cima da tábua da ciência” para avaliar “normativamente” a tábua da moralidade, pois compete à própria moralidade estabelecer os critérios da normatividade. Proceder de tal seria cair na falácia naturalística, que é justamente o que estamos tentando evitar.

3.2 PRAGMATISTAS CONTRA POSNER

No tópico anterior, exploramos críticas dos teóricos moralistas (representados por Dworkin) contra Posner. Nesse tópico, iremos explorar as críticas desenvolvidas por Fish e Rorty, autores que possuem alguma afinidade de pensamento com Posner por se situarem no espectro do “pragmatismo”.

Um esclarecimento de termos sobre os termos é necessário. Sob o rótulo de “pragmatismo” enquadram-se concepções filosóficas sobre o pragmatismo (pragmatismo filosófico) e concepções aplicadas ao direito (pragmatismo jurídico). No primeiro caso, destaca-se o pensamento de Charles Sanders Peirce²⁴³, William James²⁴⁴ e John Dewey e seu principal “discípulo”, Richard Rorty. No segundo caso, destaca-se o pensamento de Stanley Fish e, especialmente, Richard Posner.

É relevante notar o esforço que Posner faz para distinguir as correntes filosóficas do pragmatismo na obra *“Law, pragmatism and democracy”* (2003), de modo a verificar as possibilidades de influência que cada uma poderá desempenhar no raciocínio jurídico²⁴⁵.

²⁴³ “Peirce é comumente considerado o fundador do pragmatismo. No entanto, esta opinião está sujeita a restrições muito sérias. O pragmatismo contemporâneo não se origina de Peirce, mas sim daquilo que William James acreditou que Peirce dissera... Peirce tentou repudiar o pragmatismo que James lhe atribuíra. Portanto, passou a denominar a sua própria filosofia de ‘pragmaticismo’, na esperança de que este neologismo deselegante chamasse atenção para a diferença”. VER: RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. P. 446.

²⁴⁴ “A importância filosófica de James é dupla. Já mencionamos o seu influente papel na difusão do pragmatismo. A outra vertente principal do seu pensamento se relaciona com uma doutrina que ele chamou de ‘empirismo radical’, exposta pela primeira vez em 1904...No entanto, destes admiráveis princípios, James desliza gradualmente para algo muito mais questionável. O método pragmático o leva à opinião de que as teorias científicas são instrumentos para uma ação futura, mais do que respostas finalmente aceitáveis aos problemas relativos à natureza”.VER: RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. P.451.

²⁴⁵ Quem também faz uma retrospectiva do pragmatismo filosófico é Cornelis de Waals. O autor faz um resgate histórico dos principais teóricos do pragmatismo passando por William James, Schiller, Dewey, Lewis, Rorty, até Susan Haack, além de outros autores, por doze capítulos do livro. O próprio Waals reconhece que não trata de todos os autores que poderiam ser chamados de pragmaticistas [na verdade, o termo convencional seria pragmatistas, tendo em vista que “pragmaticismo” constitui uma diferenciação feita por Peirce], mas apresenta um panorama que ele chama de “a ponta do iceberg”. WAALS, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2007. Tamanaha, por sua, faz um estudo das concepções “instrumentais” do direito. Nesse percurso, acaba trançando a “ancestralidade” do pragmatismo e apontando as bifurcações necessárias para uma compreensão ampla das relações entre as escolas do pensamento jurídico ocidentais modernas (especialmente, mas não somente, com foco nos Estados Unidos). TAMANAHA, Brian Z. **Law as a means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge University Press, 2006.

Primeiro, ele confere a definição mais simples e ampla de pragmatismo: “a rejeição da raiz e dos ramos do platonismo”, especificamente da crença em entidades “metafísicas” (deuses, o númeno de Kant, a noção dos realistas científicos do “universo como ele realmente é” e às Formas de Platão) e da “confiança de Platão num método de investigação baseado no apelo a uma faculdade racional com o treinamento e a orientação apropriados para captar verdades profundas sobre a ética, política e ciência, e se desdém pelo empiricismo como alternativa, quando mais, como os pragmatistas tendem a acreditar, como um método superior de investigação”²⁴⁶.

Em seguida, explica que as “garras” do platonismo, na filosofia ocidental, só começaram a se afrouxar de forma séria no final do século XVIII e início do século XIX, com Hume (Inglaterra), Hegel e, até certo ponto, Kant (Alemanha) e Emerson (Estados Unidos), reputando tal afrouxamento à ascensão da sociedade comercial²⁴⁷. Depois, vieram Darwin (inteligência humana como mecanismo para adaptar-se, experimentalmente, ao ambiente), Mill (falibilidade do pensamento), e, finalmente, Nietzsche, o “maior dos protoprágmatistas”.

Peirce, James e Dewey seria os filósofos “pragmatistas clássicos”, tendo este “tom” se espalhado para o direito na jurisprudência de Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo e os realistas das décadas de 20 e 30. Todavia o pragmatismo clássico teria sido “inchado” por correspondentes da filosofia do século XX, tal qual o positivismo lógico (empirismo lógico, Círculo de Viena e o “primeiro” Wittgenstein).

Os positivistas lógicos não era propriamente prágmatistas, uma vez que estavam em busca das condições de conhecimento (empreitada típica da filosofia abstrata platônica). O mérito dessa corrente teria sido “banir para escuridão sem fim a teologia, a filosofia moral, as especulações transcendentais e a teoria política – em outras palavras, grande parte da tradição filosófica ortodoxa”. Assim, o terreno estava “preparado” para a renovação do pragmatismo ocorrida no início dos anos 50.

Essa “renovação do pragmatismo”, que Posner data do início dos anos 50 a partir de Quine e do segundo Wittgenstein, teria se bifurcado em duas correntes: o “pragmatismo ortodoxo” ou “academizado” e o pragmatismo “não ortodoxo” ou “não conformista”. Ambas as correntes desafiaram “a obsessão da tradição filosófica de estabelecimento de condições que torna possível (ou impossível, pois o ceticismo filosófico é parte da tradição) afirmar a

²⁴⁶ POSNER, Richard. *Law and pragmatism*. P. 24. Tradução nossa.

²⁴⁷ “A última coisa que um comerciante quer é uma discussão com um cliente sobre assuntos fundamentais, o tipo de debate que aborrece por contestar seu modo de vida... Os mercados são um meio de capacitar estranhos potencialmente avessos a transacionar de forma pacífica uns com os outros, e uma relação superficial, na qual todas as questões profundas são equiparadas, é a base mais produtiva sobre a qual lidar com estranhos.” *Idem*. p. 24. Tradução nossa.

certeza de proposição ‘óbvias’, científicas, morais e políticas”²⁴⁸. A diferença entre elas, diz Posner, é que o pragmatismo ortodoxo ainda fala de “dentro da tradição”, tentando “derrubar” as bases epistemológicas e éticas do “platonismo” (sendo, por isso, considerados “antifundacionistas” e “ceticistas”). Os pragmatistas não ortodoxos (nos quais se incluem Dewey e Rorty), por sua vez, sequer pretenderiam analisar tais questões, pois, na prática, é completamente irrelevante para ser humano comum se a ciência descreve com exatidão, ou não, o universo. Estando os aviões voando, os prédios firmes no lugar e as doenças tratadas, quem se importa se a ciência nos fornece uma descrição verdadeira da realidade? O que nos importa, na verdade, é se o produto da atividade científica está resultando em algo que, na prática, valorizados. Postura semelhante seria aplicada às questões sobre a moralidade:

Se solicitado a aceitar uma abordagem utilitária, kantiana ou religiosa a questões morais, o pragmatista não conformista vai querer saber quais são as prováveis consequências das várias abordagens para os assuntos no quais está interessado. Se não gostar das consequências de uma abordagem em particular, se, em outras palavras, suas intuições morais se chocarem com os ensinamentos de uma teoria moral, ele seguirá suas intuições. Não se impressionará, por exemplo, com os argumentos utilitários para o infanticídio ou a eutanásia ou o argumento kantiano para nunca mentir ou os argumentos católicos de que o aborto viola a lei natural. Vai querer saber das consequências de ele acreditar em qualquer dessas coisas antes de abandonar suas crenças atuais, por mais que estejam baseadas na “razão”.²⁴⁹

Nesse ponto, Posner faz uma afirmação muito breve, que passa quase despercebida, mas que pode ser interpretada como uma “concessão” parcial às críticas de Dworkin (e outros moralistas) expostas no tópico anterior.

[O pragmatismo ortodoxo] está tentando, portanto, descrever seu tipo de pragmatismo como anti-filosófico. Por vezes, me rendi a essa tentação, mas estava errado ao fazê-lo. Uma coisa é ignorar a corrente principal ou ainda toda a filosofia, como muitos fazem. Outra coisa é atacá-la. Este é um movimento dentro da filosofia, apesar de heterodoxo. A filosofia não tem fronteiras fixas; se alguém impulsionar sua carreira escrevendo contra a filosofia, de que mais se poderia chamá-lo a não ser de filósofo?²⁵⁰

Apesar de o autor não esclarecer exatamente em que momento “se rendeu” à tentação de atacar a filosofia tradicional, parece-nos que o comentário cabe perfeitamente aos “ataques” empreendidos contra filosofia moral no final da década anterior.

²⁴⁸ *Idem.* P. 28. Tradução nossa.

²⁴⁹ *Idem.* P. 31. Tradução nossa.

²⁵⁰ *Idem.* P. 31. Tradução nossa.

Nas páginas seguintes, tal percepção é reforçada quando Posner “muda” o tom ao endereçar o problema da moralidade dentro da abordagem pragmática. Lembramos que, nos textos de debate com Dworkin, o tom era de franca hostilidade à teoria moral e de defesa quase “apaixonada” da sua concepção de moralidade que Dworkin chamou de “evolucionismo moral”. Cinco anos depois, Posner soa mais calmo ao admitir, “finalmente”, o “ponto cego” do pragmatismo aplicado ao direito (que ele chama de “pragmatismo cotidiano”): a ausência de um comprometimento com alguma concepção específica de moralidade o torna “volúvel” a movimentos políticos de qualquer espectro ideológico e de qualquer grau de “extremismo”:

A ênfase no pragmatismo cotidiano traz para o centro da discussão a crítica mais comum de o pragmatismo como um guia de comportamento: sua falta de limites morais. Mesmo ao pragmatismo filosófico falta uma valência política e, portanto, é igualmente compatível com visões sociais reacionárias e revolucionárias. O pragmatismo parece se reduzir ao “Atenha-se aos fatos, senhora”, levando-nos direto para o hiato criado pela valorização dos fatos. É bem verdade que o pragmatismo, do tipo filosófico ou cotidiano, e seja o primeiro ortodoxo ou não ortodoxo, não possui limites morais. Mas vejo isso não como uma crítica, mas como um passo essencial para reenfocar a teoria legal e política. O pragmatismo nos ajuda a ver o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho. Se a ação política for para ser restringida, isso tem que ser por fatores psicológicos, profissionais e institucionais em vez de por uma conversa que leve a um consenso moral e político. Devemos aceitar a pluralidade irreduzível de metas e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea como a dos Estados Unidos, e prosseguir a partir desse ponto²⁵¹.

Sobre o pragmatismo cotidiano, Posner afirma que teria encontrado “pouca coisa no pragmatismo americano clássico ou nas versões ortodoxas ou não ortodoxas da filosofia pragmática moderna” que o direito pudesse usar. A contribuição essencial do pragmatismo filosófico à prática jurídica reside, assim, não nas “ideias”, mas no *tom* pragmático.

O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usado nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalho duro e avançar²⁵².

²⁵¹ *Idem*. P. 43. Tradução nossa.

²⁵² *Idem*. P. 45. Tradução nossa.

A afirmação deve ser lida com ponderação, pois vimos, no tópico anterior (debate com Dworkin) que pragmatismo de Posner, no final da década de 90, assumia explicitamente uma base filosófica (a filosofia da linguagem de Wittgenstein, ainda que de forma mal compreendida), o que implica que seu pragmatismo cotidiano não é “alheio” sequer à filosofia ortodoxa, quiçá à filosofia não ortodoxa. Ao contrário: se o pragmatismo cotidiano se apresenta como uma versão ainda mais “pragmática” que o pragmatismo não ortodoxo (como veremos no subtópico 3.2.2), tal movimento só ocorre após uma década de debates dentro da filosofia “ortodoxa”. Em outras palavras: apenas depois de “esgotar” os argumentos que poderia construir dentro de uma concepção ortodoxa de pragmatismo, Posner flerta com uma concepção não ortodoxa e, posteriormente, “constrói” seu pragmatismo cotidiano.

Assim, o “espírito” do pragmatismo cotidiano não é propriamente o “espírito pragmático” do comerciante americano que, não tendo paciência para abstrações sobre a moralidade e a verdade, quer apenas saber como gerar mais lucro sem correr o risco de receber multas ou ser preso²⁵³. Trata-se mais de um espírito filosófico “derrotado”: Posner primeiro tentou, *filosoficamente*, demonstrar o “erro” das concepções moralistas, defendendo uma concepção de “ceticismo moderado”. Agora, ele muda de estratégia e tentar “contornar” o debate filosófico, munido da compreensão de que “não adianta” debater sobre as condições de estabelecimento da “verdade”, nem sequer para defender uma concepção ceticista. Todavia, ele só chegou na conclusão de que não adianta debater com “platonistas” porque ele próprio já esgotou sua cota de argumentos ceticistas. Logo, seu pragmatismo do cotidiano possui, na raiz, um debate filosófico sobre as condições de estabelecimento da “verdade” que, depois, se converte em uma “desistência” de tal debate. Poderíamos dizer que é uma espécie de “meta ceticismo”: um ceticismo sobre a utilidade da “filosofia tradicional” (com suas concepções objetivistas e ceticistas sobre a verdade) que se origina de uma concepção moderadamente ceticista sobre a possibilidade de se estabelecer a verdade ou falsidade de proposições morais.

²⁵³ “O espírito pragmático do comerciante “médio” é exatamente o espírito descrito por Holmes: “Se você quiser saber o que é o direito e nada mais, você deve pensar como o ‘homem mau’, que se importa somente com as consequências práticas que a tal percepção permite que ele preveja (...) O que é o direito? Você vai encontrar alguns escritores dizendo que é (...) um sistema de razão, que é uma dedução dos princípios da ética ou axiomas generalizados (...) Mas se tomarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, veremos que ele não se importa em nada com axiomas de dedução. Tudo o que ele quer saber é o que tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra provavelmente irão dizer que é (...) As profecias sobre que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso que isso, é o que eu quero considero que o direito é”. VER: HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. **Harvard Law Review**. Vol. 10, 1897. P. 3. Disponível em: < <http://emoglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>> Tradução nossa.

Esse movimento de Posner – de uma concepção pragmatista ortodoxa fundada em um ceticismo moderado, ao longo da década de 90, para uma concepção de pragmatismo cotidiano que tenta ser ainda mais “prático” que o pragmatismo não ortodoxo, a partir do início dos anos 2000 – deve ser bem marcado para que se compreenda à qual concepção de pragmatismo dirigem-se as críticas de Fish e Rorty.

O texto base da crítica de Fish – “*Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence*” – data de 1990 e consiste em uma resenha crítica da obra “*The Problems of Jurisprudence*”, do mesmo ano. Portanto, a crítica de Fish está direcionada ao que seria ainda uma versão ortodoxa do pragmatismo de Posner. Como veremos, Posner parece ter absorvido tais críticas e reformulado sua concepção de pragmatismo no início dos anos 2000.

O texto base da crítica de Rorty, retirado da palestra “*Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress*”, foi proferido em 2006, após, portanto, a publicação de “*Law, pragmatism and democracy*” e como resposta às críticas que Posner faz a Rorty nessa obra. O ponto interessante é que Posner critica Rorty em termos semelhantes (embora não idênticos) às críticas que recebeu de Fish vários anos antes. Por meio da oposição entre a abordagem de Posner e Rorty será possível compreender melhor a diferença entre aquilo que Posner chama de “pragmatismo filosófico não ortodoxo” (atribuído a Rorty) e a sua própria concepção de pragmatismo cotidiano.

Para fins de organização, traçamos as distinções entre termos (binômios) frequentemente utilizados para fazer referência aos “tipos” de pragmatismo.

Primeiro, temos o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico. Como já explicado, Posner afirma que o pragmatismo jurídico não assume, necessariamente, as premissas do pragmatismo filosófico. O pragmatismo jurídico, na verdade, assumiria apenas a “postura” pragmatista geral (*pragmatista mood*).

Depois, temos o pragmatismo filosófico ortodoxo e o não ortodoxo. O primeiro, ainda “ingressa” no debate contra os objetivistas em relação a possibilidade e condições da verdade. O ceticismo, por exemplo, seria uma posição ortodoxa. Já o pragmatismo não ortodoxo não entraria em debate, assumindo um sentido de “verdade” que fosse utilizado no próprio cotidiano.

Ainda temos concepções fundacionistas e antifundacionistas sobre o direito e a moral. As concepções fundacionistas, como o nome indicam, “fundam” o sistema em um ou

alguns princípios que unificam o todo. As concepções antifundacionistas rejeitam a utilidade de se buscar tais princípios unificadores²⁵⁴.

Por fim, temos concepções normativas e descritivas sobre o direito. Tal distinção é muito relevante no âmbito do pragmatismo, pois há um debate intenso sobre se esse “rótulo” abrigaria, ou não, programas normativos. Ademais, considerando-se que o pragmatismo alberga, sim, programas normativos, ainda há um debate para saber que tipo de programas normativos seriam esses, pois tanto correntes críticas de “esquerda” (por exemplo, o CLS) quanto concepções tradicionalmente entendidas como “de direita” (a AED) mobilizam tal rótulo.

3.2.1 Stanley Fish contra posner: a impossibilidade de um “pragmatismo normativo”

Fish inicia o texto *“Almost pragmatism: Richard Posner’s Jurisprudence”*²⁵⁵ anunciando, para o choque e surpresa de todos, que fará uma resenha crítica positiva de *“The Problems of Jurisprudence”*.

De fato, durante o primeiro terço do texto, Fish manifesta concordância com os *insights* de Posner que versam sobre aspectos descritivos do direito, especificamente no que diz respeito à rejeição de teorias que argumentem pela existência de uma “chave” para compreensão da prática judicial que seja, ao mesmo tempo, abstrata, fortemente normativa e preditiva em relação ao conteúdo das decisões judiciais. Isso já era esperado: Fish é tão crítico da abordagem teórica de Dworkin quanto Posner, tendo travado debates igualmente “épicas”. Inclusive, Fish parece elogiar o fato de que, na obra de Posner é estruturada de maneira a desconstruir as pretensões fundacionistas das abordagens teóricas:

Em outros tratados de Teoria do Direito, o argumento é construído passo a passo até resultar no que promete ser um magnífico edifício (ou império), mas aqui "não há edifício" (p. 69), e sim apenas uma nova tentativa de estabelecer uma outra base, a qual se descobre, de modo quase imediato, estar tão "podre" quanto a anterior (p. 392).²⁵⁶

²⁵⁴ A distinção entre uma abordagem pragmatista antifundacionista e uma abordagem platônica fundacionista pode ser visualizar em: WARNER, Richard. Legal pragmatism. In: PATTERSON, Dennis (ed.) **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2.ed. [S.l]: Baelkwell Companions to Philosophy, 2010, pp.406-414. Nesse texto, Richard Warner tenta traçar um fundamento de legitimação para normas jurídicas (“por que devemos obedecer a determinadas leis, mas a outras não?”), comparando as abordagens de Catherine Wells e de Richard Wright, chegando a conclusão que, para um pragmatismo rortiano, tal fundamentação seria impossível de ser encontrada em um princípio teórico.

²⁵⁵ FISH, Stanley. Almost pragmatism: Richard Posner’s Jurisprudence. **University of Chicago Law Review**, Vol. 57, 1990, pp. 1447–49.

²⁵⁶ *Idem*. P. 1447-1448. Tradução nossa.

Todavia, o “*almost*” do título já denuncia que a abordagem pragmática de Posner, na visão de Fish, contém contradições e pontos insustentáveis. Nesse tópico, iremos sintetizar essas críticas e, como não encontramos nenhum texto em que Posner as refutasse diretamente, também nos caberá o encargo de demonstrar em que pontos a crítica de Fish pode ter mal interpretado (ou super interpretado) as palavras de Posner.

O ponto central da crítica é: o pragmatismo de Posner, em vez de contentar-se em ser apenas uma descrição da prática judicial, contém um programa normativo que o torna, em última análise, tão fundacionista quanto as abordagens teóricas que ele critica.

Indícios desse “comprometimento normativo” (como uma espécie de fé na racionalidade) aparecem como “lapsos” em algumas partes do texto, apontadas por Fish:

Quando Posner afirma que “(uma) *ratio* judicial normalmente derrotará até mesmo uma análise acadêmica mais bem fundamentada por causa do valor que o direito atribui à estabilidade” (p. 95), ele parece conferir à razão tanto um privilégio quanto uma independência que, em outra oportunidade, ele nega que ela tenha. Não seria mais fiel à tese dele, vista de modo mais abrangente, substituir “mais bem fundamentada” por “diferentemente fundamentada”, e reconhecer que o desejo por estabilidade é, em si mesmo, uma razão, a qual não é nem pior nem melhor do que as razões acadêmicas que são apresentadas em contextos normativos institucionais? E, finalmente, nesta seleção de lapsos ou deslizes ocasionais, mas não fatais, realmente não funcionará, no contexto do espírito que inspira o livro, cotejar “a persuasão por meio da retórica” com “as mais frias formas de argumentação racional”. Uma fundamentação racional (algo que tem diferentes formas em diferentes épocas em diferentes disciplinas) é, em si mesma, apenas uma forma de retórica, talvez mais fria se a unidade de medida de calor for um contador de decibéis, mas permeada por uma visão tão partidária e contestável quanto aquela que inspira qualquer retórica que ouse aceitar esse título.²⁵⁷

Fish afirma, então, que à medida que a obra avança, torna-se mais perceptível que Posner faz um indevido “alargamento” do pragmatismo e contraria sua própria premissa inicial.

Ocorre que, como vimos no tópico anterior, Posner entende que o termo “objetividade” pode ser usado para se referir a três padrões de verdade: verdade como correspondência, verdade científica e verdade conversacional. No direito, o primeiro tipo de padrão de verdade é inatingível; o segundo padrão não é alcançado com frequência e o terceiro padrão, embora possa ser alcançado, “não nos diz muita coisa”, já que qualquer consenso conversacional será resultado de elementos fortuitos e não de qualquer força

²⁵⁷ *Idem*. P. 1457. Tradução nossa.

racional intrínseca aos argumentos morais. O problema, diz Fish, é que ao longo das páginas seguintes, Posner parece acreditar que muita coisa pode ser retirada desse fato.

Tentarei dar foco a minhas críticas retornando ao momento em que Posner declara que, dentre os três tipos de objetividade, o terceiro – objetividade conversacional – pode ser alcançado no direito, mas, ele adiciona, "isso não quer dizer muita coisa" (p. 31). Contudo, nas páginas seguintes, ele, às vezes, parece pensar que dá para derivar muita coisa dessa afirmação. Sem dúvidas, para mim, *qualquer coisa* que se considerasse derivada do fato da "objetividade conversacional" seria demais, pois isso significaria confundir uma abordagem pragmatista do direito com um programa pragmatista.²⁵⁸

Em suma, Posner deriva um programa normativo "pragmático" de sua concepção descritiva pragmática. A diferença é a seguinte:

Uma abordagem pragmática do direito refere-se à questão do modo de funcionamento do direito e fornece aquela que eu acredito ser a resposta correta: o direito não opera mediante a identificação de um arranjo abrangente de princípios e a subsequente obediência a ele, ou mediante um cálculo lógico, ou, ainda, mediante uma revelação por uma autoridade, e sim mediante o emprego de um frouxo arranjo de recursos heterogêneos na busca por soluções políticas para conflitos que, em seguida, devem ser reformulados (isto é o que o direito exige e o que o público deseja) em termos apolíticos e abstratos (fairness, igualdade, "o que a justiça exige"). (...). Diferentemente, um programa pragmatista questiona: "o que deriva de uma abordagem pragmatista?". E, então, responde, mas, ao fazê-lo, trai o seu próprio princípio primeiro (que é não ter nenhum princípio), transformando-se, sem querer, no fundacionismo e no essencialismo que rejeita.²⁵⁹

Fish, então, passa a esclarecer qual seria esse programa normativo da abordagem pragmática de Posner. Basicamente, seria um empirismo dos fatos, semelhante aos realistas. Inclusive, tal qual os realistas, Posner incorreria na contradição de:

primeiro, descartar o mito da objetividade embutido em conceitos jurídicos impactantes, mas vazios (Estado de Direito, neutralidade do devido processo legal), e depois, substituí-lo pelo mito dos "fatos reais" ou do "discurso exato" ou da "experiência real" ou de uma "abordagem científica racional". Ou seja, troca-se o essencialismo identificado com o jusnaturalismo ou com a lógica conceitual por outro, identificado com o empirismo forte das ciências sociais. (...). O advogado ou jurista que troca o aparato conceitual codificado pelo aparato dos métodos estatísticos e da psicologia behaviorista não está a trocar fatos vistos pela perspectiva específica de um sistema discurso artificial por fatos reais, brutos. Na verdade, ele troca os fatos que

²⁵⁸ *Idem*. P. 1457. Tradução nossa.

²⁵⁹ *Idem*. P. 1458. Tradução nossa.

surgem de um sistema discursivo – uma contestável formulação do mundo – por fatos que surgem de outro.²⁶⁰

De fato, a abordagem pragmática de Posner recebe influências do realismo. A obra “*How Judges Think*”, por exemplo, parece uma empreitada contemporânea do clássico “*The Common Law Tradition*” de Llewellyn²⁶¹ e ele, de fato, reclama da bagagem conceitual do direito.

Os conceitos dos quais Posner efetivamente desdenha (*guilt, fairness, impartiality* etc.) são exatamente aqueles que, na visão de Fish, seriam imprescindíveis para o jogo de linguagem do direito. O que Posner reputaria ser uma “ilusão” pelas quais os juristas exerceriam seus papéis no direito, seria, na verdade, as premissas que constituíram aqueles próprios papéis.

O direito surge porque as pessoas querem previsibilidade, estabilidade, proteção igualitária, um reino da justiça, etc., e porque elas querem acreditar que é possível garantir essas coisas mediante a instituição de um conjunto de procedimentos imparciais. Esta incompleta lista de desejos que está por trás do surgimento do direito é mais ou menos idêntica à lista de coisas que Posner desmascara em seu livro, começando com a objetividade e continuando com a existência de regras determinadas, a neutralidade axiológica do juiz, limitações impessoais, o direito à privacidade, a autonomia da vontade, os precedentes, a intenção, a mente, a autocontenção judicial, etc. Ele descreve-se repetidamente como alguém que está a “desmistificar” estes conceitos a serviço da “luta contra a presença de entidades metafísicas no direito” (p. 185), e ele escreve depreciativamente sobre as ilusões, presunções e equívocos por meio dos quais os atores da cultura jurídica se auto enganam. Porém, o resultado do sucesso dessa luta, caso Posner ou qualquer outra pessoa o alcançasse, não seiria um universo conceitual limpo, e sim um universo desprovido dos adereços necessários para que o direito possa envolver um raciocínio persuasivo. Em síntese, o direito só funcionará – não em sentido realista ou econômico, e sim no sentido de responder aos desejos que conduzem à sua institucionalização – se as entidades metafísicas que Posner gostaria de remover forem conservadas; e, se a história de nossa experiência com o direito tem algo a nos ensinar, elas serão conservadas, independentemente do que qualquer análise econômica ou desconstrutiva possa demonstrar.²⁶²

Todavia, Fish usa trechos da obra de Felix Cohen e Jerome Frank como “exemplos” da contradição exposta na citação acima, o que tá indica que a “comparação” com Posner não é tão adequada. Ocorre que Cohen e Frank são os realistas mais “radicais” do movimento, sendo que Posner rejeita expressamente tal radicalismo. Ao mesmo tempo, Posner nunca diz –

²⁶⁰ *Idem.* P. 1458. Tradução nossa.

²⁶¹ LLEWELLYN, Karl. **The Common Law Tradition: Deciding Appeals.** Boston: Little Brown & Co, 1960.

²⁶² FISH, Stanley. Almost pragmatism. *Op.cit.* P. 1462. Tradução nossa.

a exemplo de Cohen – que o direito deve livrar-se absolutamente de todos os conceitos jurídicos, até porque, como vimos no tópico 2.5, ele mantém uma preocupação com a consistência. Ora, de que modo um juiz poderia avaliar se um caso presente se amolda ao precedente sem mobilizar conceitos? O que Posner realmente rejeita, assim, é a mobilização de conceitos extremamente abstratos que, aplicados aos casos concretos, significam praticamente qualquer coisa. Podemos remeter, como ilustração, ao problema da banalização da “dignidade da pessoa humana” na prática brasileira.

De todo modo, a crítica continua a ser pertinente se assumirmos, com Fish, que o pragmatismo não admite um programa normativo:

Uma vez que a abordagem pragmatista do direito (ou qualquer outra coisa) tenha demonstrado que a prática do direito não é fundada em um arranjo abrangente de princípios imutáveis, em um método infalível e impessoal ou em uma linguagem observacional neutra, não haverá mais nada a dizer (“dizer que alguém é um pragmatista é dizer muito pouco” (p. 28)), nenhum lugar a que se precise ir. Certamente, não se pode derivar de uma abordagem pragmatista, com sua ênfase nos infinitos processos de formação humana e de imprevisível e repetitivo alcance da objetividade conversacional, um admirável novo mundo do qual as formulações conceituais tenham, felizmente, sido removidas. Na verdade, se você assumir o antifundacionismo do pragmatismo de modo sério (algo que, no final das contas, Posner, com seu empirismo, não tem como fazer), você perceberá que não há absolutamente nada a se fazer com isso.²⁶³

Apesar de reconhecer-se como uma voz isolada, Fish insiste que é indevido retirar-se conclusões normativas de uma descrição da prática²⁶⁴. O problema é que a correta identificação do funcionamento de determinado jogo de linguagem não irá constituir, em si, um modo de praticar aquele jogo de linguagem de maneira devida. A descrição funciona como uma metalinguagem que, na prática, não oferece qualquer justificação:

Como um analista ou observador do direito, você tem condições de saber que esses recursos, no final das contas, não podem ser justificados por elementos externos à cultura; mas, como um prático, a justificação com base em elementos externos não é o seu negócio (você não é um filósofo ou um antropólogo). Como um prático, você obtém as suas justificações onde você pode obtê-las. Um lugar em que você não as obterá é na prática de descrever a prática para a qual você está buscando uma justificação. O erro que tanto Rorty quanto Posner cometem (ainda que de maneiras diferentes) é pensar que uma descrição da prática tenha valor em um jogo que não seja o jogo da descrição. Você pode achar (como Posner, Rorty e eu achamos) que a melhor maneira de descrever o direito é com categorias pragmatistas; mas isso não significa que a melhor maneira de operar o

²⁶³ *Idem*. P.1464. Tradução nossa.

²⁶⁴ Nesse mesmo texto, Fish ainda irá criticar Rorty, com o mesmo argumento.

direito seja com categorias pragmatistas ou que uma descrição pragmatista seja uma nova fonte de justificação; na verdade, não há motivo para se pensar que os resultados de um esforço descritivo possam ser transformados em uma receita para a prática ou o ato de justificar.²⁶⁵

Nesse ponto, Fish está apenas parcialmente correto, pois a descrição do jogo de linguagem poderá, em alguns casos, servir como mecanismo para aperfeiçoamento da prática. É justamente isso que Posner propõe: ao concluir que não é possível obter mais do que uma objetividade conversacional fugaz em relação às questões morais (descrição pragmática), ele tenta “desviar” do conflito moral por meio de esclarecimentos dos fatos que circundam tal conflito. Qual é, afinal, a melhor forma de praticar o direito? Posner pragmático nos apresenta uma forma: olhando para os fatos. Mas seria esta, realmente, uma boa forma de se praticar o direito? No tópico 4.1.3, veremos como Posner-juiz decide e poderemos ter mais segurança para formar nossas conclusões.

Fish, todavia, já indicaria que não necessariamente. Recentemente, em entrevista, ele explicou que, em conflitos ideológicos, haveria um viés cognitivo que conformaria a leitura dos fatos às concepções morais das pessoas. Então, o recurso de Posner ao empirismo como meio de esvaziar os conflitos morais pela “cogência” dos fatos seria tão inútil, na prática, quanto a teoria moral.

O problema, segundo Fish, é que nós não estamos trabalhando com os mesmos fatos. Ele deu, como exemplo, uma análise da recente cobertura do massacre do Pulse Club, em Orlando. “Se você lesse apenas as capas [dos jornais], você nem imaginaria que eles estavam escrevendo sobre o mesmo evento, pois, em um dos casos, o do New York Daily News, o vilão era a National Rifle Association, que foi praticamente acusada de puxar o gatilho”, ele disse. “Do outro lado, o do New York Daily News, o evento foi mais uma rodada da longa batalha entre o “Estado Islâmico” (ISIS) e os Estados Unidos”. Essas duas abordagens, segundo Fish, obviamente são incompatíveis, mas duas comunidades diferentes acreditam nelas de modo tão fervoroso que não podem ser convencidas mediante a apresentação de um conjunto de fatos em sentido contrário. Fish destaca que isso é o que acontece com muitas comunidades de teóricos da conspiração, como aquelas que acreditam que o Holocausto não aconteceu ou que Lyndon Johnson esteve por trás do assassinato de Kennedy. “A questão é, “Você consegue mostrar a essas pessoas um conjunto de fatos que as faria abandonar aquilo que consideramos como perspectivas esdrúxulas”?, disse Fish. “A resposta à é essa pergunta é não, pois todo mundo que está comprometido com uma narrativa consegue pegar qualquer conjunto de evidências em sentido contrário e subvertê-lo, de modo a encaixá-lo na perspectiva da história em

²⁶⁵ *Idem*. P. 1469. Tradução nossa.

que acredita”. Os fatos, em outras palavras, não são coisas a respeito das quais as pessoas podem concordar com facilidade.²⁶⁶

Esse é o ponto em que a crítica de Fish é mais pertinente (apesar de ter sido o ponto menos explorado no artigo “*Almost pragmatism*”), pois compromete o pragmatismo naquilo que lhe é mais caro: ser útil para alguma coisa, na prática. No tópico 5.2.4.2, voltaremos a esse ponto para compreender o quão pertinente tal crítica é.

3.2.2 Richard Rorty contra Posner – O equivocado abandono da “crença” no progresso moral

Richard Rorty é considerado o principal discípulo de John Dewey e a principal voz da revalorização do pragmatismo filosófico. Assim como Posner, Rorty é criticado por Fish por possuir uma abordagem pragmática que contém um programa normativo. Ao contrário de Posner, contudo, o programa normativo de Rorty tem tons de romance e idealismo que muitos percebem no pragmatismo de Dewey.

Na palestra “*Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress*”²⁶⁷, proferida em 2006, mediada por Martha Nussbaum, Rorty defende, então, que a abordagem pragmática de Posner é incompatível com o pragmatismo de Dewey no que diz respeito à crença no “progresso moral”.

Crítica semelhante é feita por outros filósofos pragmáticos, que acusam Posner de ter descaracterizado o pragmatismo de Dewey ao esvaziá-los dos seus compromissos políticos.

Por exemplo, Misak²⁶⁸ e Westbrook²⁶⁹ defendem que o pragmatismo de Dewey implica um compromisso com a democracia deliberativa, ao passo em que Posner entende que os regimes políticos podem variar para manter-se, justamente, uma atenção ao que “funciona”, na prática.

Rorty, todavia, não chega a ir tão longe quando Misak e Westbrook, pois, em sua visão, o compromisso político assumido pelo pragmatismo é simplesmente com a “esperança”. Rorty admite, então, uma variação ou relativização do conteúdo das normas

²⁶⁶ DEAN, Michelle. Stanley Fish on the impossibility of arguing with Trump supporters. *The Guardian*. Philosophy Books. 22 jul 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/books/2016/jul/22/stanley-fish-donald-trump-winning-arguments-2016-election>>. Tradução nossa.

²⁶⁷ RORTY, Richard. *Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress*. Annual Dewey Lecture in Law and Philosophy, 2006. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/recordings/richard-rorty-dewey-and-posner-pragmatism-and-moral-progress>>

²⁶⁸ WESTBROOK, Robert. *Democratic Hope: Pragmatism and the Politics of Truth*. Ithaca: Cornell UP, 2005.

²⁶⁹ MISAK, Cheryl. Making Disagreement Matter: Pragmatism and Deliberative Democracy. *The Journal of Speculative Philosophy*. New Series, Vol. 18, n.1, 2004, pp. 9-22.

morais e das estratégias políticas, mas não admite uma relativização da *crença* de que é possível obter progresso moral.

Nesse caso, haveriam uma incompatibilidade entre o pragmatismo de Dewey e o de Posner, uma vez que este não reconheceria a possibilidade de afirmarmos que nosso código moral de hoje seria “melhor” que os códigos morais do passado.

Na palestra em questão, Rorty expõe os argumentos que sustentam essa tese, ao mesmo tempo em que acaba por defender, transversalmente, que a abordagem de Dewey – idealista e romântica no que diz respeito à crença no progresso moral – é “melhor” que a abordagem de Posner.

Rorty inicia a conferência lembrando que os pragmatistas clássicos (cita William James e John Dewey) teriam descartado a busca metafísica pela natureza (essência) das coisas e substituído a questão metafísica que orientava as ciências – “conhecer a realidade como ela é” – por uma questão pragmática: “quais descrições das circunstâncias são mais úteis para os objetivos humanos?” A partir de tal reorientação do problema, o pragmatismo passa a nivelar a relevância das ciências naturais com a relevância da política (moralidade), pois ambos os sistemas são igualmente fontes de sugestões para o agir humano. A equalização entre o saber científico e o saber político/moral implicará, na visão de Rorty, no reconhecimento de que se é possível falar em “progresso científico”, também será possível falar em “progresso moral”.

Posner, todavia, nem colocaria a ciência e a moralidade no mesmo patamar “hierárquico”, nem reconheceria a veracidade de afirmações sobre o progresso moral. Nesse caso, Rorty se desafia a demonstrar que não existe diferença relevante entre as empreitadas da ciência e da moralidade (e suas respectivas práticas teóricas) e que isso implica que é tão possível falar em progresso moral quanto é possível falar em progresso científico.

O nivelamento entre ciência e moralidade é realizado com recurso à concepção de ciência de Thomas Kuhn. De acordo com tal concepção, a ciência é uma prática concreta (e não uma abstração racional) que se desenvolve de maneira diferente em cada época, apresentando peculiaridades em razão das necessidades materiais e éticas de cada sociedade histórica. Tal concepção desafia a compreensão de ciência como atividade racionalidade controlada, alheia às contingências e à subjetividade.

Mais que isso: tal concepção, na visão de Rorty, descreve a atividade (e crenças) científicas nos mesmos termos em que se costuma descrever a atividade (e crenças) políticas e morais. Nos dois âmbitos, só podemos fazer afirmações “verdadeiras” ou “falsas” em razão da existência de um consenso linguístico acerca dos critérios para se determinar

verdade/falsidade. Assim, não é a existência de uma “verdade” que força a existência de um consenso. É a existência de um consenso que permite a afirmação de uma verdade.

Nesse ponto, Rorty reconhece que Posner aceita a visão kuhniana sobre a ciência. Como vimos no tópico anterior, Posner não reputa que a “verdade científica” será estabelecida como “verdade como correspondência”, mas sim como “consenso” acerca das práticas e critérios. O problema é que o mesmo grau de “consenso linguístico” tipicamente obtido na conformidade de um paradigma científico não poderá ser obtido, em relação à moralidade, em sociedades plurais. Desse modo, Posner permanecerá a fazer uma distinção entre ciência e moralidade em razão do “grau” de “objetividade” que poderia ser obtido das duas práticas.

Rorty argumenta, todavia, que tal distinção indicaria não uma diferença entre “ciência” e “moral”, mas sim uma diferença entre “teoria científica” e “teoria moral”. Sendo a diferença entre as “teorias”, e não entre os “objetos”, então permanecerá possível dizer que, do mesmo modo que é possível se obter progresso científico, também é possível se obter progresso moral. Em ambos os domínios, diz Rorty, “crenças verdadeiras têm gradualmente substituído crenças falsas”.

Não conseguimos compreender esse argumento de Rorty. Primeiro, ele não explica qual seria a diferença entre “ciência e moralidade”, de um lado, e “teoria científica e teoria moral”, do outro lado. Supomos, no parágrafo acima, que o autor quis se referir a uma distinção entre o “objeto” e o “discurso” sobre o objeto²⁷⁰. Todavia, se Rorty adota uma compreensão anti-metafísica e baseada na teoria da linguagem de Wittgenstein, não é adequado separar, filosoficamente, “objeto” e “discurso sobre o objeto”, pois o “discurso sobre objeto” é o que constitui o próprio objeto. Inclusive, ao fazer uma distinção entre objeto e discurso, Rorty parece estar reputando à “ciência” e à “moral” alguma espécie de

²⁷⁰ Para que o leitor possa tirar suas próprias conclusões: “[Posner] escreve, eu cito, ‘ mesmo que o realismo científico seja rejeitado em favor da visão de que a ciência produz resultados "objetivos" apenas porque os cientistas formaram uma comunidade coesa de pensamento semelhante. Mesmo que aceitemos a visão de que o consenso é a única base sobre a qual as afirmações da verdade podem ou devem ser aceitas, porque o consenso cria a verdade, e não a verdade força o consenso, os teóricos morais ainda devem lidar com o fato de que não há consenso em relação aos princípios morais dos quais se deve derivar respostas controversas morais.’ Posner está afirmando que, mesmo que desistamos da ideia de que o consenso que força a verdade, a diferença crucial entre ciência e moral permanece. Eu replicaria que o que resta é apenas a diferença entre a teoria moral e a teoria científica. Essa diferença é compatível com a afirmação de que a moralidade e a física progrediram exatamente da mesma maneira. As crenças verdadeiras substituíram gradualmente as crenças falsas. Como eu disse antes, concordo com Posner e Dewey que nunca chegaremos a um acordo sobre os princípios morais dos quais as respostas às questões morais contestadas podem realmente ser derivadas. Nunca teremos princípios que se relacionem com casos particulares da maneira direta e incontroversa como a teoria física se relaciona com eventos observáveis particulares, mas essa assimetria entre a física e a moralidade nada faz para contestar a existência do progresso moral. Tanto o progresso moral quanto o científico são questões de acordo sobre práticas, não sobre princípios.” Tradução nossa.

“essência”. Segundo, mesmo que tal distinção entre objeto e discurso fizesse sentido, Rorty não explica por qual razão essa “semelhança” entre os objetos (olha a “essência” novamente!) implicaria que, sendo possível obter-se “progresso” em um, também será possível obter-se “progresso” em outro.

É possível extrair da combinação de alguns trechos da fala de Rorty o que parece ser argumento diferente (pois não implica distinção entre objeto e discurso sobre o objeto) para sustentar sua tese de que, dado a possibilidade se afirmar a existência de “progresso científico”, também seria possível afirmar-se a existência de “progresso moral”.

Para compreender tal argumento vamos relembrar que Posner entende que a maioria das afirmações morais não conseguirá obter o grau de objetividade típico das afirmações científicas, especialmente em uma sociedade pluralista. Essa distinção entre “graus” de objetividade baseia-se no fato de que afirmações científicas referem-se, direta ou indiretamente, a objetos que possuem “fiscalidade”²⁷¹. Nesse caso, a veracidade de uma afirmação sobre determinado objeto poderá ser atestada de acordo com a capacidade de predição (controle) que tal afirmação exercer em relação ao objeto (sendo a previsibilidade e certeza critérios para veracidade de uma concepção moderna de ciência). Em palavras simples: sabemos que as fórmulas relacionadas à conservação da energia mecânica estão corretas porque, por meio de tais fórmulas, seremos capazes de prever e controlar adequadamente o movimento dos objetos. O mesmo nível de “previsibilidade” e “controle”, todavia, não seria possível em relação a questões normativas, especialmente aquelas que envolvessem forte disputa moral. Por isso, proposições morais não poderiam ser julgadas como “corretas” ou “erradas” com a mesma assertividade, em relação à previsibilidade e certeza, que proposições científicas. Consequentemente, não seria possível atestar a ocorrência de “progresso moral” nos termos em que tipicamente atestamos a ocorrência de “progresso científico”.

O equívoco desse raciocínio, para Rorty reside no fato de que se presume que o critério de relevância para aferição da veracidade de uma proposição é (e só pode ser) a decorrência de “previsibilidade” sobre o objeto. Todavia, a “previsibilidade” é apenas um, dentre infinitos, critérios possíveis de relevância para aferição da veracidade de uma proposição (no caso, é o critério para aferição da verdade no paradigma de ciência moderna). Ora, de acordo com a concepção de ciência apresentada por Kuhn, tanto no discurso científico quanto no discurso sobre a moralidade, os critérios para se determinar o que é

²⁷¹ Vamos dizer, com Heidegger, “entes”.

verdadeiro/falso ou moral/imoral são conferidos pela própria prática discursiva, o que implica que, em último nível, a “verdade científica” seria tão relativa quanto a “verdade moral”²⁷².

Rorty não pretende, com isso, nos conduzir a uma concepção de relativismo mais profunda que a de Posner. O seu “ponto” não é que devemos abandonar todas as pretensões de veracidade, inclusive em relação às afirmações científicas. Ao contrário: diante da constatação de que até as “verdades científicas” são “paroquiais”, Rorty sugere que abandonemos as pretensões de alcançar, tanto na física quanto na moral, um “consenso de segunda ordem” (ou seja, um consenso sobre quais critérios de relevância para aferição da veracidade de uma proposição são adequados, de um ponto de vista arquimediano) e nos conformemos com um “consenso de primeira ordem”.

O consenso de primeira ordem é aquele em que nos limitamos a julgar a veracidade/falsidade de uma proposição por meio dos critérios de relevância oriundos dos *jogos de linguagem praticados pelo sujeito*. Ou seja: um cientista irá avaliar a racionalidade de determinada proposição científica de acordo com os critérios de relevância presentes no paradigma científico em que ele esteja situado. Um juiz, por sua vez, irá avaliar a moralidade de determinada solução normativa de acordo com os critérios de relevância presentes no código moral local.

Nesse caso, se aceitamos facilmente a possibilidade de se estabelecer “verdades científicas” (e julgar se houve, ou não, “progresso científico”), porque algumas pessoas têm dificuldade para aceitar que afirmações morais também podem ser reputadas verdadeiras ou falsas permitindo, desse modo, a perspectiva de “progresso moral”?

O problema consiste em buscar um “ponto de vista arquimediano” para julgamento da moralidade, acusação que tanto Dworkin, quanto Rorty, fazem a Posner. O recurso a uma posição arquimediana revela-se quando Posner recusa a ideia de “progresso moral” pela falta

²⁷² *Idem*. “Pois eu diria sobre os critérios de racionalidade, o que Posner diz sobre os princípios morais, a saber, “eles são apenas um embrulho bonito para as normas sociais cotidianas que variam de sociedade para sociedade”. No século 16, por exemplo, só era racional testar teorias astrofísicas e biológicas contra as escrituras. Podemos legitimamente alegar que somos mais racionais do que a maioria dos contemporâneos de Copérnico se isso significar simplesmente que nossas crenças sobre o que testar contra o quê e, de modo mais geral, o que é relevante para o que é verdadeiro, enquanto muitas de suas crenças sobre relevância eram falsas. Mas essa é apenas outra maneira de dizer que nossas normas sociais são melhores do que suas normas sociais. A maioria de nós não lê Gênesis literalmente e se oporia a trazer de volta o chicote e o tronco. Fizemos progresso em ambas as frentes, mas não há um ponto de vista neutro e não paroquial ao qual possamos nos dirigir para mostrar que fizemos isso. Nossos julgamentos de progresso e de racionalidade permanecerão tão paroquiais quanto nossos julgamentos de tudo o mais.” Tradução nossa.

de um critério externo ao código moral local que permita “arbitrar” quais dos códigos morais (passado e presente) é melhor que outro²⁷³.

Todavia, não há possibilidade de encontrar-se tal critério externo ao código moral local, e, ao mesmo tempo, não há possibilidade de se evitar o julgamento, o que significa que não temos escolha a não ser julgar a moral do passado de acordo com os padrões morais do presente.

O anacronismo não constrange Rorty. Ele questiona: por qual razão deveríamos abandonar nossa crença no progresso moral simplesmente porque utilizamos como critério para julgamento de outros códigos morais o nosso próprio código moral? Qual outro critério teríamos disponíveis? Se somos obrigados a “julgar”, então temos que usar o único critério que nos é acessível.

Nesse ponto, Rorty recorre, primeiro, à ideia de Fish de que “não existe relativista na prática” para justificar sua afirmação de que “somos obrigados a julgar”. No dia a dia, precisaremos fazer escolhas morais, e tais escolhas implicarão um julgamento daquilo que é certo, e daquilo que é errado. Dois exemplos ilustram esse ponto: Posner diz que, se tivesse sido um oficial da colonização britânica na Índia, poderia ter proibido a prática do “sati”²⁷⁴ por achar a prática moralmente repulsiva, mas não por julgá-la “moralmente errada”. Rorty retruca que essa distinção entre “repulsa moral” e “erro moral” é artificial e irrelevante para a ação prática. Ora, as únicas distinções conceituais que importam, para o pragmatismo de James e Dewey, são aquelas que correspondem a uma distinção de ação, na prática. O que importa não é se Posner chama de “repulsa moral” ou de “erro moral”. O que importa é se Posner iria, ou não, proibir o sati.

Rorty também deixa implícito que não faz diferença distinguir “raciocínio moral” de “empreendedorismo moral”, pois em qualquer hipótese, o código moral estará sendo influenciado pela ação de tais pessoas.

Dewey não via sentido em categorizar como “racionais” e “não racionais” as várias táticas que usamos para persuadir nossos concidadãos. Podemos imaginá-lo se perguntando: que diferença, na prática, essa categorização irá

²⁷³ Richard Warner, sobre a perspectiva antifundacionista rortyana, afirma que “a história intelectual é, em parte, a história da rejeição de velhas normas por novas, então surge inevitavelmente a pergunta: “O que torna as normas prevaletentes as corretas? Como sabemos que as afirmações e ações que eles aparentemente justificam são realmente justificadas?” O pragmatismo fornece uma maneira de responder a esta questão: podemos testar nossas normas de justificação sobre si mesmas (...) Avaliamos o quão bem nossas normas funcionam usando essas mesmas normas (...) Não existe um padrão externo de avaliação: nossas normas de justificação não têm nem precisam terem fundamento fora de si. Esta é a afirmação pragmática distintiva sobre a justificação.” WARNER, Richard. Legal pragmatismo. In: PATTERSON, Dennis (ed.) A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. 2.ed. [S.l]: Blackwell Companions to Philosophy, 2010, pp.406-414. P. 406. Tradução nossa.

²⁷⁴ Tradição de algumas comunidades hindu em que a viúva se atira na pira funerária do falecido esposo.

fazer? Saber se o fato da mecânica galileana ter minado a fé cristã é resultado da racionalidade ou de uma polêmica holbachiana e voltariana apaixonada e irracional não parece uma questão digna de ser levantada. Nem a questão de saber se as sufragistas alcançaram a vitória por meio do uso da razão ou em virtude de uma obstinação apaixonada (...) Conhecemos o tipo de coisas que filósofos morais, poetas, romancistas, economistas e advogados alcançaram e sabemos como o fizeram. Estamos em posição de avaliar suas contribuições para a cultura e considerar a melhor maneira de fazer outras contribuições. Existe algum propósito em separá-los em ovelhas racionais e bodes irracionais? Posner parece pensar que tal separação é essencial para fazer uma boa sociologia²⁷⁵.

Isso implica, na verdade, que não há sequer necessidade de critério externo (arquimediano) para que se realize um julgamento de outros códigos morais, pois do ponto de vista prático, que diferença faz dizer “nosso código moral é melhor” e dizer “do meu ponto de vista não arquimediano, acho que nosso código moral é melhor”? No final, simplesmente teremos que dizer qual código moral é melhor e só poderemos fazê-lo pelo ponto de vista do nosso próprio código.

Por isso, a única distinção que efetivamente faria alguma diferença, na prática, seria entre “passado, presente e futuro”, pois tal distinção nos permitiria conceber um estado de coisas diferentes do que tivemos, e do que temos hoje. É a distinção que nos permite agir de maneira criativa. Rorty reforça: “uma vez que desistimos de tentar ver as coisas sob o aspecto da eternidade, não ficamos com nada, exceto a esperança de que teremos uma boa aparência para nosso eu futuro ou para as gerações futuras. Dewey achou que essa esperança bastava.”

Um dos ouvintes não se convence com o discurso de Rorty e questiona: como podemos julgar se houve, ou não progresso moral, se não podemos mobilizar critérios para tal julgamento? Rorty afirma que tal julgamento será realizado por meio de “experimentos mentais”: o fato de vivermos em uma época em que não existem mais penas de chibatadas e nem leis anti-sodomia. Isso não seria progresso? O ouvinte responde que “algumas pessoas diriam que não”. Rorty retruca:

Eles estão errados. Tudo o que posso dizer é que pessoas que pensam que Darwin não trouxe o progresso científico estão erradas. Existem muitas pessoas que pensam desse modo. Elas podem até ser a maioria ou se tornar maioria daqui em diante. Mas ainda assim estarão erradas. Exatamente no mesmo sentido, as pessoas que, um dia, pensaram que a sodomia era imoral estavam erradas. Nós fizemos progresso. Darwin foi um progresso. Julgar que fizemos progresso é tomar uma atitude em relação ao curso dos eventos humanos; pedir um critério – seja “utilidade” ou qualquer outra coisa – é

²⁷⁵ RORTY, Richard. *Op.cit.* Tradução nossa.

tentar elevar-se acima dos eventos humanos e inspecioná-lo de algum ponto de vista não humano²⁷⁶.

Assim, Rorty defende que nós, ocidentais modernos, sabemos mais sobre o certo e o errado do que sabíamos há dois séculos atrás, assim como sabemos mais sobre a natureza. Nós seríamos “brilhantemente bem sucedidos tanto em relação ao desenvolvimento moral, quanto em relação ao desenvolvimento científico”.

O fato de que, às vezes, as afirmações sobre a moralidade são permeadas de interesses subjetivos (e egoísticos, hipócritas, cínicos etc.), não retira a possibilidade de haver progresso, pois os mesmos “vícios” podem permear a atividade científica.

Seria tolice pensar que a notícia surpreendente de que alguns ganhadores do Prêmio Nobel de física e biologia estão comprometidos com interesses políticos acadêmicos tortuosos macula suas afirmações de terem descoberto novas verdades. Parece igualmente errado pensar que o fato de Dworkin por vezes exagerar sua confiança na teoria moral acadêmica nos dá motivos para duvidar de que Rawls tenha aumentado nosso estoque de verdade moral. As táticas agressivas de bulldogues como Huxley e Dworkin não devem ser usadas contra as pessoas que descobriram as verdades que eles ajudaram a disseminar. Nem se deve inferir fraqueza epistêmica do fato de que, atualmente, o trabalho de Rawls é impotente para promover a causa da justiça social. Isso equivaleria a inferir fragilidade epistêmica da teoria de Darwin em razão da crescente popularidade do criacionismo. A principal razão pela qual o positivismo ainda parece atraente e o pragmatismo contraintuitivo, penso eu, é nossa resistência à ideia de que os critérios de racionalidade são apenas "uma fantasia de normas sociais cotidianas"²⁷⁷.

Nussbaum, presente à mesa da conferência, não se convenceu plenamente que haveria uma equivalência entre as possibilidades de se atestar “progresso moral” e “progresso científico”. Em algumas situações, efetivamente será possível atestar “progresso moral” . Todavia, em outros aspectos (por exemplo, relação entre o ser humano e o meio ambiente), parecerá que tivemos um “retrocesso” moral. A assimetria entre ciência e ética restaria mais evidente pelo fato de que estaríamos, constantemente, tentando recuperar pedaços de entendimento sobre a moralidade que foram perdidos ou eclipsados, enquanto que, em relação à ciência, Nussbaum afirma não conseguir lembrar de alguma vez em que alguém tenha dito algo como: “ó! Há várias componentes da realidade física que simplesmente negligenciamos e que agora temos que recuperar.” Rorty responde dizendo que nem ele, nem Dewey, tenderiam

²⁷⁶ *Idem*. Tradução nossa.

²⁷⁷ *Idem*. Tradução nossa.

a pensar em questões éticas como um olhar sobre “o que se deve recuperar do passado”. A proposta pragmatista é concentrar-se em imaginar o futuro.

Percebe-se, assim, que um traço significativo do pragmatismo de Rorty (supostamente compartilhado por Dewey) é uma espécie de “fé” no progresso moral. Usamos o termo “fé” porque Rorty não “finge” estar amparado em uma justificação racional ao estabelecer, categoricamente, que as pessoas que não aceitam a tese do progresso moral estão “erradas”. Ele, na verdade, “conclama” seus ouvintes a acreditarem no futuro e no progresso moral.

Consideramos, todavia, que esse “ato de fé” não deixa de ter uma lógica embutida (ainda que seja uma lógica aparentemente circular): se o pragmatismo é “orientado ao futuro”, é essencial que o pragmatista acredite que as coisas podem ser “melhores” no futuro por força de seu empenho moral. O “futuro”, para o pragmatista, não nos é dado meramente pela contingência das mudanças materiais. Por si só, tais mudanças não significariam nada se alguém não atribuísse significado moral a elas. Por exemplo: para modificar-se práticas sociais, é preciso que alguém tenha a percepção de que determinadas práticas são “moralmente repulsivas” ou “moralmente erradas”. Para que a pessoa desenvolva tal percepção, contudo, é preciso que ela tenha, inicialmente, uma percepção de que as coisas *poderiam ser diferentes*, se quiséssemos. Mas porque gostaríamos que as coisas fossem diferentes? Porque o estado de coisas atual comporta práticas “moralmente repulsivas” ou “moralmente erradas”. Desse modo, para orientar nossa ação para o futuro, é precisamos que sejamos capazes de julgar normas morais como “boas” ou “ruins”. Todavia, para que sejamos capazes de realizar tal julgamento, é preciso que tenhamos fé no futuro, ou melhor, fé na possibilidade que o futuro nos trará um progresso moral. Nesse caso, a crença no progresso moral é essencial, para Rorty, porque é o mecanismo que nos permite agir orientados para o futuro.

Compreendendo o argumento de Rorty nesses termos, somos forçados a concluir que a sua crítica a Posner não faz sentido. Veja: ao que parece, Rorty comete a falácia *nono sequitur*, pois da “ausência de crença no progresso moral” *não decorre*, necessariamente, uma “ausência de disposição para o agir orientado para o futuro”, como passaremos a sustentar.

No parágrafo anterior, reconstruímos o argumento de Rorty sugerindo uma relação de circularidade entre as premissas. Todavia, a circularidade não é necessária. Para demonstrar isso, vamos analisar as relações entre as premissas, parte por parte. O argumento é esse: i) diante da inexistência de um ponto vista arquimediano, somos ii) *obrigados* a julgar o passado. Ao julgar o passado, somos iii) *obrigados* a acreditar que o presente é “melhor”

(progresso moral). Pois se não acreditarmos que o presente é melhor que o passado, estaremos iv) fadados a apatia, inação e à descrença no futuro. Porém, o pragmatismo é uma abordagem “orientada para o futuro”, o que significa que v) o pragmatista não poderá deixar de acreditar no progresso moral, para que não caia em um estado de apatia, inação e descrença quanto ao próprio futuro para o qual se orienta.

A relação entre as premissas “i” e “ii” nos parece “parcialmente” correta. De fato, inexistente um ponto de vista arquimediano que, de fato, nos obriga a julgar o passado com olhos do presente. Todavia, existe uma distinção entre julgamentos morais “inconscientes” do passado e julgamentos morais “conscientes”. Apesar no primeiro sentido é que existe uma relação necessária entre as premissas “i” e “ii”.

Os julgamentos morais inconscientes sobre o passado ocorrem porque um código moral social não se forma “cindindo-se” passado e presente, mas ao contrário: o passado é constantemente “reavivado”, revisto e ressignificado para que possamos firmar nossos compromissos morais com o presente e o futuro. Assim, sem a lembrança e os constantes julgamentos do passado, não teríamos sequer um código moral no “presente”. Nesse caso, a inexistência de um ponto de vista arquimediano (não é possível posicionar-se “fora” ou “acima” da história) implica que a moralidade é formada em relação com o passado, sendo impossível evitar-se o seu julgamento.

Todavia, na vida cotidiana, o sujeito dispõe de sua consciência moral (formada pela reflexão sobre as normas que compõem o código moral social) que o habilita a realizar julgamentos morais relativos ao *presente* sem necessitar “se posicionar” sobre práticas morais do “passado”.

Rorty diz, por exemplo, que uma pessoa não poderá ser “relativista” em relação à tortura no momento em que for convocada a torturar ou a aceitar a tortura sobre alguém. Ao que parece, Rorty entende que, para que a pessoa se posicione contra a tortura, ela precisa acreditar que a tortura é tão errada hoje, quanto era errada ontem. Mas isso não é verdade. É plenamente possível que alguém diga: “não me importa se a tortura era errada ontem, ou não, pois eu sei que é errada hoje”. A tal “inexistência de um ponto de vista arquimediano” implica que sequer precisamos nos preocupar em julgar “conscientemente” “o passado”, pois o que realmente nos importa é o “presente”. Rorty parece não “aceitar” que alguém, diante da pergunta “era errado punir malfeitores com penas cruéis no século XV?”, possa genuinamente dizer: “eu não sei, não consigo julgar”.

Lembre-se, nesse ponto, que Rorty afirma estar centrado nas afirmações morais feitas por sujeitos comuns, no cotidiano. Sob essa base, é tão plausível encontrar pessoas que

afirmem, convictamente que “sim, era errado, era *muito* errado, com certeza era errado”, e pessoas que efetivamente não consigam julgar. Isso só é possível, certamente, porque, na prática, esse “juízo do passado” não é necessário para a ação. A pessoa, convocada a fazer um juízo sobre o passado, poderá, em muitas situações, “ficar em cima do muro” pelo simples fato de que nada concreto decorrerá daquele juízo (ou do “não juízo”). Que diferença faz para o mundo se Joãozinho, tendo sido questionado por seus amigos em uma mesa de bar sobre o que ele acha dos métodos de punição medieval, afirma que “foi um erro”, que “foi necessário” ou que não dizer? Algum dia, poderá ser que a “opinião” de Joãozinho faça alguma diferença para o mundo. Até lá, contudo, ele não precisará, realmente, conferir sua sentença condenatória ou absolutória. Em suma, para juízos sobre o passado, não vigora a proibição do *non liquet*.

Suponha, contudo, que Joãozinho seja um legislador (ou qualquer pessoa influente na esfera pública) e que precise posicionar sobre a moralidade de determinadas práticas do passado, uma vez que precisará decidir se mantém uma linha progressista, ou se atende aos clamores reacionários. Do fato de que ele precisará julgar a moralidade do passado decorre necessariamente que é considerará que “estamos melhores hoje” do que antigamente? Não. Afinal, ele poderá se convencer que “bom mesmo” era quando os pais podiam obrigar as crianças a ajoelharem no milho como forma de punição por pequenas danças.

Rorty não ignora que parcela significativa da população é “saudosa” em relação a práticas discutíveis do passado. Mas ele não se importa com isso, como deixou claro ao dizer, categoricamente, que as pessoas que não concordam que houve progresso moral em relação aos direitos homossexuais ou aos métodos de punição estão erradas, e que mesmo que se tornem maioria, continuarão erradas. Nesse caso, se o consenso linguístico não critério para aferição da verdade moral e se Rorty também não nos oferece uma espécie de critério não arquimediano (como o coerentismo de Dworkin), exatamente sob qual base ele sustenta sua afirmação de que, hoje, somos moralmente melhores do que ontem?

Parece-nos que em uma mistura de “fé” e “medo”. Fé de que *podemos* ser melhores amanhã do que somos hoje. Medo de que, se não *acreditarmos* que somos melhores hoje do que fomos ontem, não conseguiremos nos empenhar para sermos melhores amanhã. Essa é a relação que ele faz entre as premissas “iii” e “iv”, e é, dentre todas, a que nos parece mais equivocada.

Ao que parece, Rorty relaciona a ausência de crença no progresso moral com o ceticismo antigo (pirrônico). Todavia, como veremos no tópico 5.2.3, o ceticismo pirrônico corrói as bases da crença na possibilidade de se estabelecer a veracidade de afirmações morais

inclusive dentro do próprio “jogo de linguagem” moral praticado pelos indivíduos em diálogo. O ceticismo pirrônico constitui-se por meio de uma espécie de processo argumentativo que faz a pessoa questionar a possibilidade de se afirmar a veracidade de afirmações morais absolutamente triviais para nosso próprio código moral, tais como: “é moralmente errado torturar criancinhas por puro sadismo”. De fato, como veremos no tópico 5.2.3, o ceticismo pirrônico poderá levar a pessoa a um estado de “suspensão de seus compromissos” e torná-la apática quanto à ação prática.

Todavia, é plenamente possível duvidar-se sobre a possibilidade de se afirmar um progresso moral em relação ao passado ao mesmo tempo em que se mantém intacta uma convicção de que, no presente, é possível julgar o acerto ou o erro de proposições morais. Não se trata de uma distinção artificial ou “idealizada”. Trata-se, na verdade, da percepção comum de que é mais fácil julgar a moralidade daquilo que “se conhece” (ou seja, aquilo cujo contexto é bem detalhado) do que aquilo que “não se conhece” (ou seja, aquilo cujo contexto é borrado). Fazemos tal distinção na linguagem cotidiana quando dizemos coisas como: “não posso dizer quem estava errado naquela briga, porque eu não estava lá para assistir”, ou “parece-me que Joãozinho estava errado, mas eu não tenho certeza, porque conheço pouco a história”. Muitas pessoas adotam tal postura cognitiva (e moral) diante de julgamentos morais do cotidiano, mas isso não implica que elas não irão deixar de se posicionar moralmente em relação às situações que, por conhecerem os detalhes contextuais, se sentem confortáveis para “julgar” moralmente.

Alguém poderia argumentar, a favor da tese de Rorty, que pessoas que adotam tal postura cautelosa diante de um julgamento moral são, na realidade, apenas pessoas “omissas” em relação às barbaridades que praticamos uns contra os outros. Nesse caso, Rorty estaria correto e, efetivamente, o fato de Posner se recusar a assumir um “progresso moral” o condenaria a uma postura omissa, absolutamente contrária à visão de Dewey. Avaliaremos essa possibilidade no tópico 5.2.3.

Todavia, é igualmente possível que a pessoa do cotidiano que se recusa a “julgar uma briga” que não assistiu não esteja realmente se omitindo, mas simplesmente “recolhendo informações relevantes” antes de proferir seu julgamento. Nem na vida real, nem no direito, nos parece que a “ação orientada para o futuro”, para ser efetiva, precisa ser tomada com base em impulsos imediatos e rápidos. Avaliaremos, no tópico 5.2.4, se o pragmatismo de Posner consegue manter um compromisso com a ação orientada para o futuro ao mesmo tempo em que recusa o progresso moral diante do passado.

4 POSNER CONTRA POSNER

No tópico 3.1, vimos que Dworkin, ao analisar a abordagem pragmática de Posner, tenta encontrar uma teoria moral (ou concepção ética abrangente) que seja capaz de conferir coerência aos posicionamentos (aparentemente) incoerentes de Posner. O “evolucionismo moral” (ou “darwinismo moral”) aparece, então, como explicação dworkiniana para o pensamento de Posner. A leitura é eficiente: Dworkin realmente consegue “sanar”, por meio do recurso a tal concepção ética abrangente, muitos posicionamentos contraditórios do seu adversário intelectual. Todavia, entendemos que “ler” Posner por recurso a uma concepção ética abrangente unitária é algo que satisfaz apenas quem tenha uma visão de mundo semelhante a Dworkin: aquelas pessoas que, diante de elementos caóticos, buscam desesperadamente encontrar uma figura teórica que os ponha em perfeita ordem – ainda que, para isso, alguns dos elementos tenham que ser distorcidos para caberem na figura ou mesmo excluídos totalmente desta. Por exemplo, ao reordenar o pensamento de Posner em uma unidade teórica coerente, Dworkin “deixa de fora” da figura textos anteriores escritos já durante a “fase pragmática”; além de não considerar aqueles textos relacionados à fase economicista. Dworkin também não leva em consideração a atividade Posner enquanto juiz (raramente os críticos de Posner assim o fazem) para tentar compreender exatamente o que poderia significar, na prática, ser “pragmático”.

A figura ética desenhada por Dworkin para “formatar” o pensamento de Posner é, desse modo, temporal e profissionalmente fragmentada, sendo, por causa disso, provavelmente incompleta em substância. Em outras palavras, é até possível encontrar concepções éticas abrangentes que consigam “unificar” os fragmentos temporais e pessoais de Posner em blocos coerentes, do ponto de vista interno. Do ponto de vista externo, tais blocos permanecerão a ser incoerentes entre si.

Desse modo, se quisermos realmente compreender o pensamento de Posner – seja sua abordagem econômica do direito, seja sua abordagem pragmática – não podemos fragmentá-lo temporalmente, pois “Posner-pragmático” “é” aquilo que “Posner-econômico” se tornou; e “Posner-econômico” “foi” aquilo que “Posner-pragmático” deixou para trás. Ademais, ambos são manifestações do “Posner-acadêmico”, que conviveu lado a lado com o “Posner-juiz” por cerca de 40 anos. Seria razoável supor que a atividade de um tenha influenciado e, ao mesmo tempo, sido influenciada pela atividade do outro.

Nesse sentido, talvez as contradições de Posner consigam ser bem melhor explicadas não por recurso a uma teoria moral que “unifique” fragmentos temporais do seu pensamento

em blocos coerentes, mas sim por recurso a uma visão “narrativa” de Richard Posner. Uma visão “narrativa” é aquela que compreende que os atos e palavras de alguém não podem ser interpretados de maneira isolada, pois eles fazem parte um contexto bem mais amplo que chamamos de “vida”. Obviamente, ao olhar para a “vida” permanecemos, ainda assim, observando apenas fragmentos, assim como Dworkin o fez. A diferença é que Dworkin junta fragmentos das palavras escritas e os organiza em uma figura teórico-conceitual (uma concepção ética abrangente). Na construção da nossa narrativa, observaremos de um ponto de vista mais amplo, que abrange um espaço temporal mais longo e aspectos não considerados por Dworkin.

É exatamente isso que nos propomos a fazer nessa tese. Para responder à pergunta “Posner é mesmo um monstro?”, não basta analisarmos as palavras ditas em um, ou outro texto acadêmico. É preciso compreender como essas palavras interagem entre si ao longo do tempo e como o *comportamento* de Posner, enquanto juiz, corrobora ou refuta a interpretação usual que a crítica confere à tais palavras. É preciso observar não apenas as palavras por detrás das palavras – sejam as palavras implícitas, sejam aquelas ditas anteriormente – mas também o homem por detrás de todas aquelas palavras. É preciso, em suma, entender o que o move no mundo enquanto ser humano para que seja possível entender o que efetivamente é mobilizado por suas concepções acadêmicas.

O primeiro passo para a construção dessa figura é observar as peças que dispomos. No capítulo 2 e 3, compreendemos, através da crítica, as ideias centrais das abordagens econômica e pragmática de Posner. Na ocasião, pontos de contradição surgiram em relação à interpretação que a crítica faz de Posner, especialmente no capítulo 3. Por exemplo, Dworkin acusa o pragmatismo de Posner de ser vazio em virtude da ausência de referência moral, enquanto Fish acusa o pragmatismo de Posner de ser “normativo demais”. Nussbaum, por sua vez, às vezes vê traços aristotélicos na abordagem pragmática de Posner, às vezes vê traços de pirronismo. É claro que a existência de críticas em sentidos opostos não significa que exista uma contradição em Posner. Eventuais divergências de “avaliação moral” das abordagens de Posner falam mais sobre os críticos do que sobre o próprio Posner. Ainda assim, tais divergências são úteis para conseguirmos visualizar Posner sob pontos de vista diferentes, de maneira a diminuir os pontos cegos.

Já nesse capítulo, pontuaremos as contradições teóricas e performativas de Posner nos tópicos 4.1, que está subdividido em três subtópicos: “Posner-pragmático” contra “Posner-econômico”; “Posner-pragmático contra Posner-pragmático” e “Posner-juiz-literário contra

Posner-acadêmico”. De posse das contradições teóricas e performativas, já teremos peças suficientes para tentar organizar nossa narrativa.

Nosso intuito é conseguir conceber uma narrativa que explique tanto a visão da crítica sobre Posner, quanto, especialmente, as contradições teóricas e performativas que ele comete. Essa narrativa será construída no capítulo 5, com o auxílio do seriado “trágico” “Dark”.

Todavia, antes disso será importante descartar algumas hipóteses de narrativas que poderiam, *a priori*, explicar as contradições de Posner, mas que, em análise mais detida, não consegue realmente resolver adequadamente todas as contradições sem incorrer, paradoxalmente, em outras.

4.1 AS CONTRADIÇÕES DE POSNER

Nos subtópicos a seguir, pontuaremos as contradições teóricas e performativas de Posner.

4.1.1 “Posner-pragmático” contra “Posner-econômico”

No tópico 3.1, mencionamos que, em “*Overcoming Law*”, Posner lista alguns adjetivos atribuíveis a uma concepção pragmática (“praticidade”, “instrumentalidade”, “consequencialismo”, “ativismo”, “empirismo”, “ceticismo”, “antidogmatismo” e “experimentalismo”) e, logo em seguida, sugere que os mesmos adjetivos não podem ser atribuídos à concepção teórica de Dworkin. Suas exatas palavras são: “Os adjetivos que eu usei para caracterizar a postura pragmática... não são os mesmos que vem à mente quando alguém pensa na obra de, digamos, Ronald Dworkin.”

Se estivéssemos no lugar de Dworkin, teríamos respondido a essa irônica provocação afirmando, simplesmente, que “o adjetivo ‘pragmático’ também não é aquele que salta à mente quando alguém considera a sua própria teoria da análise econômica do direito”. Ora, não há nada menos “pragmático” no mundo do que achar que advogados e juízes – que muitas vezes mal tempo ou capacidade cognitiva de estruturar uma exposição linear e compreensível dos fatos relacionados ao caso litigioso – irão compreender o raciocínio matemático

subjacente à análise econômica do direito (pelo menos da forma como ela foi concebida em “*Economic Analysis of Law*”).

A análise econômica de Posner não possui premissas intuitivas, não “facilita” o trabalho do julgador (no sentido de gerar uma economia de tempo e esforço mental), não fala a “linguagem” da “pessoa média”, não fala sequer a linguagem do “juiz médio”. Ao contrário: a análise econômica de Posner possui premissas rebuscadas, abstratas e idealizadas, sendo, desse modo, despreendida da “vida prática” que subjaz à concepção pragmática²⁷⁸.

Nesse ponto, o “ataque” de Posner-pragmático aos moralistas acadêmicos (especialmente à Dworkin) parece guardar, implicitamente, um “ataque” ao Posner-econômico. Mais que isso: dentre todas as teorias acadêmicas moralistas, a análise econômica do direito parece constituir a “pior” versão do moralismo acadêmico, de acordo com o ponto de vista do Posner-pragmático.

Primeiro, Posner-pragmático acusa o moralismo acadêmico (especialmente o de Dworkin) de ser “totalitarista” do ponto de vista moral, uma vez que se exige uma recondução (pelo menos em abstrato) de todas as soluções jurídicas a apenas alguns (quicá apenas um) princípios morais. Em *The Problems of Jurisprudence* ele anuncia sua rejeição a qualquer abordagem do direito que seja, ao mesmo tempo, “amplamente abstrata, fortemente normativa e preditiva de resultados judiciais.” Ele também rejeita “conceitos abrangentes de justiça, como “justiça corretiva”, “lei natural” e “maximização da riqueza” e conclui que a busca por um “princípio normativo abrangente para resolver controvérsias jurídicas” falhou, não sendo possível encontrar nenhum critério substancial que constitua a chave para todos os problemas normativos²⁷⁹.

Ele reclama, inclusive, do fato de que os moralistas acadêmicos querem “homogeneizar” o judiciário, “formatando” todos os juízes a um mesmo “modelo ideal”. Nesse ponto, questionamos, qual concepção sobre o direito e a decisão judicial uniformiza mais a personalidade dos juízes e os critérios substantivos para a decisão judicial: a teoria da integridade de Dworkin; a crítica política de Balkin; a ética do cuidado de Robin West; a ética das virtudes de Sandel ou a análise econômica de Posner?

²⁷⁸ Thomas Cotter identifica semelhantes contradições entre o pragmatismo e a análise econômica do direito como concebida nos seus primórdios: esta seria pretenciosa, fundacionista, formalista, além de ser basear em uma série de suposições fundamentais e rígidas sobre a natureza humana; depende principalmente da dedução formalista, em vez da observação e da experiência e ignorar os aspectos da experiência humana que, embora inegavelmente “reais”, não possam ser facilmente quantificados ou medidos. VER: COTTER, Thomas. *Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement*. Georgetown Law Journal. Vol. 84, n. 6, 1996, pp.2071-2142.

²⁷⁹ Essa síntese bem estruturada foi feita por Fish. VER: FISH, Stanley. *Almost pragmatism*. *Op.cit.* P. 1447.

A teoria da integridade de Dworkin, apesar de remeter todo o conteúdo do direito a alguns axiomas fundamentais e de exigir que todos os juízes tenham capacidade e disposição a uma ascensão justificatória, assume que esse procedimento de reflexão só será necessário justamente em razão da pluralidade de razões éticas que, concorrendo para a decisão, devem ser harmonizadas com a narrativa da tradição judicial. A crítica política de Balkin, representando o *CLS*, uniformiza apenas a compreensão *sobre* o direito, imputando que toda normatividade jurídica é uma questão de política. A partir daí, contudo, a perspectiva do *CLS* “abre-se” (ao menos do ponto de vista descritivo) para a pluralidade ética do campo da política. A ética do cuidado de West busca “incluir” ao direito conteúdos diversificados oriundos da perspectiva ética da “mulher-literária”, de modo a romper a hegemonia ética do “homem-econômico”. A ética das virtudes de Sandel, apesar de criticar a “monetização da vida”, sequer estabelece como “orientação fundamental” a ilicitude de tal prática, remetendo à argumentação pública o papel de decidir em quais casos será lícita ou ilícita a venda de bens não mercadológicos.

As quatro abordagens morais listadas acima, portanto, abrem “flancos” (quicá avenidas inteiras!) para a inserção da pluralidade ética na decisão judicial. Todavia, a análise econômica de Posner não repete o padrão, pois não abre qualquer “flanco”, qualquer espaço, para a inserção de um critério ético-jurídico diferente da “maximização da riqueza”, o que exigiria que todos os juízes assumissem – consciente ou inconscientemente – a postura do “homem-econômico” de West. Por isso, se Posner-pragmático considera que as teorias acadêmicas moralistas são “totalitárias”, haveria de reconhecer que sua própria análise econômica seria “a mais” totalitária de todas.

Depois, a abordagem pragmática de Posner contém muitas doses de realismo quanto às limitações que os juízes enfrentam para conferir decisões bem refletidas. Limitações cognitivas, ideológicas e institucionais (volume de trabalho, quantidade de assistentes; grau de generalidade das varas e câmeras recursais; deferência aos pares etc.) diminuem o nível de profundidade e tempo em que um juiz concreto despende ao caso. Nesse ponto, nada é mais “irreal” que juízes decidindo com base nos cálculos da análise econômica de Posner.

Se Posner argumenta, contra Dworkin, que os juízes americanos não são, e nem conseguirão ser “treinados” em teoria moral para serem capazes de realizar a ascensão justificatória, é muito menos plausível que seja possível treiná-los no raciocínio econômico para que eles adquiram o grau de *expertise* suficiente para saber qual das alternativas decisórias maximiza a riqueza. Se não for possível lograr tal grau de *expertise*, os juízes que

decidissem com base na análise econômica estariam, simplesmente, “chutando” a resposta com algum requinte de estilo – exatamente o que ele acusa o juiz dworkiniano de fazer.

Todavia, o “chute” do juiz da análise econômica teria um agravante em relação ao juiz dworkiniano: se, diante desse, é possível à “pessoa média” pelo menos expor falácias e hipocrisias que apareçam no contexto de justificação, será bastante difícil que uma pessoa média consiga fazer o mesmo em relação à decisão do juiz econômico de Posner. Portanto, o “direito” sob o paradigma da análise econômica (pelo menos a versão “original”) tornar-se-á muito mais retórico, hipócrita e obscurantista que qualquer teoria moralista acadêmica que Posner “ataca” ao longo de sua fase pragmática.²⁸⁰

Terceiro, Posner-pragmático é muito crítico do moralismo acadêmico por considerar, dentre outros defeitos, que o campo está povoado por “refugiados”: pessoas cujos talentos seriam melhor aproveitados em outros campos do conhecimento, mas que, por uma questão estratégica (ou falta de visão estratégica), optam por se graduarem em direito. Os “refugiados” podem ser encontrados nas disciplinas “Direito e...” (*Law and...*). por exemplo: *Law and literature; law and politics; law and design; law and technology* etc. A contradição aqui é óbvia: *law and economics*.

Com isso, demonstramos porque o adjetivo ‘pragmático’ não poderá “vir à mente” de ninguém ao se pensar na análise econômica do direito de Posner. Sabemos, certamente, que essa resposta hipotética de Dworkin a Posner incorreria na falácia “*tu quoque*”, pois o fato de a análise econômica não atender às qualidades desejadas pelo pragmatismo não faz com que outras abordagens moralistas atendam. Ademais, a crítica pragmática ao totalitarismo ético, ao abstracionismo, à inutilidade e ao obscurantismo das teorias moralistas não perde a validade simplesmente porque em algum momento do passado Posner também teria adotado uma concepção sobre o direito que incorreria nos mesmos vícios. As pessoas, afinal, podem mudar radicalmente de opinião sobre alguma coisa.

O problema é que Posner incorpora a análise econômica do direito à sua abordagem pragmática, o que faz parecer que, talvez, esta provavelmente não seria “tão pragmática assim”. O próprio Posner parece ter ciência dessa contradição e tenta “saná-la”:

Se a ciência pode ser considerada formalista por conta da estrutura dedutiva das teorias científicas, e o pragmatismo é considerado anticientífico e antiteórico, a fusão entre a rejeição pragmática do formalismo jurídico e a

²⁸⁰ Como diz Nussbaum, ao fazer uma resenha crítica da obra “*Sex and Reason*”, “nenhum desses casos pode ser exaustivamente analisado em termos de análise custo-benefício – a não ser que tal análise seja tão multifatorial e complexa que deixe de ser propriamente uma análise econômica”. VER: NUSSBAUM, Martha. *Only Grey Matter. Op. cit.* P. 1693.

análise econômica do direito fica parecendo um oxímoro (...). Alguns pragmatistas são hostis à ciência e, de modo mais abrangente, à teorização (...). Eles são herdeiros de Emerson e Whitman, famosos por debocharem da consistência. Porém, nada "no" pragmatismo justifica uma atitude hostil à ciência. Quando a ciência é vista como fornecedora de verdades definitivas e, conseqüentemente, como uma reformulação laica do platonismo ou do monoteísmo, o pragmatista fica furioso; mas essa não é a única perspectiva pela qual se pode enxergar a ciência.²⁸¹

Ainda que tal afirmação de Posner não convença, a resposta-hipotética de Dworkin não deixaria de consistir na falácia do *"tu quoque"*. O fato de uma pessoa se contradizer em duas posições assumida não implica que ambas as posições estão erradas. É possível que a crítica pragmática às teorias rebuscadas e abstratas esteja correta e, ao mesmo tempo, Posner permaneça "errando" ao não conseguir "desapegar" daquilo que ele próprio critica.

Mas a falácia tem o seu mérito: se não expõe uma falsidade no pensamento de Posner, pelo menos expõe uma contradição significativa no discurso pragmático. Outras contradições internas à abordagem pragmática serão pontuadas no tópico a seguir.

4.1.2 "Posner-pragmático" contra "Posner-pragmático"

Ao longo do capítulo 3 pontuamos contradições (aparentes e reais) da abordagem pragmática. Logo nos primeiros parágrafos, avaliamos que o pragmatismo soa constantemente como algo que "é" e "não é" ao mesmo tempo. Dworkin teria tentado sanar as contradições sugerindo que o pragmatismo adota uma concepção ética abrangente de caráter darwinista (o "evolucionismo moral"). Não repetiremos, nesse subtópico, as contradições teóricas do pragmatismo que já foram apontadas e "resolvidas" por Dworkin, pois não há o que ser acrescentado. Inclusive, como veremos adiante, a percepção de Dworkin sobre a concepção moral subjacente ao pragmatismo será uma peça útil para a construção de nossa narrativa.

Nesse subtópico, portanto, pontuaremos algo diferente daquilo que já foi exposto por Dworkin. Trata-se de uma potencial contradição performativa cometida por Posner-pragmático: por um lado, o tom do pragmatismo de Posner é de um radical desdém pela academia jurídica. Ele diz que os acadêmicos: i) são intelectuais públicos medíocres por carecerem de especialidade nos temas que discutem; ii) só são minimamente úteis para o direito e a sociedade quando abandonam as pretensões de teoria moral e voltam-se a pesquisas em sociologia do direito; iii) não são super heróis da moralidade, sendo improvável que

²⁸¹ POSNER, Richard. *Overcoming Law. Op. cit.* P. 19. Tradução nossa.

consigam influenciar significativamente os rumos éticos assumidos pelo direito. Por outro lado, o próprio Posner incorre exatamente na descrição crítica que faz dos “moralistas acadêmicos”, cometendo todos os “pecados” descritos acima nos três itens.

Primeiro, Posner escreve sobre uma infinidade de temas “da moda” (sexo, crise econômica, o *impeachment* de Bill Clinton, segurança nacional etc.) e colabora, como colunista/comentarista, com uma dezena de jornais eletrônicos – sendo, portanto, a “definição” do “intelectual público” pretensioso que se acha *expert* o suficiente para escrever sobre qualquer coisa que queira.

Segundo, Posner produz muito conteúdo que contém divagações abstratas de caráter ético e epistemológico (como os próprios textos de debate com Dworkin). Inclusive, para quem defende *tanto* o empirismo e o “esclarecimento” dos fatos, Posner faz muitas afirmações fáticas desprovidas de comprovação empírica, como apontado por Dworkin e Nussbaum.²⁸²

Terceiro, apesar de criticar os “heróis moralistas acadêmicos”, Posner assume essa postura, porém com um tom de anti-herói carismático que desafia as convenções de sua classe profissional para salvar o direito das mãos dos juristas medíocres oportunistas. A figura do “anti-herói” tornou-se extremamente popular nas últimas décadas (especialmente nos cinemas) por trazer retratar um protagonista que, apesar de possuir boas intenções, comporta-se de maneira duvidosa. O anti-herói é o “herói” que possui defeitos humanos (egoísmo, arrogância, sarcasmo, insensibilidade etc.), e que, por isso mesmo, ganha a empatia do público (por exemplo, “Tony Stark”, em “O Homem de Ferro”). O anti-herói não demonstra, à primeira vista, as virtudes associadas ao herói tradicional (altruísmo, compaixão, integridade e força para lutar pelos ideais). Ao contrário: frequentemente *desdenha* de tais características e gosta de ser visto como alguém que porta as características opostas. Nesse ponto, assim como o anti-herói, Posner parece assumir com “bom grado” esse papel do anti-herói, fazendo várias remissões sarcásticas às críticas e provocando ainda mais seus opositores. Veja-se:

Eu já percebi que eu adquiri a reputação, não tão agradável assim – ainda que não totalmente gratuita – de ser um heterodoxo, pessimista, mordaz e provocador caçador de erros – em síntese, um crítico sincero do sistema jurídico americano e, em particular, do Poder Judiciário Federal, a parte do sistema que eu conheço melhor, visto ter sido um juiz do tribunal federal de apelação nos últimos 34 anos, e que eu ataco com mais frequência. Meu

²⁸² Dworkin tece essa crítica em “Is Wealth a Value”? (*op.cit*) e Martha Nussbaum em “Still Worthy of Praise”, artigo que iremos nos referir mais adiante.

recém-publicado livro *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary* (2016) consolidará essa reputação.²⁸³

Ademais, do mesmo modo que normalmente os anti-heróis são “à margem das convenções sociais”, Posner reconhece-se como “incuravelmente idiossincrático” e afirma nunca ter sido “completamente socializado no direito.”²⁸⁴

A questão é que o “anti-herói” continua a ser o “protagonista” da história e continua a ser aquele que “salva o mundo”, correto? Portanto, no direito, o rótulo de “empreendedor moral” cabe tanto ao “herói”, quanto ao “anti-herói”, motivo pelo qual podemos afirmar que Posner se comporta exatamente como o “empreendedor moral” que descreve em *“Problematics of Moral and Legal Theory”*. O próprio Posner assume essa dualidade em uma carta enviada para um colega, em 1992. Ele diz que, enquanto uma parte dele gostaria de ser uma “referência do *establishment* conservador” (*conservative establishment figure*), a outra parte gostaria de ser “um herói intelectual Prometeico” (*a Promethean intellectual hero*). Em seguida, adiciona: “isso é o mais próximo a que eu chego de uma confissão.”²⁸⁵

Ele realmente não gosta de admitir esse traço de (anti) heroísmo pretensioso que compõe a sua personalidade, como é possível perceber por esses trechos de uma entrevista concedida em 2014²⁸⁶ (“JC” é a sigla de “Joel Cohen”, o entrevistador; “RAP” é a sigla de “Richard Allen Posner”):

JC: Eu tenho certeza que já te perguntaram isso antes, mas você escreve para influenciar o modo de pensar da sociedade?

RAP: Não, não exatamente. Eu gosto de escrever. Imagino que seja algo obsessivo. Se as pessoas lerem, ótimo, mas eu não estou particularmente interessado em mudar as coisas. Eu não enxergo as coisas que eu escrevo como dotadas de influência, mas talvez elas tenham algum impacto no modo de pensar das pessoas.

(...).

JC: Voltando para uma questão anterior: quando você escrever artigos, digamos, questionando a “competência” do governo pós-Katrina ou a competência do governo em relação à segurança nacional, o seu objetivo é influenciar a opinião pública?

RAP: Do nada, o New York Times solicitou que eu escrevesse uma resenha para o relatório da comissão que analisou as falhas de inteligência que permitiram que os ataques de 11 de setembro ocorressem. Eu escrevi a resenha e fiquei interessado naquilo. Um colega de turma meu de Yale que

²⁸³ POSNER, Richard. What is obviously wrong with the Federal Judiciary, yet eminently curable. Part I. Green Bag 2D, Vol. 19, pp. 187-200. P. 1. Disponível em: < http://greenbag.org/v19n2/v19n2_articles_posner.pdf > Tradução nossa.

²⁸⁴ DOMNARSKI, Richard. *Op.cit.* P. 248.

²⁸⁵ *Idem.* P. 8. Tradução nossa.

²⁸⁶ POSNER, Richard. An Interview with Judge Richard A. Posner. Entrevista concedida a Joel Cohen. ABA Journal. 1 de Julho, 2014.

tinha contato com muitas pessoas da área de inteligência me disse que havia enviado uma cópia de minha resenha para cada um dos senadores americanos. Ele queria que eu conhecesse um monte de gente – agentes da CIA, do FBI, da NSA, etc. Era muito divertido conhecer aquelas pessoas e aprender sobre inteligência de segurança nacional. Eu escrevi sobre o tema e pensei que tivesse boas ideias para uma reforma. Portanto, eu teria ficado feliz em ter alguma influência, mas, no final das contas, já tendo dito tudo o que tinha para dizer sobre aquilo, eu abandonei o tema.²⁸⁷

Na primeira pergunta, Posner tenta recusar completamente o seu caráter de “empreendedor moral”, afirmando que não está “particularmente interessado” em “mudar as coisas”. Agora veja-se, em comparação, trechos dos prefácios de duas obras críticas sobre o judiciário e a academia jurídica (as partes mais “interessantes” são destacadas em negrito por nós):

Minha intenção, tanto nesta edição como na mais antiga "The Federal Courts: Crisis and Reform", é descrever e explicar, da melhor maneira que eu conseguir, o sistema; avaliar as propostas de aperfeiçoamento; e apresentar as minhas próprias propostas de aperfeiçoamento. (...). Eu espero que este livro forneça contribuições práticas para o aperfeiçoamento dos tribunais federais, mas também espero que ele estimule a adoção de um modelo científico de adjudicação pelos tribunais. 288

Vistas de fora, as instituições, sejam públicas, sejam privadas, têm uma aparência diferente da que elas têm quando são vistas de dentro. Para quem está do lado de fora, elas transmitem uma imagem de tranquilidade – confiantes e impenetráveis. As pessoas que estão do lado de dentro, responsáveis que são pela criação dessa fachada, (muitas vezes) conhecem melhor a respectiva instituição; ora, todas as instituições, em maior ou menor monta, têm problemas. Isso também se aplica ao Poder Judiciário Federal. Os juízes têm cerca de dois mil anos de experiência em tentar, com considerável sucesso, estupefar os leigos, criar uma aura autocomplacente, e esconder suas falhas e inadequações. Como uma pessoa que está do lado de dentro da instituição, eu sei como abrir as cortinas, e eu acredito que fazer isto, na verdade, a ajudará (...). Há muito o que se criticar na magistratura como profissão e, conseqüentemente, há muito espaço para melhorias (...). Meus objetivos neste livro são explicar, com base em documentos, a separação, identificar as áreas em que a performance do Poder Judiciário Federal é deficiente, e explicar o que as faculdades de Direito podem fazer para consertar ou, de modo mais realista, para amenizar estas deficiências. 289

²⁸⁷ *Idem*. Tradução nossa.

²⁸⁸ POSNER, Richard. **The Federal Courts**. Challenge and Reform. 2nd print. Harvard University Press: 1999. P. XIV e XV. Tradução nossa.

²⁸⁹ POSNER, Richard. **Divergent Paths**. The academy and the judiciary. Harvard University Press: 2016. P. X-XII. Tradução nossa.

Parece-nos que Posner admitiu claramente, nesses trechos, uma intenção de “mudar as coisas” para “melhor”. Portanto, sabemos que ou ele não foi totalmente honesto nessa parte da entrevista, ou não foi totalmente honesto no prefácio desses livros. No caso, sabemos que ele não havia sido totalmente honesto na entrevista, pois, depois de ser “pressionado” pelo entrevistador, Posner confessa que “ficaria feliz” se conseguisse influenciar os rumos da reforma no sistema de segurança nacional, confirmando a existência da contradição que apontamos.

4.1.3 “Posner-juiz-literário” contra “Posner-acadêmico”

Nesse subtópico, as contradições de Posner serão entre suas ideias acadêmicas e sua atividade como juiz²⁹⁰. Uma advertência inicial: a rigor, a existência de contradições em âmbitos profissionais diferentes pode ser explicada simplesmente pelo recurso da separação cognitiva entre as duas atividades. É precisamente isso que Posner afirma que tenta fazer e, de fato, parece conseguir fazer em algum grau²⁹¹. Desse modo, porque a existência de tais contradições deveria ser algo relevante? Entendemos que é relevante porque não é possível fazer uma separação cognitiva “completa”. Portanto, “Posner-acadêmico” influencia a postura do “Posner-juiz”, enquanto que a postura do “Posner-juiz” pode ajudar a compreender as ideias do “Posner-acadêmico”. Lembre-se que o “alvo” das pesadas críticas apresentadas nesse trabalho tem sido o “Posner-acadêmico”: esta é a “versão” de Posner que aparece como “monstruosa” para seus pares intelectuais. Poderá, todavia, sua atuação como juiz desconfirmar as críticas, em algum grau? Acreditamos que sim. A atuação de Posner-juiz revela que algumas de suas ideias acadêmicas são enunciadas por ele próprio de maneira exagerada *ou* interpretadas por seus críticos de maneira distorcida. Ademais, a atuação de Posner-juiz também esclarece o conteúdo de algumas dessas ideias.

O maior indício de uma contradição performativa entre Posner-acadêmico e Posner-juiz reside nas diferentes percepções que essas duas faces geram na crítica. Enquanto aquele é

²⁹⁰ Nossa principal fonte para triagem das decisões a serem analisadas foram a obra de Domnarski, os textos do próprio Posner e referências esparsas que encontramos ao longo de nossas pesquisas. Para uma análise mais metódica, VER: BLOMQUIST, Robert. F. Judge Posner’s Pragmatism in Action. 1981-2011. Valparaiso University School of Law. Legal Studies Research Paper Series, 2012.

²⁹¹ Domnarski coleta depoimentos dos ex-assistentes de Posner. Um deles diz: “Eu me lembro que quando eu era seu assistente, havia vários casos em que era possível visualizar uma solução teórica por meio da análise econômica. Todavia, ele [Posner] ignorava a solução e dizia “a questão, para mim, é a solução que o direito exige, e não a solução que análise econômica do direito exige”. Ainda assim, deve-se destacar que Posner mobilizou, em vários dos seus votos, o instrumental teórico e metodológico da análise econômica. VER: DOMNARSKI, William. *Op.cit.* P. 98. Tradução nossa.

hiper criticado, este costuma ser super elogiado pelos seus pares na corte e pela opinião pública em geral. O próprio Posner reconhece essa diferença de percepção pública sobre seu trabalho:

O que é estranho é que a maior parte das críticas que recebo dizem respeito às coisas que escrevo e falo acerca do processo judicial, como esse próprio artigo. Críticas aos meus votos judiciais são raras, embora eu tenha redigido mais de 3.100 votos que foram publicados em meus 34 anos como juiz federal de apelação²⁹².

Seus votos (*opinions*) são mais citados do que os votos de quaisquer outros juízes federais na ativa em qualquer âmbito que se investigue. Choi e Gulati concluíram que, entre 1998 e 2000, Posner foi mais citado “pelos seus colegas do sétimo circuito, por juízes de outros circuitos, por professores de direito e pela Suprema Corte.” A margem pela qual Posner “lidera” os *rankings* ainda é bastante folgada: “Mais impressionante do que a variedade de critérios em que o juiz Posner supera seus colegas, é o grau em que ele supera. Além de seu colega do Sétimo Circuito, Frank Easterbrook, ninguém mais chega perto.”²⁹³

Mais que isso: os mesmos pesquisadores constataram, em outra pesquisa que ranqueava o comprometimento ideológico dos juízes de acordo com o padrão de citações feitas pelos próprios juízes, ou feitas em referência a esses juízes, que Posner figura em 14º lugar no *ranking* dos juízes mais citados pelo polo ideológico oposto (dentro uma amostra de 98 juízes federais na ativa). Em seguida, concluem que esse fato (tornar-se referência para um grande número de juízes, inclusive aqueles com ideologia contrária) é um indicativo de que as decisões de Posner são substancialmente corretas e convincentes.

Na verdade, o Sétimo Circuito de Apelação, presidido por Posner entre os anos de 1993 e 2000 (período que compreende o âmbito da pesquisa), foi “muito bem representado” no *ranking* dos juízes mais “ideologicamente neutros” produzido por Choi e Gulati – quatro, dos quinze juízes “mais neutros” de todo o universo de circuitos federais, pertenciam Sétimo Circuito de Posner. Considerando que são onze circuitos ao todo, se a distribuição fosse “equilibrada”, cada circuito deveria contar com 1 ou, no máximo, dois juízes no *ranking*. Baseando-se em resultados de estudo anterior que atestou que os juízes do Sétimo Circuito seriam “excepcionalmente eficientes e produtivos”, os pesquisadores sugerem que, talvez, a

²⁹² POSNER, Richard. What is obviously wrong with the Federal Judiciary, yet eminently curable. Part I. Green Bag 2D, Vol. 19, pp. 187-200. P. 1. Disponível em: < http://greenbag.org/v19n2/v19n2_articles_posner.pdf> Tradução nossa.

²⁹³ CHOI, Stephen; GULATI, G. Mitu. **Mr. Justice Posner?** Unpacking the Statistics. New York Annual Survey of American Law. Vol. 61, 2005, pp. 19-43. Disponível em: <file:///C:/Users/aless/Downloads/SSRN-id647738.pdf>

eficiência e produtividade seja traduzida em um maior equilíbrio ideológico. Poderia ser que a conhecida produtividade de Posner estivesse influenciando positivamente seus colegas de tribuna?

A influência de Posner no judiciário federal Americano é tão grande que ele é frequentemente chamado “o décimo juiz da Suprema Corte”.²⁹⁴ O seu nome, inclusive, foi bastante cotado (especialmente durante o governo Reagan) para ocupar uma das vagas da corte mais alta dos Estados Unidos. Choi e Gulati chegaram a redigir um artigo demonstrando que Posner lidera o *ranking* que indica virtudes judiciais teoricamente necessárias para o exercício da atividade na corte mais alta dos Estados Unidos²⁹⁵.

As decisões de Posner são reputadas material de excelência. O reconhecimento vêm especialmente de advogados e juízes. Por exemplo, um influente advogado na área de responsabilidade civil criou uma coluna em seu blog apenas para discutir os votos de Posner, considerados “brilhantes e esteticamente bem-escritos”. O que haveria de tão brilhante assim? O mesmo advogado esclarece que os votos “normalmente abordam questões jurídicas que ninguém mais levantou, normalmente fazem uma jornada através das várias áreas adjacentes ao tema central e, finalmente, normalmente chegam a um resultado muito claro e preciso.”²⁹⁶ Outro exemplo: William Domnarski, advogado e autor de cinco livros que exploram o universo do sistema judiciário americano (sendo um deles, a biografia de Posner), afirmava, já em 1996, que Posner “estava redigindo votos de uma maneira nunca vista antes.”²⁹⁷ O juiz Henry Friendly, em correspondência com Posner, afirma essencialmente a mesma coisa ao considerar que Posner seria o melhor juiz dos tribunais de apelação daquela geração²⁹⁸.

O que explica o “sucesso” de Posner-juiz? Uma possível explicação é o “*superstar effect*” (efeito *super star*) – quanto mais um juiz se torna popular (por quaisquer razões que sejam), com mais frequência será citado, ainda que suas decisões não sejam substancialmente melhores que decisões de outros juízes. Quanto mais citado, mais popular se tornará, ainda que a fama não corresponda ao mérito. Chio e Gulati, todavia, identificam que o padrão de citações a Posner não obedece ao padrão esperável de um “*superstar effect*”²⁹⁹. Claro que isso não exclui a possibilidade de que a popularidade de Posner-juiz decorra simplesmente de uma

²⁹⁴ MYSTAL, Elei. Richard Posner is retiring. Like, now. He is retiring right now. **Above the Law**. Set 2017. Disponível em: <<https://abovethelaw.com/2017/09/richard-posner-is-retiring/>>

²⁹⁵ CHOI, Stephen; GULATI, Mitu. Choosing the Next Supreme Court Justice: An Empirical Ranking of Judge Performance. **Southern Californian Law Review**. Vol. 78, 2004, pp. 23-45.

²⁹⁶ BECK, James. There'll Always Be Posner. **Drug and Device Law**. 2010. Disponível em: <<https://www.druganddevicelawblog.com/2010/01/therell-always-be-posner.html>>.

²⁹⁷ DOMNARSKI, William. **In the Opinion of the Court**. University of Illinois Press, 1996.

²⁹⁸ DOMNARSKI, William. Richard Posner. *Op.cit.* P. 99

²⁹⁹ CHOI, Stephen; GULATI. Mr. Justice Posner? *Op.cit.*

espécie de “efeito de manada”, todavia, pelo menos desfavorece a plausibilidade dessa explicação, o que abre mais espaço para explicações alternativas.

Nossa “explicação alternativa” é: o sucesso de “Posner-juiz” deve-se ao fato de que ele é extremamente comprometido com o exercício de sua atividade judicativa, sendo um “*exemplar*” (ou modelo) de juiz virtuoso.

Percebemos elementos de virtude tanto na forma com que Posner lida com o contexto de descoberta, como a forma que ele lida com o “contexto de justificação”.

No contexto de descoberta, Posner se compromete com a compreensão das particularidades fáticas de cada caso que julga, sem descurar do comprometimento com a (tentativa de) imparcialidade ideológica. Três exemplos são suficientes para ilustrar esse ponto.

Em 1990, Posner compôs o painel de juízes que julgou o caso “*Miller v. Civil City of South Bend*”³⁰⁰, no qual se discutia se a Constituição garantiria o direito a performance artística com o corpo nu. Posner redigiu um voto contrário à posição conservadora, sustentando que a Constituição garante a liberdade de expressão artística, mesmo quando esta implicasse a exposição de órgãos genitais. Nas suas razões, ele nota que “somos uma cultura em que puritanismo, o filistinismo e a promiscuidade estão, muitas vezes, incongruentemente entrelaçados de maneira complexa.”

Pouco tempo depois, como que inspirado pela repercussão do caso, Posner redige a obra “*Sex and Reason*”, apontando que seu objetivo, com aquela pesquisa, seria se informar, para o exercício de sua função de juiz, e “dissipar algumas das nuvens de ignorância, preconceito, vergonha e hipocrisia que obscurecem a discussão pública sobre sexo na América em geral e no sistema jurídico americano em particular”. Ele ainda afirma que pretende, “tornar este rico material disponível para outros estudar” de modo que pudesse “envergonhar meus colegas de profissão [jurídica] por ignorá-lo.”

Nussbaum, assim como nós, entende que o esforço de Posner para compreender de maneira mais apropriada os tabus e preconceitos relacionados à sexualidade e, assim, conferir decisões menos enviesadas pela ignorância, demonstra que o autor possui uma “admirável abertura aos fatos do caso e aos argumentos sobre eles”, até porque Posner “teria mostrado implicações jurídicas desses fatos e argumentos muito claramente.”

Já em 2013, na obra “*Reflections on Judging*”, Posner fez a seguinte afirmação:

³⁰⁰ Disponível em: < <https://casetext.com/case/miller-v-civil-city-of-south-bend>>.

Eu reconheço minha culpa por ter escrito o voto vencedor (confirmado pela Suprema Corte) no julgamento que chancelou a exigência do estado de Indiana de que os futuros eleitores provem suas identidades mediante a apresentação de um documento de identificação com foto – um tipo de lei atualmente considerado um meio de suprimir o voto, e não de prevenir fraudes.³⁰¹

O autor referia-se à decisão que proferiu (confirmado pela Suprema Corte) no caso *Crawford v. Marion County Election Board*, no qual discutia-se a constitucionalidade das leis eleitorais do estado de Indiana que exigiam que os eleitores apresentassem identidade com foto para poderem votar nas eleições. Dois argumentos sustentavam as posições antagônicas: de um lado, republicanos eram favoráveis à exigência de identificação visual dos eleitores como meio de combate à fraude eleitoral. Do outro lado, democratas eram contrários à tal exigência, pois ela constituiria um obstáculo ao exercício do voto por cidadãos de classes mais baixas, desfavorecendo os democratas. A decisão do sétimo circuito foi favorável à constitucionalidade da legislação eleitoral (sustentando a posição dos republicanos).

Todavia, Posner esclarece que tal decisão foi tomada sem os devidos dados empíricos que permitiriam aos juízes ter mais confiança no resultado adotado, tendo as partes apresentado seus argumentos apenas de forma teórica, sem qualquer evidência empírica de que a exigência ou facilitaria fraudes, ou desfavoreceria os eleitores democratas. Tendo surgido, posteriormente, uma multiplicidade de leis similares em outros estado e, concomitantemente, evidências de que a exigência de identificação visual desfavorecia os eleitores democratas, Posner faz um *mea culpa*: “Eu deveria ter pesquisado mais, contudo não tenho certeza se as evidências existiam à época.”³⁰² Visualizamos esse exemplo não apenas como uma amostra do tipo de “esclarecimento empírico” que Posner deseja que a academia forneça ao judiciário, mas também como um indício do seu comprometimento *moral* com a decisão sustentada em fatos.

O próximo exemplo é mais polêmico, pois tanto pode ser objeto de elogio a Posner (por seu comprometimento com a “verdade material”), quanto de crítica (por seu *não* comprometimento com o sistema adversarial e o princípio do dispositivo).

Em 2015, no caso *Rowe vs. Gibson*, Posner proferiu uma decisão com base em pesquisas que seus *clerks* fizeram no *google*. O caso era o seguinte: Rowe era um presidiário recolhido a uma penitenciária gerida pela empresa privada Gibson. Sendo portador de refluxo esofágico, Rowe afirma, em sua petição judicial que solicitou, diversas vezes, tratamento

³⁰¹ POSNER, Richard. Reflections on Judging. *Op. cit.* P. 84-85. Tradução nossa.

³⁰² POSNER, Richard. An Interview with Judge Richard A. Posner. Entrevista concedida a Joel Cohen. ABA Journal. 1 de Julho, 2014. Tradução nossa.

adequado para seu problema, tendo obtido acesso (apenas por um breve período de tempo) a um medicamento chamado “Zantac”. A medicação, apesar de ser adequada para o tratamento do problema, estava a ser ministrada em horários completamente inadequados, impedindo a produção normal de efeitos. Como consequência do descaso com sua saúde, pediu ressarcimento dos danos.

O problema é que Rowe, sendo presidiário e pobre, não tinha dinheiro para pagar um advogado e estava atuando em causa própria. Sem dominar as complexidades do sistema processual e probatório, Rowe não juntou provas de que a penitenciária teria deixado de providenciar um tratamento adequado para sua condição. Para ser mais clara: Rowe não juntou provas (tais como laudos médicos periciais) de que o tratamento fornecido havia sido inadequado para sua condição. Assim, o juízo de primeira instância absolveu sumariamente a penitenciária.

O recurso chegou até ao Sétimo Circuito. Para redigir seu voto, Posner partiu da premissa de que o mero relato do caso já conferia materialidade suficiente para que o autor tivesse direito a um “*full trial*” (cognição profunda e de mérito das alegações). Ademais, constava nos autos do processo informações prestadas pelo médico da penitenciária que revelavam, por meio de uma busca rápida no *google*, que o tratamento havia sido inadequado. Por exemplo, o médico afirmava que os comprimidos de *Zantac* eram fornecidos a Rowe às 09:30 da manhã e, depois, às 09:30h da noite, sendo os horários das refeições às 04:00 da manhã e às 04:00h da tarde. Todavia, o site da indústria que produzia o remédio informava que este deveria ser tomado imediatamente antes das refeições para produzir efeitos. Outras inconsistências no relato do médico da penitenciária foram apontadas no voto de Posner para sustentar sua opinião favorável (e vitoriosa) ao autor da ação.

Não foi a primeira vez que Posner teria, em alguma medida, flexibilizado a “postura passiva” do julgador que é típica do sistema adversarial. No anterior, conduziu um experimento empírico pitoresco no julgamento do caso *Mitchell v. JCG Industries Inc.* Nesse caso, o ponto controvertido era o seguinte: seria devido, aos operários sindicalizados da *JCG Industries*, uma compensação pelo tempo despendido, durante o intervalo de 30 minutos para refeições, para troca do equipamento de proteção sanitária? Os operários argumentavam que demoravam cerca de 15 minutos para retirar e vestir novamente o equipamento de produção, o que significa que metade do seu intervalo para refeições seria desperdiçado com o procedimento. A indústria afirmava que eles levavam apenas 2-3 minutos. Essa divergência fática não foi explorada pelas partes e pela instância inferior, pois as partes apresentaram seus argumentos focando tão somente em questões interpretativas das regras contidas nos estatutos

e convenções coletivas de trabalho³⁰³, deixando de apresentar evidências sobre quanto tempo, efetivamente, os trabalhadores levariam para trocar as vestes.

O que Posner fez? Encontrou o fornecedor dos equipamentos de proteção e encomendou, para seu escritório, um *kit* completo de tal equipamento, contendo uma touca de cabelo, um avental, um sobretudo, mangas de plástico, protetores auriculares e luvas. Em seguida, seus *clerks* conduziram um experimento que foi registrado em vídeo: eles vestiram e tiraram, algumas vezes, o equipamento de proteção sanitária, em velocidade de um “ser humano normal”. Tempo gasto (em média): 15 segundos para retirar todo o equipamento e 95 segundos para repô-lo. Posner diz, no seu voto, que o vídeo não constitui propriamente “evidência” – “a intenção era apenas satisfazer a curiosidade, em vez de proceder a uma efetiva apuração dos fatos” – mas pode ser reputado como confirmação do senso intuitivo que “vestir e tirar” algumas peças de roupa não consome metade do tempo de almoço de um funcionário. Mais à frente, ele retorna ao ponto afirmando que:

O bom senso tem lugar na adjudicação. O que poderia ser mais absurdo do que exigir, como questão de interpretação do *Fair Labor Standards Act*, que os minutos despendidos com vestir e tirar a roupa de proteção durante os intervalos para o almoço sejam medidos diariamente para cada trabalhador para fins de cálculo de horas extras (uma fração modesta do salário de uma hora) devido cada trabalhador duas vezes ao dia?³⁰⁴

De todo modo, os argumentos dos operários sindicalizados convenceram Posner de que qualquer período despendido com troca de equipamento deveria ser compensado, ainda que fossem poucos minutos. Então, ele votou pela reforma da decisão da instância inferior para reconhecer o direito à compensação “pelo tempo de vestir e tirar o equipamento, tanto no início quanto no final do dia de trabalho e durante o horário de almoço”, concluindo apenas que o caso deveria ser remetido para apuração dos fatos (*for fact-finding*), de maneira a estabelecer-se quantos minutos seriam gastos com a troca do equipamento. Posner também forneceu os critérios para que fosse possível estimar o tempo médio despendido pelos trabalhadores, de modo a solucionar a impossibilidade prática de obrigar as indústrias a contabilizarem pessoalmente e diariamente a quantidade de minutos gastas por seus operários.

Assim, nesses dois últimos exemplos, visualiza-se novamente o compromisso de Posner com “os fatos” e com um sentido de empirismo em que não se exige o rigor científico, pois satisfaz-se com o conhecimento razoavelmente apreendido pelo bom senso cotidiano.

³⁰³ Por exemplo, seria aquele intervalo específico caracterizado como “*bona fide meal break*”, caso em que não seria devido uma compensação pelos minutos “desperdiçados”, ou não?

³⁰⁴ Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1660634.html>> Tradução nossa.

Também se percebe aqui o sentido do “antidogmatismo” de Posner: ele não se curva a dogmas estabelecidos na tradição jurídica (como o princípio adversarial) caso os considere desnecessários e prejudiciais à boa decisão de mérito. Inclusive, é “fato pacífico” que Posner teria “perdido a vaga” na Suprema Corte justamente por não abrir mão de sua independência intelectual. Alguns dizem que o malfado “artigo da venda de bebês” foi o responsável por enterrar suas chances de indicação. Outros afirmam que Posner não chegou a ser nomeado por presidentes republicanos porque não seria suficientemente comprometido com o conservadorismo³⁰⁵.

Mas há algo mais interessante relacionado ao contexto desses exemplos: eles não apenas esclarecem o que Posner quer dizer com “dar atenção aos fatos do caso” e ser “antidogmático”. Eles também revelam uma “feição humana” que muitos críticos reputaram que faltava a Posner.

Ocorre que o caso *Rowe v. Gibson* é representativo de um incômodo que Posner passou a desenvolver, de maneira crescente, em relação à forma com que o sistema judiciário “maltrata” os litigantes desassistidos por advogados. Segundo Posner, “a maioria dos juízes olha para essas pessoas como se elas fossem um tipo de lixo com o qual o judiciário federal não precisa perder tempo.”³⁰⁶ Tais litigantes, frequentemente pobres e poucos instruídos, teriam seus pedidos (normalmente escritos a mão) analisados com “impaciência” pelas cortes por serem cheios de vícios de técnica jurídica. Contudo, diante da percepção de que os “danos” sofridos por essas pessoas era real (“*their grievance is real*”), Posner diz que “Eu gradualmente comecei a perceber que aquilo que nós estávamos fazendo não era certo”.

Sendo pragmático como é, Posner primeiro escreveu um livro sobre o tema³⁰⁷ e depois pensou em uma solução que auxiliaria os litigantes desassistidos a formularem bons casos do ponto de vista técnico. Ele próprio, Posner, queria se responsabilizar por orientar a equipe de assessores (*staff attorney*) responsável por receber os apelos das partes e encaminhar memorandos para os juízes do Sétimo Circuito com sugestões para o julgamento:

Eu queria revisar todos os memorandos da equipe de assessores antes de irem para o painel de juízes (...) Eu iria me sentar com os assessores e revisaria seus memorandos. Eu iria fazer todas as sugestões editoriais - ou

³⁰⁵MYSTAL, Elei. Richard Posner is Retiring. **Above the Law**. Set 2017. Disponível em: <https://abovethelaw.com/2017/09/richard-posner-is-retiring/>

³⁰⁶ POSNER, Richard. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. Entrevista concedida a Adam Liptak. *The New York Times*. Set 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html> Tradução nossa.

³⁰⁷ POSNER, Richard. **Justice for Pro Se's**. [S.l.]: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2018.

ordens editoriais - que achasse necessário. Seria uma boa educação para os advogados da equipe e seria muito bom para os litigantes sem advogados.³⁰⁸

Posner afirma que havia conseguido permissão do diretor do programa de assessoria para implantar essa “mentoria”. Todavia, seus colegas do Sétimo Circuito não concordaram com o projeto, o que deixou Posner muito frustrado e, segundo ele próprio, motivou seu pedido abrupto de aposentadoria em 2017. O livro recém-lançado teria incrementado a tensão: “Se eu continuasse no tribunal, seria particularmente estranho porque, implícita ou explicitamente, estou criticando os outros juízes.”³⁰⁹

Em um dos últimos votos proferidos antes da aposentadoria, Posner “sai em defesa”, mais uma vez, de um presidiário (Michael Davis) que teve seu pedido de indenização sumariamente rejeitado por não atender a questões de técnica processual. Ele diz, em seu voto, que “Davis precisa de ajuda – precisa muito de ajuda – precisa de um advogado desesperadamente”³¹⁰, usando uma linguagem que se assemelha à de Robin West quando ela clama pela valorização de uma “ética do cuidado” no direito. A linguagem – incluindo o teor do conteúdo – também se assemelha àquela que sairia da boca de vários juristas “*social justice warriors*”.

³⁰⁸ POSNER, Richard. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. Entrevista concedida a Adam Liptak. The New York Times. Set 2017. Disponível em:

<<https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html>> Tradução nossa.

³⁰⁹ POSNER, Richard. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. Entrevista concedida a Adam Liptak. The New York Times. Set 2017. Disponível em:

<<https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html>> Tradução nossa.

³¹⁰ Michael Davis era um presidiário cuja capacidade cognitiva correspondia a de uma criança de 6-8 anos. Ele afirmava que havia sido agredido um segurança do presídio e pleiteava reparação pelos danos sofridos. O problema é que Davis não tinha condições de se auto representar diante da corte, tendo em vista sua limitação cognitiva. Tendo perdido prazos processuais, a demanda foi extinta por “*failure to prosecute*”. Davis peticionou uma moção de “*relief from judgment*” que corresponderia, em nosso sistema, a ação rescisória. O argumento era que ele não tinha capacidade cognitiva para entender e cumprir as determinações legais e judiciais relacionadas à aspectos processuais. Ocorre que Davis havia peticionado, várias vezes, que não tinha condições de auto representar, solicitando auxílio legal gratuito. Os juízes que avaliaram seus pedidos respondiam seus pleitos determinando ainda mais obrigações processuais, como apresentação de histórico médicos e outras informações. Basicamente, era como se Davis dissesse: “preciso de um advogado porque eu não consigo compreender nada do que vocês, juízes e legisladores, escrevem, não consigo entender que provas eu tenho que apresentar, não consigo cumprir os prazos” e, como resposta, ele recebesse uma intimação judicial que dissesse: “pois prove, no prazo de 15 dias, que você não consegue entender nada do que nós, juízes e legisladores, escrevemos.” Posner, após relatar minuciosamente a cadeia processual, deferiu a moção de Davis. Para sustentar a decisão, Posner submeteu o texto das decisões inferiores a um “teste” (disponível na internet) que verificava a complexidade de um texto conforme a idade cognitiva da pessoa. A fórmula resultou que os textos contidos nas intimações à Davis possuíam um nível complexidade tal que só poderia ser compreendido por uma pessoa cuja idade cognitiva fosse superior à de Davis: <<https://www.leagle.com/decision/infco20170522088>> Tradução nossa.

Abdicando de sua posição de juiz, Posner formou, juntamente com outros juristas aposentados, uma organização que presta assessoria judiciária gratuita (*pro bono*) para pessoas sem condições financeiras de custear honorários de advogado³¹¹.

Diante de inegável demonstração de “comprometimento” com “causas sociais”, Henry Farrell (professor da Johns Hopkins University), conclui que, “Richard Posner, finalmente, se tornou um pragmatista.”³¹² Mais à frente, retomaremos esse ponto, buscando compreender se, de fato, a transição de Posner para o pragmatismo só teria “se completado” perto do momento de sua aposentadoria.

Passando para o contexto de justificação, também encontramos Posner-juiz comprometido com algo muito relevante para a legitimidade do poder judicial: a justificação detalhada de suas decisões, redigidas em estilo que emula o seu raciocínio no contexto de descoberta, sempre de maneira compreensível para a pessoa média e com muitos toques literários.

Posner-juiz redige muito mais próximo do estilo que seria típico da “mulher literária” do que do “homem-econômico” (conforme terminologia de Robin West)³¹³. Primeiro, ele costuma utilizar figuras de linguagem e recorrer à literatura para interpretar os fatos postos diante de si³¹⁴. Ademais, ele usa um estilo redacional que lembra a técnica “fluxo de consciência” (*stream of consciousness*), associada às obras literárias de grandes autoras do gênero feminino, como Clarice Lispector e Virginia Wolff. Por essa técnica, busca-se transcrever o processo completo do pensamento “como ele é”: não linear, entremeado por recortes, emoções, pausas abruptas, retornos³¹⁵. Ele argumenta em cima de fatos, mas utiliza expressões estéticas para descrever contextos³¹⁶ e, com frequência, deixa transparecer indignação diante de algum evento por meio de pontos de exclamação – mostrando suas “emoções” ao público, o que é algo raríssimo no contexto do judiciário federal americano.³¹⁷

Esse juiz, de fato, em nada lembra o “Posner-econômico” que debateu com Robin West na década de 80 (ver tópico 2.3). Lembra, contudo, o “Posner-pragmático” que debateu com Dworkin no final da década de 90: a utilização de linguagem acessível, a transparência

³¹¹ O centro, chamado “The Posner Center of Justice for Pro Se’s – Obtaining Justice for Pro Se’s”, fechou em 2019 em razão do volume de trabalho (alegadamente). Disponível em <<http://www.justice-for-pro-ses.org/>>.

³¹² FARRELL, Henry. Richard Posner has finally become a pragmatist. Crooked Timber. Set 2017. Disponível em: <<https://crookedtimber.org/2017/09/14/richard-posner-has-finally-become-a-pragmatist/>> Tradução nossa.

³¹³ WEST, Robin. Economic Man and Literary Woman: One Contrast. In: Mercer Law Review. Vol. 39, 1988, pp. 867-878.

³¹⁴ Exemplos em: DOMNARSKI, William. Richard Posner. *Op.cit.* p.101.

³¹⁵ Exemplos em: *Idem.* P. 104.

³¹⁶ Exemplos em: *Idem.* P. 103

³¹⁷ Exemplos em: *Idem.* P. 103.

em relação ao papel que as emoções desempenham na adjudicação e a impaciência diante da prolixidade desnecessária.

Além disso, parece-nos que a forma de raciocínio de Posner-juiz (ou pelo menos a forma pelo qual o raciocínio é exposto) difere, em pelo menos algum grau, do juiz dworkiano. Lembramos que Dworkin descreve o raciocínio judicial como um processo de ascensão justificatória – passagem de níveis normativos particulares e concretos para níveis cada vez mais gerais e abstratos. Apesar de Dworkin não explicar, em termos estéticos, como o processo ocorre, a impressão é que ele supõe que seja de maneira linear, planejada, organizada e bastante autoconsciente. O pensamento de Posner-juiz é zigue-zagueante – como notado pelo próprio Dworkin, que “reclama” do excesso de *dicta* nas opiniões de Posner – mas, e esse é o ponto que importa, sempre “chega a um lugar” bem definido, resultando em uma conclusão compreensível, convincente e plausível do ponto de vista lógico³¹⁸.

Nesse ponto, a atuação do Posner-juiz também poderá servir como contraponto às críticas de que o pragmatismo seria “frouxo” e “irresponsável”, pois é notório que as decisões de Posner são elaboradas meticulosamente, ainda que sua atenção aos materiais jurídicos formais seja concernente mais ao contexto de justificação do que ao contexto de descoberta³¹⁹. Quer dizer, Posner primeiro constrói sua decisão, e depois pede para que seus *clerks* encontrem material jurídico que a sustente³²⁰. Mas isso não o torna decisionista como Bártolo – aquele que pedia para Tigrino fundamentar suas decisões –, já que Posner abre-se para a possibilidade de mudar o conteúdo de suas decisões, caso, os assessores (*clerks*) encontrem argumentos (incluindo precedentes) que apontem na direção contrária.

³¹⁸ BECK, James. There'll Always Be Posner. **Drug and Device Law**. 2010. Disponível em: <<https://www.druganddevicelawblog.com/2010/01/therell-always-be-posner.html>>.

³¹⁹ “Eu presto muito pouca atenção às regras jurídicas, estatutos, disposições constitucionais”, disse o juiz Posner. “Um caso é apenas uma disputa. A primeira coisa que você faz é se perguntar - esqueça a lei - qual é uma solução sensata para essa disputa?” A próxima coisa, disse ele, era ver se um precedente recente da Suprema Corte ou algum outro obstáculo jurídico impedia a decisão a favor dessa resolução sensata. “E a resposta é que raramente é o caso”, disse ele. “Quando você tem um caso na Suprema Corte ou algo semelhante, muitas vezes é extremamente fácil de contorná-lo.” POSNER, Richard. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. Entrevista concedida a Adam Liptak. The New York Times. Set 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html>>

³²⁰ Um funcionário lembrou que “a característica mais saliente do processo de Dick era que ele redigia seus votos na noite após a argumentação oral (ou talvez dentro de duas noites); e esses rascunhos seriam parecidos com a versão final dos votos, mas sem nenhuma citação de autoridade - apenas “[citações]” em todos os lugares onde ele os quisesse. Em seguida, caberia aos assessores encontrar as autoridades para apoiar o que ele havia dito.” Normalmente, isso não era difícil, porque as propostas para as quais ele queria apoio eram corretas. Mas às vezes o funcionário ficava convencido de que Posner tinha avaliado os fatos ou o direito de maneira equivocada e mandava de volta um memorando informando sobre isso. Algumas vezes por ano, um assessor convenceria Posner a mudar o raciocínio ou o resultado de um caso dessa forma, e isso sempre era uma fonte de surpresa e satisfação. Um assessor costumava se referir às mudanças na fundamentação como gols e às mudanças no resultado como touchdowns. VER: DOMNASRKI, William. Richard Posner. *Op. cit.* P. 167. Tradução nossa.

Não era muito comum, é verdade, que Posner efetivamente mudasse de opinião. Todavia, havia uma preocupação muito grande em enfrentar todos os argumentos potencialmente relevantes, uma vez que Posner repetia o processo de argumentação/contrargumentação e revisão várias vezes até que ficasse satisfeito com o resultado. Nesse caso, é possível que Posner não mudasse de opinião com frequência simplesmente porque sua habilidade para ter bons “*hunchs*” seria acima da média. Essa hipótese é sustentada pelo fato de que, desde o primeiro ano na faculdade de direito (Harvard), Posner demonstrava uma capacidade intuitiva excepcional de “perceber” qual seria a resposta jurídica “correta” (ou seja, aquela sustentada pelos materiais jurídicos tradicionais)³²¹.

Não é possível também acusar Posner-juiz de frouxidão teórica ou irresponsabilidade diante do mero fato de sua linguagem ser simples e “literária”. Ao contrário: o domínio sobre determinado conteúdo é o que permite que a mensagem seja comunicada de maneira simples, com pouco uso de jargões e de palavras difíceis até de se pronunciar. Note-se, todavia, que “linguagem simples” não significa “linguagem vulgar” e, muito menos, qualquer coisa como “*visual law*” ou “direito simplificado”. O direito é uma prática argumentativa que exige recurso à conceitos técnicos e, principalmente, exige recurso à *argumentação*.

Posner-juiz não comete nenhum dos dois “equivocos”: seus votos apresentam a linguagem técnica quando esta é necessária. A única questão é que ele se preocupa também em explicar ou definir os conceitos, doutrinas e princípios que cita, de modo a possibilitar que até pessoas leigas consigam compreender (ao menos razoavelmente) suas decisões. Como ele explica, “é a solidez que me interessa, não a plumagem.”³²²

Concluindo, a atuação de Posner-juiz nos possibilita readequar Posner-acadêmico em suas duas fases da seguinte maneira: Posner-econômico ou parece ter sido “mais econômico” do que ele próprio acreditava que um juiz deveria ser, ou parece ter mudado radicalmente de concepção sobre a natureza da atividade judicativa depois de assumir a posição de juiz. Mais à frente, argumentaremos pela segunda interpretação.

³²¹ Um relato da época que Posner era estudante em Harvard é feito por DOMNARSKI, Willian. Richard Posner. *Op.cit.* P. 30 e ss.

³²² O incômodo dele não é propriamente com os formalistas (especialmente os formalistas legais), mas com os retóricos. “Eu perguntei a ele sobre seus críticos, e ele disse que eles se dividiam em dois campos. Alguns, disse ele, simplesmente têm uma visão diferente do papel adequado do juiz. “Há uma tradição formalista muito forte na lei”, disse ele, resumindo-a assim: “Os juízes estão simplesmente aplicando regras, e as regras vêm de outro lugar, como a Constituição, e a Constituição é sagrada. E os estatutos, a menos que sejam inconstitucionais, também são sagrados.” “Muitas pessoas que dizem isso são sinceras”, disse ele. “Essa é a concepção de lei deles. Isso é bom.” Ele disse que tinha menos simpatia pelo segundo campo. “Existem outros que são, você sabe, bestas reacionárias”, disse ele. “Eles são bestas reacionárias porque querem manipular os estatutos e a Constituição à sua própria maneira.” POSNER, Richard. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. Entrevista concedida a Adam Liptak. The New York Times. Set 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html>>. Tradução nossa.

Já as concepções do Posner-pragmático parecem não estar tão distante do Posner-juiz, apesar de que algumas posições acadêmicas continuam a ser contraditas por sua performance enquanto juiz. Por exemplo, mencionamos, no tópico 2.5, que Posner considera que “ser juiz” é uma atividade burocrática, desinteressante, pacata, ordinária e pouco estimulante para a mente e o espírito. Essa descrição não combina nem com seu “estilo literário” de redigir sentenças, nem com o dinamismo de sua atuação diante dos advogados, nem com sua independência intelectual diante dos seus pares acadêmicos. Nesse ponto, ou Posner-pragmático usa um tom mais crítico do que gostaria, ou está em legítimo conflito interno. Argumentaremos, mais à frente, pela última interpretação.

Por fim, uma última readequação deve ser feita, dessa vez em relação ao teor das críticas contra Posner-pragmático: estas podem estar erradas ao rotularem, negativamente, o pragmatismo como uma abordagem pós-modernista, anti-intelectual, cética, desprovida de normatividade e de racionalidade, pois, se considerarmos que Posner-juiz é uma representação viva da abordagem pragmática, não nos parece que a rotulagem de tal abordagem como “teoricamente frouxa” seja acurada. Aliás, talvez o pragmatismo realmente seja “frouxo” do ponto de vista teórico. Todavia, a frouxidão que ocorreria no plano teórico não parece implicar que, na atuação prática, os juízes pragmáticos irão conferir decisões intelectualmente preguiçosas.

4.2 LIMPANDO O TERRENO: AS HIPÓTESES EXPLICATIVAS QUE NÃO EXPLICAM, REALMENTE, AS CONTRADIÇÕES DE POSNER

Nesse item, iremos avaliar a plausibilidade de três hipóteses explicativas sobre as contradições de Posner que são alternativas à nossa tese. Nomeamos as hipóteses do seguinte modo: i) “Posner tem projeto de dominação ideológica”; ii) “Posner é um comerciante moral”; iii) “Posner é um *poltergeist*”.

4.2.1. Posner tem um projeto de dominação ideológica

No tópico 2.2 adiantamos a primeira hipótese explicativa para as contradições entre Posner-econômico e Posner-pragmático: talvez, Posner esteja a serviço da implementação de uma agenda ideológica conservadora, tendo simplesmente adaptado sua “estratégia de dominação do direito” de acordo com as circunstâncias. Inicialmente, a “Análise Econômica

do Direito” teria sido sua ferramenta para retirar a força do movimento do direito e literatura (e todos os “*law and...*”) e, assim, impedir a penetração da crítica política radical no direito mobilizada pelo *Critical Legal Studies*.

A estratégia não teria funcionado. Por mais que a análise econômica do direito tenha angariado alguns “fãs” ao longo da década de 80, recebeu mais crítica acadêmica do que apoio. Ademais, nunca chegou a fazer muito sucesso entre juízes e tribunais federais³²³. Posner, então, precisava encontrar outro meio de isolar o *CLS* e impedir que a influência desse movimento saltasse da academia para o judiciário. A nova arma escolhida foi o pragmatismo: bem mais palatável ao senso comum americano, mas igualmente mantenedor do “*status quo*” – justamente porque recorre ao “senso comum” do juiz-médio, que possivelmente será homem, branco e economicamente privilegiado. Nesse ponto, seria importante retirar a força do “moralismo acadêmico” para que o *CLS* – com sua longa lista de denúncias de injustiças históricas – também perdesse força. Nesse caso, Posner teria mirado em “Dworkin e seus aliados” objetivando atingir, na verdade, outro alvo. Por fim, o apelo às ciências sociais (empirismo) serviria como estratégia para colocar em dúvida a veracidade das premissas fáticas assumidas pela teoria crítica para justificar suas exigências normativas.

Já adiantamos, também no tópico 2.2, a principal razão pela qual consideramos que a hipótese não é plausível: basicamente, para alguém que seja tão comprometido assim com um projeto de dominação conservadora, Posner tem adotado, na academia e no judiciário, muitas posturas progressistas ou, pelo menos, não tão conservadoras assim.

Há algo, todavia, que chama atenção: alguns dos casos referenciados por Posner como exemplos de “má adjudicação” por “má compreensão dos fatos” são justamente casos em que alguma demanda progressista foi concedida pelo tribunal. Isso não seria um indício de que Posner teria alguma espécie de “birra” com a esquerda progressista?

Parece-nos que, há, sim, uma oposição frequente de Posner às demandas da esquerda progressista. Todavia, a “ordem dos fatores” pode ser invertida: em vez de Posner criticar as premissas fáticas das demandas progressistas porque se incomoda ideologicamente com elas, pode ser que ele se incomode com tais demandas justamente porque as premissas fáticas que as embasam não são (ou não foram) sustentadas empiricamente.

A “inversão” da ordem dos fatores altera completamente o produto, nesse caso: Posner não está incomodado com as demandas de justiça do *CLS*. Posner está incomodado com a frequente irracionalidade pós-moderna do *CLS* que, com alguma frequência, ignora ou

³²³ É a conclusão a que chega: DOMNARSKI, William. Richard Posner. *Op. cit.*

distorce fatos para sustentar suas demandas de justiça. Apenas isso explica o porquê, em algumas situações, o autor sustentar posições de mérito semelhantes às defendidas por correntes do *CLS*³²⁴, e, em várias outras situações, desdenhar de posições conservadoras que estão baseadas em preconceito e ignorância (quando não, em crenças religiosas)³²⁵.

4.2.2 Posner é um comerciante moral

Outra hipótese explicativa, semelhante à primeira – mas menos maniqueísta – sugere que Posner advoga suas ideias acadêmicas como o empreendedor moral que se utiliza da técnica persuasiva de venda que consistir em inflar, propositalmente, o preço inicial do produto de modo a chamar atenção do potencial comprador, ainda que por meio do “choque” diante do absurdo. Depois de algumas barganhas, o vendedor baixa o preço até o patamar que havia planejado mentalmente (o patamar que ainda lhe gerará os lucros significativos). O cliente aceita porque estará mais propenso a se iludir, em razão do viés de cognição, de que, agora sim, o valor está “baixo”. Na verdade, o valor permanece alto, mas como houve uma redução significativa do “preço inicial”, o cliente tem a sensação de que está fazendo um bom negócio.

Se Posner utilizar essa conhecida estratégia de comerciantes, a sensação de que ele está constantemente “falando mais” do que efetivamente gostaria consegue ser explicada: de fato, Posner-econômico teria apresentado uma abordagem muito mais “economicista” do que aquilo que internamente acreditava. Após uma década de “barganha”, ele teria reduzido significativamente as pretensões da análise econômica e, *voilà*, a teoria teria passaria a se tornar bem mais palatável ao mundo jurídico. Nota-se, contudo, que se ele não tivesse “inflado sua tese” no início, não teria conseguido prender a atenção da crítica por tempo suficiente para tornar a análise econômica tão relevante no pensamento jurídico.

Posner-pragmático, por sua vez, receberá a racionalidade econômica “suavizada” ao mesmo tempo em que, para assegurar sua primazia como razão judicativa, irá afirmar – de maneira exagerada – que a teoria moral não serve para absolutamente nada. Ele saberá que essa afirmação é “forte demais” para ser adequada à realidade – tanto é que, de vez em quando, incorrerá em atos falhos, admitindo a inevitabilidade do raciocínio moral no direito³²⁶. Todavia, os atos falhos não terão muita relevância, pois o objetivo nunca foi

³²⁴ Por exemplo, nos casos *Brown v. Board* e *Miller v. Civil City of South Bend*.

³²⁵ Como ele faz em relação a Finnis, em “Problematics of Moral and Legal theory”, *op.cit.*, P. 1686.

³²⁶ Ver atos falhos no tópico 3.1.1.

realmente “excluir” a teoria moral do direito, mas tão somente abrir mais espaço a análise econômica³²⁷.

Pela hipótese “Posner é um comerciante moral”, todas as contradições visualizadas no tópico 4.1 (entre Posner-econômico e Posner-pragmático; entre Posner-pragmático e Posner-pragmático e entre Posner-juiz e Posner acadêmico) derivariam simplesmente da adoção de tal estratégia persuasiva – não constituindo verdadeiras contradições em seu pensamento, pois, do ponto de vista “interno”, ele nunca teria realmente levado a sério boa parte de suas próprias palavras. Nesse caso, as afirmações mais polêmicas de Posner teriam natureza retórica-estratégica, não havendo real comprometimento (ainda que passageiro, no estilo “seja eterno enquanto dure”) com aquelas ideias.

Podemos usar um cenário contrafactual para averiguar a plausibilidade dessa hipótese, do seguinte modo: se a hipótese estiver correta e Posner realmente não for comprometido com suas ideias mais polêmicas (tendo estas apenas natureza retórica-estratégica), a tendência será vê-lo retratando-se ou abdicando dos aspectos mais controversos de suas afirmações antes de sofrer qualquer tipo de sanção profissional. Ora, o empreendedor moral que adota esse tipo de estratégia de “inflacionamento dos preços/palavras” não é um mártir. É um comerciante. E comerciantes não comprometem a continuidade do próprio empreendimento para salvar algumas peças – ou ideias – excedentes do estoque.

Nesse ponto, ao menos duas situações refutam esse cenário contrafactual. Primeiro, já mencionamos que Posner teria perdido a chance de ser nomeado como juiz da Suprema Corte por ser “muito polêmico” (ver tópico 4.1.3). Contudo, se o “propósito da polêmica” era simplesmente “vender” pelo maior preço possível a análise econômica do direito, não faz sentido que Posner não tenha tido a cautela de moderar, pelo menos um pouco, suas opiniões.

³²⁷ Outros mecanismos para “Posner é um comerciante moral” podem ser encontrados. Peter Lake, por exemplo, afirma que “ao se declarar um pragmático e se etiquetar com vários atributos diferentes, Posner confundiu seus leitores quanto às quais posições, e até onde, ele estaria comprometido. Até certo ponto, isso não é por acaso, pois faz parte do próprio projeto de Posner. Suas últimas obras exibem um esforço consciente para atingir a omnisignificância, projeto para capturar os corações e mentes de um público mais amplo do que simplesmente aqueles que aderem às análises econômicas do direito dogmáticas e para envolver uma ampla variedade de indivíduos que possuem visões de outra forma incongruentes com as suas. Essas obras são construídas para sobreviver ao teste do tempo. Parte do pragmatismo de Posner consiste nessa manobra retórica, e tal manobra enquadra sua metodologia, bem como sua postura metaética”. LAKE, Peter. *Op.cit.*, P. 610. Tradução nossa. Já Gary Minda considera que a transição de Posner para o pragmatismo é simplesmente uma estratégia para se manter relevante nos círculos intelectuais: “o fato de um defensor tão ardoroso da tese direito-e-eficiência ter mudado para uma compreensão mais pragmática do direito é uma evidência de que o movimento contemporâneo do direito e da economia está em fluxo. A mudança de tom na atual teoria de Posner é, acredito, o resultado de uma estratégia conscientemente desenvolvida para isolar seu movimento e seu lugar na história das críticas da esquerda e da direita acadêmicas. Posner oferece o pragmatismo como um meio termo entre a direita, que ele acha que exagera a natureza formalista do direito americano, e a esquerda, que ele acha que exagera sua indeterminação.” VER: MINDA, Gary. *Jurisprudence at Century’s End*. Author. **Journal of Legal Education**. Vol. 43, No. 1 (March 1993), 1993, pp. 27-59. P. 38-39. Tradução nossa.

Ora, a Suprema Corte é o fórum mais atraente para se advogar a favor de um projeto moral. Não faz sentido, então, que ele não tivesse calculado adequadamente o “limite” das polêmicas em que se envolvia, arriscando perder a indicação para a Suprema Corte.

A segunda situação que refuta o cenário contrafactual é bem mais recente, tendo ocorrido já na fase bem avançada do seu pragmatismo. Posner-juiz passou a envolver-se em muitas disputas com seus pares do Sétimo Circuito em razão da divergência de concepções sobre o rigor do procedimento adversarial nos casos em que os litigantes estejam desassistidos por advogados (já mencionamos, no tópico 4.1.3, exemplos do posicionamento de Posner diante desse contexto litigioso: casos *Rowe v. Gibson* e *Mitchell v. JCG Industries Inc*). Se a hipótese do “comerciante moral” estivesse correta, assistiríamos Posner insistir na propagação de uma “versão forte” da tese nos primeiros anos, eventualmente suavizando as pretensões com o passar dos anos. Não foi o que aconteceu: como vimos no tópico 4.1.3, Posner aposentou-se antes do tempo em razão das tensões criadas por sua insistência em fazer ajustes na tradição processual da corte.

Isso significa que a independência intelectual de Posner (manifestada pela sua “recusa” de abdicar de suas ideias mesmo quando elas acarretam prejuízos profissionais) é um sinal de que há um genuíno compromisso moral com a “verdade” (com “v” minúsculo, como ele mesmo fala), o que torna a hipótese explicativa do “comerciante moral” insuficiente para explicar todos os seus movimentos intelectuais.

4.2.3 Posner é um *poltergeist*

Uma terceira hipótese explicativa, bem mais simples de compreender que as duas primeiras, supõe que Posner seja um *poltergeist*, tendo por único objetivo de existência “pregar peças” nos acadêmicos que tentam compreender suas ideias (por exemplo, na doutoranda que escreve essa tese).

O primeiro indício é a própria redação de “*Economic Analysis of Law*”. Se Posner for um *poltergeist*, certamente ele deve ter se divertido bastante ao assistir – em modo de invisibilidade e flutuando acima da cabeça das pessoas – a milhares de estudantes de pós-graduação tentando compreender os gráficos que resultam da aplicação da fórmula de Hand.

O segundo indício é o notório fato de que Posner acha muito divertido desafiar ou aborrecer o *status quo*. Ele é um polemista. Domnarski narra vários exemplos. Um deles é suficientemente ilustrativo. Quando Martha Nussbaum sugeriu, em correspondência com Posner, que era bizarramente irracional realizar uma “análise econômica do sexo”, ele

respondeu simplesmente que: “Este é o meu método para *épater les Bourgeois*” (chocar a burguesia).³²⁸

Se essa hipótese estivesse correta, e Posner simplesmente for um *poltergeist*, isso significaria que todas as suas ideias são simplesmente provocações ao senso comum teórico estabelecido – qualquer que seja esse senso. Também significaria que, uma vez tendo “chocado a burguesia”, ele passaria rapidamente a outro tema polêmico e perderia o interesse na primeira polêmica que já teria se tornado simplória.

Há leituras que indicam a plausibilidade desse cenário contrafactual: o fato de Posner aborrecer tanto a direita conservadora, quanto a esquerda progressista, pode ser entendida como uma indicação de que ele efetivamente só quer desafiar as convenções estabelecidas, quaisquer que sejam suas raízes. Também já vimos que ele efetivamente “pula” de tema polêmico em tema polêmico, quase obsessivamente. Ademais, na entrevista proferida para Joel Cohen, ele teria admitido que, após expor todas as suas ideias sobre reformas institucionais no setor de segurança pública, ele teria “perdido o interesse” no assunto. Em uma leitura “*poltergeistiana*”, a afirmação seria traduzida como “depois de eu desafiar o máximo que eu conseguia as instituições, eu perdi o interesse e fui procurei outra polêmica para me envolver”.

O obstáculo a “confirmação” dessa hipótese é o fato de que Posner – apesar de efetivamente ter um gosto pela polêmica – não “abandona” completamente suas ideias após elas terem alcançado algum grau de respeitabilidade. Ele pode suavizá-las, modificá-las, mas traços da ideia original permanecem lá.

Ademais, um *poltergeist* estaria interessado somente na “polêmica pela polêmica”, e não em efetivas mudanças institucionais. Posner contudo, “empurra” suas ideias polêmicas na direção da efetividade: ele realmente busca concretizá-las, em algum grau, desde que lhe seja dado o poder para isso. Tem sido assim desde a época de estudante, ao longo de sua vida acadêmica e também na sua atividade como juiz. Em suma: o fato de que o “empreendedorismo moral” de Posner normalmente converter-se em ações práticas para concretização de algumas de suas ideias solapa a compreensão de que sua única motivação é a polêmica pela polêmica. Há algo a mais que o motiva a “perseguir” incessantemente novos meios de “chocar a burguesia”. Na conclusão dessa tese, “desvendaremos” esses motivos.

³²⁸ DOMNARSKI, William. Richard Posner. *Op.cit.* P. 251.

5 MARTHA NUSSBAUM PARA COMPREENDER POSNER: O CONFLITO ENTRE RAZÃO PLATÔNICA E RAZÃO ARISTOTÉLICA

Nesse tópico, utilizaremos as reflexões desenvolvidas por Martha Nussbaum na obra “A fragilidade da bondade – Fortuna e Ética na tragédia e na filosofia grega” (1986) como chave de leitura para interpretação de Posner. Partimos do pressuposto que só será possível compreender, realmente, seu pensamento econômico e pragmático se conseguirmos explicar as contradições teóricas e performativas (apontadas no capítulo anterior) que surgem ao longo de sua carreira profissional (tanto como acadêmico, quanto como juiz).

No tópico 5.1, explicaremos, com Nussbaum, a distinção entre duas concepções de racionalidade que podem ser absorvidas pela filosofia jurídica: a platônica (razão teórica) e a aristotélica (razão prática). No tópico 5.2, o seriado “Dark” aparece, então, como recurso metafórico para compreender a movimentação de Posner, ao longo dos anos, em direção a diferentes arquétipos de racionalidade/irracionalidade: Jonas (razão platônica), Adam (ceticismo moderno), Martha (razão aristotélica), Eva (ceticismo antigo).

Em outras palavras, as ideias acadêmicas de Posner-econômico e Posner-pragmático serão encenadas como uma tragédia em três atos, em que Posner-econômico é enquadrado, desde o princípio, como “Jonas” e o enquadramento de Posner-pragmático nos demais arquétipos – “Adam”, “Martha” e “Eva” – será “testado” em cada subtópico específico.

Os “testes” indicarão que Posner-pragmático não pode ser “enquadrado” de maneira adequada em nenhum desses arquétipos, o que constitui o motivo pelo qual ele soa *tão* contraditório. Ademais, os testes também indicarão que tais contradições podem ser compreendidas como manifestações da própria “fragilidade da bondade”, retornando-se à Nussbaum.

Mas a narrativa ainda não terá chegado ao fim. No final, como uma espécie de “ato final”, uma nova personagem (arquétipo) será adicionada à história, e, finalmente, poderemos fechar as cortinas dessa peça. Quer dizer, dessa tese.

5.1 A FRAGILIDADE DA BONDADE – A ÉTICA DIANTE TRAGÉDIA

Em 1986, Martha Nussbaum lança o livro “A fragilidade da bondade – Fortuna e Ética na tragédia e na filosofia grega”³²⁹. A tese defendida pela autora no livro é que as tragédias gregas – escritas na era “pré-platônica” – revelam que a moralidade (a bondade) é frágil diante das contingências: existem diversas situações em que o agente moral encontrar-se-á diante da necessidade de escolher entre dois bens moralmente valiosos, sendo-lhe impossível tomar uma decisão “moralmente correta”. Se alguém precisa decidir entre sacrificar a própria filha para ser vitorioso na guerra, ou sacrificar milhares de soldados (que morrerão na guerra já iniciada) para salvá-la, qualquer decisão implicará na violação de um dever moral.

Sabemos que algum dever moral será violado porque o agente sentirá “culpa” e “peso na consciência” em qualquer dos cenários, ainda que Kant ou Dworkin lhe garantam, pessoalmente, que a decisão tomada foi a “moralmente correta”. Esse é o primeiro “sentido” pelo qual pode-se dizer que a “bondade” é frágil: desde que a pessoa valorize mais de um bem (ou seja “leal” a mais de uma coisa), o curso da vida irá colocá-lo em uma situação em que você não conseguirá honrar ambos os compromissos. Nesse momento, qualquer decisão que você adote, irá parecer errada.

O segundo sentido é próximo do primeiro: as contingências não apenas colocam o agente em situações de “escolhas trágicas”. Elas também colocam o agente em situações de *perdas* trágicas – às vezes, de sucessivas perdas trágicas. Tome-se o exemplo de Hécuba: esposa de Príamo, viu seu marido morrer na guerra, a maior parte dos seus dezenove filhos morrer, perdeu seu poder político, foi feita escrava, e, ainda assim, manteve seu senso moral “firme”. Todavia, uma última perda transformou radicalmente sua personalidade. Hécuba havia deixado seu filho sob a proteção de seu melhor amigo. Ao fim da guerra, quando Hécuba retorna, encontra o corpo de seu filho nas margens da praia e percebe que seu melhor amigo cometeu uma terrível traição. Nesse momento, “as raízes de sua vida moral são desfeitas” e Hécuba embarca em uma jornada de vingança, transformando-se, ao final da peça, em um cachorro – o que simbolizaria sua transformação em algo sub humano. Diante desse segundo sentido, as contingências não apenas colocarão o agente diante de uma escolha moral trágica: elas podem inclusive retirar do agente a sua própria capacidade de comprometer-se moralmente com alguma coisa. O sofrimento diante da perda é tão grande que a pessoa “desiste” de valorizar qualquer coisa seja e, portanto, de se “importar”.

³²⁹ NUSSBAUM, Martha C. **A fragilidade da bondade**. Fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução nossa.

Os dois primeiros sentidos pelos quais podemos considerar que a “bondade é frágil” contém um tom “negativo” em relação às contingências (ou à “Fortuna”). É por “culpa” do destino incontrolável e imprevisível que o agente se encontra nas situações trágicas que comprometem sua moralidade.

Todavia, existe ainda um terceiro sentido a ser explorado. A “bondade é frágil” não apenas porque ela pode ser facilmente corrompida pelas contingências, mas também porque ela *depende* da própria fragilidade para existir. Se a moralidade implica “comprometer-se” com algo ou alguma postura de valor, o próprio ato de valorizar algo (“*to care*”) implica, necessariamente, o risco de “perdê-lo”. A narrativa de Hécuba revela isso: ela apenas se transformou em um cachorro pela sub humanização que decorreu de sua jornada de vingança. Todavia, ela só embarcou na jornada de vingança em razão do sofrimento diante de algo que valorizava muito (não apenas o filho, mas a própria confiança que depositava no amigo).

Por isso, Nussbaum diz que “a condição para ser ‘bom’ é se permitir ser moralmente destruído por algo que você não consegue prever ou controlar”. A moralidade exige, em suma, uma abertura do sujeito à vida: tanto à vitória, quanto à derrota. Tanto à lealdade, quanto à traição. Tanto ao amor, quanto ao sofrimento. Por esse terceiro sentido, portanto, a vulnerabilidade, a insegurança, a indeterminação e a incerteza não são “problemas” a serem plenamente superados pelos esforços do agente em controlar a contingência, pois, sem isso, sequer poder-se-ia falar em moralidade. Tentar controlar 100% a contingência, buscando-se evitar a qualquer custo as escolhas ou perdas trágicas, só levará o agente a fechar-se para a própria vida e, conseqüentemente, para uma vida moral.

As tragédias gregas, diz Nussbaum, compreendiam esse terceiro sentido da “fragilidade da bondade” e retratavam, justamente, a vulnerabilidade diante da fortuna como algo intrínseco à vida moral.

Platão, todavia, rompe com a tradição literária da tragédia e “inaugura”, no ocidente, uma perspectiva ética que busca eliminar a contingência da equação. Como explica Nussbaum,

a elaboração de Platão das propostas éticas radicais é motivada por um senso agudo dos problemas causados na vida humana pela fortuna sem controle. A necessidade que os seres humanos têm da filosofia está, a seu ver, profundamente ligado à exposição deles à fortuna; a eliminação dessa exposição é uma tarefa primordial da arte filosófica tal como ele a concebe.³³⁰

³³⁰ NUSSBAUM, Martha. A Fragilidade da Bondade. *Op.cit.* P. 17. Tradução nossa.

A concepção de racionalidade platônica liga-se, desse modo, ao aprendizado de uma “*tékhne*”³³¹ para que seja possível exercer controle sobre a “*týkhe*”³³². Nussbaum compara essa concepção de razão com um processo de “caça e captura” em que o agente racional tenta “laçar os traços não confiáveis do mundo”, aprisioná-los em uma armadilha e torná-los inofensivos (domesticá-los) diante do domínio de si próprio.

Quatro aspectos da *tékhne* possibilitam o controle sobre o mundo: a universalização de regras permite que o agente realize previsões sobre o futuro, podendo orientar de maneira mais cautelosa sua conduta; o ensino da *tékhne* pode ser feito por meio da transmissão de experiências; os conceitos trazem precisão onde antes havia imprecisão e incerteza; e a elucidação dos mecanismos explica o funcionamento das coisas. Em conjunto, a “universalidade e explicação geram controle sobre o futuro em virtude de sua apreensão ordenada do passado; o ensino possibilita que o trabalho passado gere progresso futuro; a precisão gera exatidão consistente, a minimização da falha.” Por isso diz-se que é uma concepção de razão rígida e clara, que não admite respostas dúbias ou flexíveis.

Analisando os elementos da *tékhne*, entende-se que é necessário que o objeto a ser apreendido por essa forma de racionalidade seja eterno e estável, caso o agente deseje obter suficiente controle sobre este. Ora, objetos que se modificam de acordo com as circunstâncias espaciais, temporais e materiais, não poderão ter seu “mecanismo de funcionamento” universalizado e, portanto, não será possível controlá-los no futuro – pelo menos não de forma exata e consistente.

A concepção de racionalidade platônica, todavia, tenta aplicar a *tékhne* inclusive para objetos que não são eternos e estáveis – como, por exemplo, a normatividade ética. Para isso, Platão tentou extirpar da moralidade seus elementos mais fugazes, tais como sentimentos, emoções, reações sensoriais. A resposta ética deveria ser apreendida pelo intelecto, consolidando-se uma dualidade entre mente e corpo.

Essa perspectiva virá a influenciar fortemente a concepção moderna de direito (tanto *civil law*, quanto *common law*), podendo ser rastreada, na era moderna, pelo menos até Locke. Os autores influenciados por essa racionalidade platônica costumam incomodar-se fortemente com o “problema da discricionariedade” na decisão. Eles buscam estabelecer métodos ou critérios prévios para que seja possível “capturar” a discricionariedade do julgador ou “laçar” os traços não confiáveis do julgamento. Em outras palavras, buscam eliminar os espaços de

³³¹ De acordo com Nussbaum, não há, na época de Platão, uma distinção sistemática ou geral entre *epistémé* e *tékhne*. A *tékhne* um domínio da mente mais amplo que o artifício, a arte e a ciência, sendo comumente traduzida por conhecimento, entendimento, ciência e corpo do conhecimento.

³³² A *týkhe* é o que geralmente se traduz como “Fortuna”.

indeterminação e incerteza para que seja possível obter previsibilidade e consistência nos resultados.

Todavia, Nussbaum considera que, em matéria de normatividade ética, “a caça e a captura não são meramente difíceis: são objetivos inadequados para uma vida autenticamente humana”³³³. Nesse ponto, percebe-se que, se a moralidade depende da assunção da vulnerabilidade diante de determinadas contingências, a moralidade *do direito* depende que este assumam suas vulnerabilidades diante da indeterminação e incerteza da decisão judicial.

Um exemplo trazido por Barry Schwartz³³⁴ poderá ilustrar melhor esse ponto. Em palestra cujo tema estava centrado na nossa perda de sabedoria diante do esmagamento das virtudes pela burocracia, Schwartz menciona que, certo dia, um pai forneceu ao filho de 7 anos, por engano, bebida alcoólica em um estádio de futebol. O conselho tutelar foi acionado e a criança foi enviada a um lar provisório (*foster home*). Após três dias, o juiz permitiu que a criança voltasse para a casa, desde que, concomitantemente, o pai saísse de casa. O pai, então, ficou duas semanas hospedado em um hotel até que nova decisão do tribunal permitiu que a família fosse reunida novamente. Todos os agentes públicos envolvidos no episódio relataram a mesma coisa: “nós detestamos fazer estas coisas, mas precisamos seguir as regras”. Schwartz, então, questiona: como esse tipo de coisa acontece?

Esse tipo de coisa acontece porque, em algum momento do passado, crianças foram submetidas a muitos tipos de abusos, até que alguém – sabiamente – decidiu criar uma regra para protegê-las das situações de negligência ou maus tratos graves. Quando as coisas dão errado, diz Schwartz, nós buscamos instrumentos para evitar que as situações se repitam no futuro. Os principais instrumentos são: regras – mais e melhores – e incentivos – mais e melhores.

O problema é que regras e incentivos não são suficientes para que boas decisões normativas sejam produzidas, pois a aplicação da regra a qualquer circunstância concreta dependerá de um juízo moral sobre a adequação daquela regra àquele caso específico. Esse juízo, por sua vez, não é “controlável” por estratégias prévias de apreensão da racionalidade, pois o seu exercício é “sob medida” para cada situação. Sendo impossível capturar o juízo por qualquer armadilha externo, a sua qualidade dependerá tão somente da virtude do sujeito que raciocina e decide³³⁵. É por isso, afinal, que o termo é “*decisão*” judicial: pois há um

³³³ *Idem*. P. 18.

³³⁴ SCHWARTZ, Barry. **Sobre a nossa perda de sabedoria**. Ted Talks. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IA-zdh_bQBo>.

³³⁵ Essa é a conclusão de Schwartz. O autor faz uma afirmação ainda mais forte ao dizer que as virtudes morais, na verdade, podem acabar sendo corrompidas pelo excesso de regras, que nos privam das oportunidades de

momento insuperável de “escolha” entre alternativas diante do espaço de indeterminação³³⁶. Contudo, a tentativa de controlar demasiadamente a contingência no direito poderá minar as virtudes morais do agente, pois o excesso de regras nos privam das oportunidades de improvisar e aprender, e o excesso de incentivos minam nossa vontade moral de fazer a coisa certa pelo que é correto, e não pelo que é incentivado.

É nesse mesmo sentido que Teubner questiona porque alguns juristas se incomodam tanto com a indeterminação no direito, conclamando logo em seguida:

Fiquemos felizes pelo fato de o direito ser indeterminado, pois isso gera um espaço para a criatividade, a intuição e a justiça, certo? Se não fosse assim, o direito seria um sistema terrivelmente fechado. Poderíamos falar que as pessoas estão invocando uma espécie de autoridade paterna ao falarem que o direito precisa ter critérios próprios para decidir conflitos. Não, ele não tem. Ele tem procedimentos, tem argumentos, tem todos os tipos de recursos, mas ele não te dá nenhuma pista a respeito da decisão final, certo? Eu acho que devemos perceber que existe esse intervalo inevitável, essa indeterminação inevitável, e nós devemos recebê-la bem, devemos saudá-la por dar uma chance à criatividade e gerar a oportunidade de encontrarmos melhores soluções.³³⁷

Em outras palavras, é pelo espaço de indeterminação do direito que a justiça consegue penetrar, desde que, é claro, haja uma mente virtuosa que realize essa operação.

Isso nos leva à concepção de racionalidade prática aristotélica, que resgata das tragédias gregas a intuição de que a ética se desenvolve em relação com *týkhe*, e não em oposição a esta.

Nussbaum explica que Aristóteles contraria duas premissas da racionalidade platônica sobre deliberação prática: primeiro, afirma que, em relação à ética, a racionalidade não é, e não pode ser, científica (*tékhne* ou *epistéme*). Depois, “que o critério apropriado de escolha correta recai sobre um ser inteiramente humano, a pessoa de sabedoria prática. Essa pessoa não procura assumir uma posição fora das condições da vida humana, mas baseia seu juízo em uma longa e ampla experiência dessas condições”³³⁸

improvisar e aprender, e pelo excesso de incentivos, que minam nossa vontade moral de fazer a coisa certa pelo que é correto (e não pelo que é incentivado).

³³⁶ Como já foi notado por Teubner (passagem da estrutura para operação) e Castanheira Neves (momento judicativo do raciocínio analógico). VER: TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? Revista Eletrônica do Curso de Direito – Puc Minas Serro, 2011; NEVES, Castanheira. Metodologia jurídica. Problemas Fundamentais. Coimbra editora: 1993.

³³⁷ TEUBNER, Gunther; PEARCE, Alessandra; OITAVEN, Daniel. Hard cases – A normative turn of legal auto-poiesis? Canal Daniel Oitaven Pearce e Alessandra Oitaven Pearce. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=k8fYLB1M3ho&t=5317s>> Tradução nossa.

³³⁸ NUSSBAUM, Martha. A Fragilidade da Bondade. *Op. cit.* P.253.

A sabedoria prática pode ser compreendida como uma combinação entre disposição para agir moralmente e habilidade para percepção do que consiste a ação moral. É uma virtude que congrega os seguintes traços: percepção para saber quando abrir uma exceção à regra; capacidade de improvisar, criando soluções criativas para os problemas; percepção de como usar suas habilidades para o bem comunitário e percepção de que os valores humanos são incomensuráveis, não podendo ser medidos por um único padrão. Como ferramentas, o sábio utiliza sua intuição, bom senso e emoções. “A pessoa de sabedoria prática”, diz Nussbaum, “tanto valoriza como se permite ser guiada por esses traços (pretensamente) não confiáveis de sua constituição humana.”³³⁹

Com dois detalhes: o primeiro é que a pessoa sábia não “nasce” sábia, mas torna-se sábia em razão da experiência. A prudência – virtude do sábio – é aprendida por meio do treino da razão prática, que se incrementa à medida que é exercida. O segundo é que mesmo a pessoa sábia pode vir a falhar, o que é, na verdade, parte do seu aprendizado contínuo. A sabedoria prática não é para deuses, nem para alcançar-se a perfeição. É para humanos, que não sendo nem deuses, nem bestas, precisa locomover-se no mundo levando em consideração as próprias necessidades biológicas, espirituais, emocionais e intelectuais. Nesse ponto, Nussbaum compara a pretensiosidade da abordagem platônica com a “humildade” da abordagem aristotélica:

A aspiração platônica a um ponto de vista externo, “o olho de Deus”, já foi criticada (...) Aristóteles defendeu sua ideia de que a verdade interior, a verdade nas aparências, é tudo com que temos que lidar. Tudo o que pretenda ser mais é efetivamente menos, ou nada. O ponto de vista da perfeição, que pretende avaliar todas as verdades neutra e friamente de uma perspectiva exterior a qualquer verdade particular, encontra-se já acoimada de falha de referência: pois, ao afastar-se de toda experiência mundana, parece afastar-se ao mesmo tempo das bases para o discurso sobre o mundo.³⁴⁰

Antes de mais nada, Aristóteles enfatiza reiteradamente que o objetivo de seu discurso ético não é teórico, mas prático. Segue-se daí que não há motivo para falar da boa vida em uma investigação ética se essa vida não puder ser praticamente alcançada por seres dotados de nossas capacidades. A vida de um ser divino pode ser muita mais admirável; mas o estudo dessa vida, na medida em que repousa além de nossas capacidades, não é pertinente aos objetivos práticos da ética³⁴¹.

³³⁹ *Idem.* P.254.

³⁴⁰ *Idem.* P.254. Tradução nossa.

³⁴¹ *Idem.* P.255. Tradução nossa.

Nussbaum também esclarece que a abordagem aristotélica não é “oposta” à abordagem platônica. É, na verdade, uma combinação equilibrada tanto dos elementos valorizados, quanto dos elementos evitados pela abordagem platônica³⁴².

Tendo isso em vista, surge novamente a dúvida que passou tanto pela cabeça de Teubner, quanto pela cabeça de Schwartz quando eles se perguntaram: “por que alguém ficaria tão incomodado com a indeterminação do direito?”; “por que alguém aplicaria uma regra a um caso concreto que sabe não ser adequada?”. Podemos reformular ambas as perguntas do seguinte modo: “por que Platão – e os platônicos em geral – estão tão preocupados em controlar a contingência nas decisões judiciais, pretendendo conferir ao direito padrões científicos de ‘segurança’ e ‘certeza?’”.

A resposta retoma os dois primeiros sentidos pelos quais “a bondade é frágil”. Platônicos são ansiosos para controlar a contingência em questões morais (e, portanto, nas decisões judiciais) porque eles não suportam o sofrimento que advém das “escolhas trágicas” e das “perdas trágicas”³⁴³. Diante de um conflito entre direitos fundamentais, por exemplo, pode ser mais reconfortante para o juiz dizer para si próprio que está fazendo a “escolha correta diante da melhor releitura coerente do sistema” do que simplesmente admitir que uma das partes litigantes, que também possuía um bem de imenso valor em risco, realmente sofrerá uma perda “injustificável”, do ponto de vista moral.

O platonismo também tenta evitar o sofrimento diante das “perdas trágicas”. O exemplo trazido por Schwartz é significativo: algumas concepções platônicas preferem um modelo de direito burocratizado e obtuso, que deposita sua confiança nas regras e incentivos, do que um modelo de direito potencialmente muito mais inteligente, mas que deposita sua a confiança nas virtudes dos seus agentes.

Há quem considere que o modelo “platônico” compensa: perde-se potencialmente em qualidade das decisões cotidianas, mas evita-se, com muito mais efetividade, grandes

³⁴² “A tragédia expressa ambas as normas, A e B, criticando A com referência ao valor especificamente humano contudo apenas em B; Platão, por considerar intoleráveis os riscos envolvidos em B, desenvolve uma notável versão de A; Aristóteles exprime e defende uma versão de B, argumentando que ela satisfaz nossas intuições práticas mais profundas sobre a relação apropriada com a fortuna para um ser que está situado entre besta e deus e que pode ver certos valores não disponíveis a nenhum deles.” *Idem*. P. 18.

³⁴³ Dois trechos de Nussbaum sustentam nossa afirmação. A autora percebe que: “alguém que estivesse profundamente dominado pelos problemas da *týkhe* naturalmente preferiria uma *tékhne* desse tipo, que poderia prometer mais progresso decisivo para além dos juízos humanos não sistematizados.” *Idem*. P.88. Em seguida “(...) Platão considerou que a tarefa da filosofia é tornar-se a *tékhne* de salvação da vida através da qual essa aspiração pudesse ser realizada – através da qual, pois o ser humano poderia fazer progressos decisivos para além da condição humana comum. As concepções éticas do período intermediário de Platão atribuem, além disso, valor supremo à efetivação do raciocínio matemático e científico; essas atividades são escolhidas em virtude de serem livres de dor, estáveis ao máximo e direcionadas à verdade. Para dar razão de sua estabilidade superior repousa na natureza de seus supostos objetos, que são eternamente o que são, independentemente do que os seres humanos fazem ou dizer.” *Idem*. P.207.

tragédias. É melhor que uma criança passe três dias em um orfanato e depois mais duas semanas sem ver o pai, só por precaução, do que correr-se o risco de que ela venha a desenvolver dependência química, na eventualidade de o pai estar realmente incentivando o consumo de álcool. Ora, as decisões ruins oriundas do sistema burocratizado poderão ser corrigidas por outros aparatos burocráticos do mesmo sistema, mas as decisões ruins oriundas de um sistema que dependa da virtude dos julgadores tem um potencial catastrófico bem maior caso a pessoa tenha o “azar” de cair duas vezes seguida nas mãos de um juiz não virtuoso.

Provavelmente é por isso que Wálber Carneiro³⁴⁴ afirmou, em conversa sobre o papel das virtudes na decisão judicial, que prefere um modelo de direito que não dependa – ou dependa o mínimo possível – das virtudes pessoais dos seus julgadores. É um posicionamento compreensível. Porém, questionamos se posicionamentos que colocam o “esforço” no controle das contingências (e não no desenvolvimento das virtudes dos julgadores) são “sustentáveis” a longo prazo.

O problema é que, diante do espaço de indeterminação insuscetível de aprisionamento por qualquer constrangimento sistêmico, o esforço para o controle das contingências pode ser uma luta inglória. É claro que, se a pessoa manter em perspectiva (como Carneiro parece manter) que as soluções sistêmicas desenhadas são apenas uma “contenção de danos” (como na figura de uma pessoa que tenta evitar o naufrágio tirando a água que entra na canoa com um *tupperware*), o trabalho poderá até se tornar tedioso, mas não vemos problemas de sustentabilidade a longo prazo.

O que não nos parece realmente sustentável a longo prazo é a compreensão de que o controle das contingências pode ser perseguido e alcançado de maneira definitiva e plena pela razão teórica – posição “plenamente” platônica. A pretensão é muito alta para ser alcançada: nada menos do que a perfeição, as formas puras, e a total ausência de arbítrio é admitido³⁴⁵. O problema é que o sujeito irá deparar-se, dia após dia, com a falibilidade do direito e a sua própria falibilidade diante do direito. Nesse caso, a não ser que estejamos diante de alguém que possua transtornos dissociativos de grandeza, a pessoa não irá conseguir evitar o sofrimento. A “promessa” da razão teórica não terá sido cumprida e o sujeito, sentindo-se enganado, dirá, indignado: “desisto! É tudo mesmo uma grande irracionalidade caótica. Cada

³⁴⁴CARNEIRO, Wálber; PEARCE, Alessandra; OITAVEN, Daniel. Hard cases – Wálber Carneiro – Princípios e análise eco-lógica do direito. Canal Daniel Oitaven Pearce e Alessandra Oitaven Pearce. 2020. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=YH5IU5wrfQA&t=9855s> >

³⁴⁵ As diferenças entre abordagens aristotélicas e platônicas também pode ser apreendida por meio das obras: NEDEL, Antônio. Uma tópica jurídica. Clareira para emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; LACERDA, Bruno Amaro. Raciocínio Jurídico. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

um que lute por seus interesses, porque a única coisa que existe é o poder”. Ou então pode ser o sujeito, em tom mais conformado e resignado, diga algo como: “Ah, desisto. Não consigo descobrir a fórmula da resposta correta. Vou passear”. Em qualquer hipótese, a frustração com a concepção platônica de razão conduzirá a uma perda da fé na própria razão, como se não fosse possível conceder-lhe um outro sentido que, embora menos pretensioso, atendesse suficientemente às necessidades humanas. Do 80 ao 8. Do tudo ao nada. Da razão à irracionalidade. O sujeito transforma radicalmente seu pensamento, passando ou de um idealismo ingênuo para um ceticismo revoltado, ou de um idealismo ingênuo para um ceticismo *blasé*.

Esse é o ponto em que podemos traçar nossas hipotéticas chaves de leitura. Começa com a seguinte: as contradições de Posner poderiam ser explicadas como uma transição entre o arquétipo da razão platônica (Posner-econômico) ao arquétipo do ceticismo moderno (Posner-pragmático)? A hipótese será testada no item 5.2.1.

Não tendo obtido confirmação sobre a plausibilidade da primeira hipótese, iremos reformulá-la: as contradições de Posner poderiam ser explicadas como uma transição entre o arquétipo da razão platônica (Posner-econômico) ao arquétipo da razão prática (Posner-pragmático)? A hipótese será testada no item 5.2.2.

Também teremos dificuldade de confirmar a plausibilidade dessa hipótese, motivo pelo qual testaremos outra hipótese: as contradições de Posner poderiam ser explicadas como uma transição entre o arquétipo da razão platônica (Posner-econômico) ao arquétipo do ceticismo antigo (Eva)? A hipótese será testada no item 5.2.3.

Finalmente, encontraremos nossa chave de leitura no tópico 5.2.4. As contradições de Posner, então, poderão ser explicadas à luz de um arquétipo de racionalidade que é irreduzível aos demais.

Adiantamos que a própria Martha Nussbaum tem uma interpretação cambiável sobre Posner. Às vezes, irá elogiá-lo e até enxergar traços aristotélicos na segunda fase do seu pensamento, como veremos no subtópico 5.2.2. Todavia, em outros momentos (talvez a maioria), a autora reputa Posner como um cético pirronista (tópico 5.2.3), frontalmente oposto a uma abordagem aristotélica.

Todavia, no que concerne especificamente à interpretação da obra de Posner, não iremos aderir, necessariamente, às conclusões de Nussbaum. Iremos, de fato, permanecer utilizando o pensamento que Nussbaum expôs na obra “A fragilidade da bondade” (conflito entre razão teórica e razão prática) como chave de leitura “geral” para a obra de Posner. Todavia, as críticas específicas performadas por Nussbaum a Posner nos textos “*Skepticism*

about practical reason in literature and the law”³⁴⁶; “*Only grey matter? Richard Posner’s cost-benefit analysis of sex*”³⁴⁷ e “*Still worthy of praise*”³⁴⁸ serão trabalhadas como “meras” pistas de interpretação, assim como as críticas performadas por outros autores, tais como Dworkin, Robin West, Jack Balkin e Fish também o serão.

5.2 UMA LEITURA DE POSNER À LUZ DE TRAGÉDIA POP “DARK”

“*Dark*” é uma série alemã produzida pela Netflix que se enquadra nos gêneros “drama”, “suspense” e “ficção científica” ao mesmo tempo. A narrativa, que se inicia no ano de 2019, acompanha uma cadeia de eventos misteriosos que acontecem na pequena cidade de Winden e que afetam especialmente a vida do protagonista, Jonas, um jovem de 17 anos. Desde o primeiro episódio, o espectador toma ciência – por meio de cronômetro regressivo que aparece no início de cada episódio – de que tais eventos misteriosos e aparentemente desconectados entre si estão, na verdade, ligados em uma teia que irá resultar na explosão da usina nuclear que fica nos arredores da cidade, resultando no “apocalipse” (ou seja, na destruição da cidade e morte da maioria dos personagens).

À medida que os eventos que levarão ao apocalipse vão tomando forma, Jonas começa a compreender que há “algo de errado” ocorrendo na cidade de Winden – constantes *déjà-vu*; o suicídio de seu pai; o desaparecimento de duas crianças; manifestações luminosas vindas de uma caverna; pássaros que caem do céu; um mapa para um túnel escondido dentro da caverna etc. Junto com seus amigos, ele tenta entender como as peças do quebra-cabeça se ligam entre si, e qual figura está sendo desenhada pelo destino. Dentre esses amigos, está Martha, seu interesse romântico e coprotagonista da narrativa.

Durante boa parte da série, Jonas representa a abordagem platônica de racionalidade, por tentar controlar – *literalmente* – o destino por meio de viagens no tempo, obcecado em acabar com o sofrimento advindo dos eventos apocalípticos (incluindo, como veremos, o sofrimento advindo da morte de Martha)³⁴⁹.

³⁴⁶ NUSSBAUM, Martha C. Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law. *Harvard Law Review*. Vol. 107, n. 3, 1994, pp. 714–744. .

³⁴⁷ NUSSBAUM, Martha. “Only Grey Matter? Richard Posner’s Cost-Benefit Analysis of Sex (reviewing *Sex and Reason* by Richard A. Posner)”. *University of Chicago Law Review*. Vol. 59, n. 4 , art. 9, 1992. 1689-1715.

³⁴⁸ NUSSBAUM, Martha C. Still Worthy of Praise. *Harvard Law Review*, vol. 111, no. 7, 1998, pp. 1776–1795.

³⁴⁹ O heroísmo da abordagem platônica – livrar a todos da dor – é o mesmo heroísmo de Jonas. O interessante é que esse traço de heroísmo permanece mesmo diante da sua versão irracional (Adam), pois apesar da descrença na razão, permanece a percepção de que o sofrimento existe. Além disso, a hubris (no sentido de arrogância diante do destino) da abordagem platônica é a mesma hubris de Jonas.

Já Martha representa a abordagem aristotélica de racionalidade. Ela é a personagem que deixa as emoções falarem, abrindo-se para as experiências da vida – especialmente, o amor – mesmo sabendo que essa abertura a deixa completamente vulnerável às contingências.

Jonas e Martha – razão teórica e razão prática – irão, ao longo da narrativa, encontrar-se no centro de uma disputa entre outros dois personagens que representam, cada um, estratégias opostas de enfrentamento das contingências e do sofrimento. Diante da inevitabilidade do sofrimento, Adam – o cético moderno – quer destruir o mundo, por considerar que uma vida em sofrimento não vale a pena ser vivida. Eva – a cética antiga –, por sua vez, quer manter a existência do mundo “como ele é”, estando apática ao sofrimento.

Importante, nesse momento, fazer uma distinção entre o “ceticismo moderno” e o “ceticismo antigo”. Gianni Paganini, ao relatar a existência de uma “querela” em torno dos tipos de ceticismo, explica que filósofos buscam encontrar as distinções entre ambos e julgar qual seria o mais profundo. Como “veredito moderno padrão”, G. Fine explica que as conclusões de tal investigação são as seguintes: 1) os cétricos antigos rejeitam a crença, enquanto os modernos rejeitam somente o conhecimento; 2) os cétricos antigos sustentam somente um “ceticismo de propriedade”, porque eles não questionam se eles têm corpo ou se existe um mundo externo, mas apenas se os objetos são tais como são representados; 3) o objetivo do ceticismo antigo é, sobretudo, prático, enquanto o moderno, em contraste, é estritamente metodológico e epistemológico³⁵⁰. Martha Nussbaum explica de maneira mais concisa: o ceticismo moderno ataca “certeza e justificação”, enquanto o ceticismo antigo ataca “crença e comprometimento”.

Para o direito, a metáfora é a seguinte: de um lado, Adam representa a revolta e a destruição das instituições que, embora sejam imperfeitas, são necessárias para o direito; do outro lado, Eva representa o conformismo e a conservação das instituições que, embora sejam necessárias para o direito, são demasiado imperfeitas para continuarem a existir do jeito que são.

Adam é a representação do que acontece com o sujeito platônico que perde a fé na racionalidade por não conseguir controlar, da maneira que deseja, a discricionariedade das decisões judiciais. Eva é a representação do que acontece com o sujeito aristotélico que perde a fé na moralidade por se deparar, constantemente, com escolhas trágicas em que não é

³⁵⁰ PAGANINI, Gianni. A querela sobre o ceticismo antigo e moderno: algumas reflexões sobre Descartes e seu contexto. *Sképsis*, ano IV, nº7, 2011, pp. 88-113. Disponível em: <http://philosophicalskepticism.org/wp-content/uploads/2014/06/4a_querela_sobre_o_ceticismo.pdf>

possível se afirmar qual seria a resposta moral “correta”. Ambas as corrupções da racionalidade se originam ou do sofrimento, ou da tentativa de evitá-lo.

Os quatro arquétipos (Jonas, Martha, Adam, Eva) podem ser visualizados em alguns dos autores ou movimentos acadêmicos trabalhados nesse texto.

Jonas, o jovem herói empenhado em salvar o mundo da irracionalidade destrutiva de Adam, pode ser comparado a Dworkin³⁵¹³⁵². Jonas busca tornar-se a própria figura do “Juiz-

³⁵¹ O enquadramento de Dworkin no arquétipo da racionalidade platônica é discutível, sabemos. Platônicos costumam conceber a verdade como uma questão de correspondência com a realidade, e Dworkin afirma rejeitar absolutamente tal concepção. Ademais, Dworkin não advoga por uma compreensão da resposta correta como “certeza e previsibilidade”. Desse modo, devemos justificar tal enquadramento. No tópico 3.1.3, explicamos que o conceito de “objetividade” para Dworkin não dependia de “certeza e previsibilidade”. Todavia, esse conceito é bastante contra intuitivo, como Brian Leiter explica no texto “*Objectivity, morality, and adjudication*”: “[o sentido de objetividade estabelecido por Dworkin] falha em explicar nossas intuições básicas sobre objetividade (mesmo em ética), além de nos deixar com uma figura acerca da ‘objetividade’ em relação a objetos éticos que seria, de fato, largamente enquadrável no não-cognitivismo que tanto McDowell, quanto Dworkin, afirmam ter superado?”. A questão é: por qual razão Dworkin usaria um sentido de ‘objetividade’ tão contra intuitivo? Leiter, em “*In praise of realism (and against nonsense jurisprudence)*”, nos sugere que a concepção de Dworkin acerca da objetividade da moral (e do direito) está fundada em uma necessidade de legitimar a coerção estatal em um fundamento moral, remetendo a disputa de Dworkin e Posner aos seus ancestrais: Platão e Tucídides, Kant e Nietzsche, Hegel e Marx e Rawls e Geuss. Dworkin, representando, então, os moralistas (platônicos) e Posner, os realistas. Os primeiros, fundando a teoria em “como as coisas deveriam ser”. Os segundos, “em como as coisas realmente são”. O platonismo de Dworkin, portanto, consistiria em uma assunção da premissa platônica de que “quando o mundo for corretamente compreendido, terá sentido moral para nós”. Nesse caso, por um lado Dworkin parece aceitar as contingências ao afirmar que não pretende dizer, com “objetividade”, que os conflitos jurídicos poderão ter sua solução obtida em um padrão de certeza e previsibilidade. Por outro lado, ao usar o termo “objetividade” de maneira não intuitiva, ele atrai exatamente a compreensão intuitiva de que poderá haver qualquer coisa semelhante a “certeza e previsibilidade”. Não por acaso, seus críticos tendem a ter dificuldade de compreender que tipo de “objetividade” é essa da qual Dworkin nos fala que não é nem fundada na “realidade empírica”, nem no consenso linguístico. Algumas vezes, os críticos acabam afirmando que Dworkin deve querer falar “alguma coisa” a mais com “objetividade”. O próprio Brian Leiter faz isso ao sugerir uma ligação entre a insistência de Dworkin com o uso do termo “objetividade” e a necessidade de se legitimar o exercício da coerção estatal. De certo modo, é também o que estamos fazendo ao enquadrar Dworkin como “platônico”. Nesse caso, precisamos conferir a Dworkin o exercício do seu contraditório. O autor “se defende”, em “*Pragmatism and Law*”, das implicações que os críticos atribuem a sua tese sobre a “respostas objetivamente corretas” do seguinte modo: “teóricos do direito tem um impulso aparentemente irresistível de insistir que a tese da “uma única resposta correta” deve significar algo a mais do que é compreendido pelo senso comum de que uma das partes possuía o melhor argumento em ‘Cruzan’ [trata-se de um caso]. Eles pensam que eu devo estar dizendo não apenas que existe uma resposta correta no sentido ordinário que um advogado diria que existe, mas que realmente existiria *realmente* respostas corretas, ou *realmente* respostas corretas *reais*, ou respostas corretas *out there*, ou qualquer outra expressão hiperbólica.” Dworkin defende, basicamente, que o sentido de objetividade é exatamente aquele presente no “senso-comum” de que existem respostas certas ou erradas. Não nos convencemos com tal resposta, por dois motivos: primeiro, porque muitas “pessoas médias”, pelo menos atualmente, não acham que existem respostas corretas ou erradas em matéria de moralidade. É mais fácil encontrar pessoas que dizem coisas como “a *minha* verdade é essa”, do que dizer algo como “a verdade *é* essa *e ponto*”. Segundo, porque, como Brian Leiter explica, quando afirmamos “a verdade é essa”, a atribuição do predicado “objetivamente”, mesmo no senso-comum, não serve apenas para “ênfatisar” a compreensão moral do sujeito. Serve, na verdade, para atribuir a tal afirmação um status diferenciado para a afirmação, um *status* que, em termos filosóficos, corresponderia à “certeza metafísica”. VER: LEITER, Brian. *Objectivity, morality, and adjudication*. In: LEITER, Brian. *Objectivity in law and morals*. Cambridge University Press, 2001; LEITER, Brian. In *Praise of Realism (and Against 'Nonsense' Jurisprudence)*". *Georgetown Law Journal*, 865, 2012; DWORKIN, Ronald. *Pragmatism and Law*. In: *Justice in Robes*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

³⁵² Nosso enquadramento de Dworkin como “platônico” também encontra sustentação em Tamanaha, que afirma que é “inegável que existem vários componentes míticos às visões não instrumentais sobre o direito; elas evocam

Hércules” ao tentar obter um conhecimento sobre todos os eventos do passado, presente e futuro, conectando-os em uma teia coerente. Se ele conseguir reorganizar as peças do quebra-cabeças adequadamente, poderá obter a “solução correta” para o “problema” do apocalipse.

Martha, a jovem politicamente engajada e sensível à literatura pode ser comparada a própria Nussbaum, e também, em alguma medida, a West e Sandel. Martha é um membro ativo da comunidade que busca conciliar, com cuidado, empatia, coragem e astúcia, suas obrigações de lealdade com a família, os amigos, o namorado e consigo própria.

Adam pode ser comparado à corrente mais radical do *CLS*³⁵³, que, por meio de um pós-modernismo destrutivo, costuma praticar “*trashing*”- a crítica pela crítica, a desconstrução da normatividade e das instituições sem que nenhuma proposta de “reconstrução” seja apresentada como alternativa. Iremos denominar essa corrente radical do *CLS* de “*CLS-trashing*”.

Por fim, Eva retrata a recusa de comprometimento moral do ceticismo antigo. Fish, embora não se rotule desse modo, partilha de tal recusa, optando por não se comprometer sua anti-teoria com nenhum bem ou valor específico.

Onde se encaixaria Posner, dentre esses quatro arquétipos?

Posner-econômico se encaixaria no arquétipo de Jonas, ou seja, na abordagem platônica de racionalidade³⁵⁴. Ele pretende, relembre-se, preencher o espaço de indeterminação por meio do recurso a uma disciplina alternativa, a economia, que passa a fornecer os critérios decisórios (maximização da riqueza) e, ao mesmo tempo, os instrumentos metodológicos adequados para a aplicação de tais critérios às situações concretas. Dessa forma, o juiz da “análise econômica” não precisaria se debruçar conflitos morais e nem “decidir” – no sentido mais forte da palavra – qual bem ou valor deveria obter prevalência no

abstrações e oferecem compreensões sobre o direito e a prática judicial que, em retrospectiva, parecem bastante implausível”. O mesmo autor afirma, expressamente, que Dworkin e Finnis seriam dois autores não instrumentalistas contemporâneos. VER: TAMANAHA, Brian Z. **Law as a means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge University Press, 2006. Tradução nossa. Também estamos sustentados por Alexandre Araújo Costa, que argumenta que a teoria da justiça desenhada por Dworkin em *Justice for Hedgehogs* é mais semelhante ao que seria uma teoria teológica do que filosófica. O autor argumenta que Dworkin, embora inicia seu percurso com um modo aristotélico de raciocínio (elaboração de interpretações que dão sentido à prática), chega a uma conclusão tipicamente platônica (unidade fundamental dos valores). VER: COSTA, Alexandre Araújo. *Moral theology for hedgehogs*. Ronald Dworkin’s Theory of Justice. **Direito.UnB**, January – June, v. 01, i.01, 2014, pp. 191-2008.

³⁵³ Para compreender as críticas a prática de “*trashing*” e, ao mesmo tempo, uma refutação de tais críticas, VER: KELMAN, Mark G. **Trashing**. *Stanford Law Review*. Vol. 36, n.1/2. Critical Legal Studies Symposium, 1984, pp. 293-348.

³⁵⁴ Pode soar idiossincrático colocar Posner-econômico e Dworkin como representação do mesmo arquétipo, tendo em vista que os dois autores travam debates antológicos desde esse período. Todavia, Posner-econômico, assim como Dworkin, possui um incômodo muito grande com a discricionariedade na decisão judicial, e ambos concebem concepções que “fundam” o direito em princípios éticos substantivos.

caso concreto. A “decisão” já estaria feita previamente, bastando o manejo da *tékhnē* para apreender o seu conteúdo de maneira segura e precisa.

É por isso que Posner-econômico tenta – como visualizado por Balkin – isolar o direito dos influxos da literatura e da política, especialmente do desconstrucionismo literário e da crítica política de justiça radical – ambos traços característicos das correntes moderadas e radicais do *CLS*. A política é o campo das paixões, algo que assusta o platônico, pois não há como se ter controle sobre as emoções. A literatura é campo em que a interpretação adquire sentidos infinitos, algo que também assustará o platônico, já que ele não consegue dominar os objetos mutáveis e voláteis. A “birra” de Posner com o *CLS*, portanto, não é uma questão de ideológica política entre direita/esquerda. É uma questão de concepção de racionalidade, e foi esse “detalhe” que Balkin não compreendeu em sua crítica a Posner.

De todo modo, se o pensamento de Posner-econômico for mesmo corretamente representado pelo arquétipo de Jonas, então as transformações de Jonas, ao longo do tempo, poderão constituir pistas acerca das transformações das abordagens de Posner sobre o direito e sobre o raciocínio judicial.

Portanto, avançaremos agora na narrativa de Dark para visualizar que possíveis futuros abrem-se para um jovem platônico que dedica a sua vida a tentar “capturar” e “domesticar” os elementos irracionais da vida (ou do direito).

Na narrativa de Dark, para o choque do espectador, Jonas transformar-se-á, gradualmente, em Adam. Em outras palavras: descobriremos, em determinado momento, que Adam é tão somente uma versão envelhecida e endurecida de Jonas. Esse “movimento” gradual de Jonas em direção à Adam poderia corresponder ao “movimento” de passagem gradual do polo da razão teórica (platônica) para o polo da irracionalidade/ceticismo moderno. Poderia ter sido isso a acontecer com Posner?

A hipótese que testaremos a seguir é exatamente essa: Posner-econômico, que assumia uma concepção de razão platônico no direito, teria gradualmente perdido a fé na racionalidade (frustrado com a impossibilidade de controlar plenamente as contingências). Com isso, teria “se transformado” em Posner-pragmático, que de maneira radicalmente oposta seria um ceticista moderno, pós-modernista e anti-intelectual. Posner-econômico estaria para Jonas, assim como Posner-pragmático estaria para Adam.

5.2.1 Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Adam

Para compreender o “contexto” da transformação de Jonas em Adam, precisaremos aprofundar-nos mais um pouco no enredo da série.

Adam é um homem que tem por volta de 70 anos e parece ser o líder de uma “seita” – *Sic Mundus* – que planeja e executa alguns dos eventos misteriosos que compõem o quebra-cabeças que forma a “figura do destino”. Adam aparece como o “vilão” da história, o responsável pelo desaparecimento e morte das crianças, o mandante de assassinatos que ocorrem ao longo da trama, e, em último nível, o condutor da trama do apocalipse. O seu rosto é completamente desfigurado por cicatrizes de queimadura.

Ocorre que a cadeia de eventos que resulta no apocalipse se inicia décadas antes, pelo menos desde a segunda década do século XX. Mas tal cadeia não é linear: eventos ocorridos em 2019 interferem retrospectivamente nos eventos ocorridos em 1986, que, por sua vez, interferem nos eventos ocorridos em 1953, que, por sua vez, interferem nos eventos ocorridos em 1921, reiniciando-se o ciclo a partir daí. Há uma frase que aparece recorrentemente na série: “O começo é o fim. E o fim é o começo”, denotando-se que o tempo e a história são cíclicos e que o apocalipse irá ocorrer perpetuamente em *loop* temporal, com Adam e a *Sic Mundus* à frente dos acontecimentos, e com Jonas à mercê de forças que ele não consegue controlar – apesar de tentar *muito*.

Inclusive, as cicatrizes de queimadura no rosto de Adam são fruto das constantes viagens no tempo que Jonas passa a realizar na sua fase adulta. Nesse ponto da história, o espectador ainda não consegue compreender como Jonas, o jovem heroico de 17 anos que se esforça tanto para “salvar o mundo”, transforma-se em Adam, o adulto que se empenha em destruir o mesmo mundo que sua versão mais jovem tenta salvar.

Ocorre que o gatilho para a transformação de Jonas em Adam é “disparado” pelo próprio Adam. Basicamente, Adam “provoca” em Jonas uma reação emocional típica de platônicos que, angustiados com a vulnerabilidade perante o sofrimento, buscam aprisionar a contingência, tornando-se “reféns” de uma disputa que poderá culminar na perda da própria fé na razão. Explica-se melhor.

Ao longo de vários episódios, Jonas tenta impedir o apocalipse, sem sucesso. A usina nuclear explode e Winden será totalmente destruída em poucos minutos. Ele e Martha estão à procura de um abrigo quando Adam surge a partir de uma fenda temporal, portando um dispositivo que o permite viajar no tempo.

Sem desperdiçar muito tempo com conversa (afinal, o mundo está acabando), Adam admite para Jonas que ele – Adam – é um dos responsáveis pelos eventos cíclicos do apocalipse. Inclusive, ele também informa que sua “função” principal na trama do apocalipse é impulsionar a transformação de Jonas em si próprio (Adam), completando-se o ciclo temporal de destruição que aprisiona Winden.

Com isso, Adam atira no peito de Martha. A jovem cai no chão, sendo aparada por Jonas. Enquanto assiste sua melhor amiga (e interesse romântico) morrer, Jonas promete a ela que irá “consertar as coisas”. Adam, então, diz a Jonas:

Certas dores não conseguem ser esquecidas. Você irá carregar essa dor pelo resto da sua vida, até que finalmente esteja pronto para se desapegar dela. E desapegar de Martha também.

Depois disso, Adam vai embora “calmamente”, enquanto Jonas permanece no chão, segurando o corpo de Martha, em choque.

Esse é o momento em que “*the roots of Jona’s moral life*” – para parafrasear Nussbaum – começam a ser cortadas. A perda trágica – Adam sugere – irá levar Jonas a um sofrimento tão grande que ele não será mais capaz de sustentar suas posições morais, transformando-se, eventualmente, em Adam. Essa interpretação representa o segundo sentido pelo qual a “bondade é frágil”, como abordando no tópico 5.1. Mas não é esse o sentido que nos interessa aqui.

Entendemos que, ao contrário do que o discurso de Adam sugere à primeira vista, a desumanização de Jonas não ocorre tão somente em razão do sofrimento pela morte de Martha, em si. Na verdade, Jonas inicia seu processo de transformação em Adam a partir do momento em que se empenha definitivamente na “missão” de encontrar uma forma de voltar no tempo, destruir Adam e salvar Martha. É pela tentativa de “controlar” o tempo, o destino, a fortuna – e, portanto, de evitar a perpetuação do sofrimento – que Jonas gradualmente adquire as cicatrizes que possui no rosto, transformando-se no “monstro” que Adam é.

Mais do que isso: é pela tentativa de destruir Adam – a representação da irracionalidade e do caos – que Jonas acaba se tornando aquilo que tentou combater. É uma espécie de “*self-fulfilling prophecy*” – a pessoa, horrorizada com uma profecia sobre seu próprio futuro, tenta controlar o curso do acontecimento dos eventos, acarretando, com isso, a confirmação da profecia. Por acaso, “*self-fulfilling prophecy*” é um recurso comum nas

tragédias gregas e na representação mítica em geral³⁵⁵. A lição que a literatura nos fornece, portanto, é que a tentativa “desesperada” de controlar a fortuna (e o sofrimento) pode ser exatamente o gatilho para o sofrimento.

Essa interpretação representa o terceiro sentido pelo qual a bondade seria frágil – a moralidade *depende* que o sujeito aceite e se “abra” às contingências. É esse o sentido que nos interessa.

Nossa primeira chave de leitura – “Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Adam”, entenderia, a partir desse “terceiro sentido pelo qual a bondade seria frágil”, que Posner-econômico teria procurado combater a irracionalidade no direito (representada, aqui, pelo *CLS-trashing*) tentando domesticar os traços derridarianos que compõem a justiça jurídica, ou seja, tentando preencher ao máximo, com um único critério substantivo decisório estabelecido previamente (a maximização da riqueza), o espaço de indeterminação da decisão. Assim como Jonas era assombrado por Adam e sua irracionalidade destrutiva, Posner-econômico era assombrado pelas correntes do direito que rejeitavam o postulado da racionalidade moderna e buscavam transformações radicais nas estruturas jurídicas. Todavia, assim como Jonas se transforma exatamente naquilo que mais teme em razão da luta para domesticar o “inimigo”, Posner-econômico também teria acabado “se transformando” exatamente no pós-modernista anti-intelectual que ele tentava aprisionar: o Posner-pragmático.

O primeiro elemento favorável a essa interpretação é o fato de que o próprio Posner reconhece que a análise econômica desempenha a mesma função que a jurisprudência formalista (compreendida como platônica), enquanto o pragmatismo rejeitaria tal “platonização” do direito.

A abordagem econômica do direito e a abordagem pragmática do direito parecem ser incompatíveis pelo fato de a primeira querer substituir uma teoria formal (a teoria do direito de Cícero, Coke, Blackstone, Langdell e Frankfurter) por outra (a teoria econômica, com (...) a eficiência e a maximização da riqueza), e a segunda insistir que teorias não conseguem capturar o que significa ser um operador do direito.³⁵⁶

O segundo elemento favorável é o fato de que, durante os primeiros dez anos de seu pragmatismo (década de 90), Posner passaria a ser considerado, por alguns de seus críticos,

³⁵⁵ A história de Édipo é um bom exemplo. Na narrativa, os pais de Édipo são informados de uma profecia de que ele (Édipo) irá matar seu pai e casar sua mãe. Horrorizados, os pais deixam Édipo na estrada, para que ele morra. Ao crescer, a profecia acaba se realizando justamente porque Édipo não sabe que aqueles são seus pais biológicos.

³⁵⁶ POSNER, Richard. *Overcoming Law*. P.17. Tradução nossa.

como um dos “nomes” de destaque do pós-modernismo, juntamente com os derridarianos e *social justice warriors* do *CLS*. Dworkin é um desses críticos, como podemos ver nesse trecho em que ele coloca Posner no mesmo “batalhão anti-teórico” que o *CLS*.

Nos últimos anos da adolescência do nosso século, nossos intelectuais desconfiam da teoria mais do que já tenha acontecido em qualquer outra época. Escutamos, em qualquer lugar que vamos, as rejeições e os ataques dos pós-modernistas, dos pré-estruturalistas, dos desconstrucionistas, dos estudantes críticos, dos acadêmicos dos estudos críticos da raça, e milhares de outras legiões do exército antiteórico. Esteve impregnada de ideologias, e elas não lhe foram de grande proveito. Alguns dizem que teoria é misticismo, outros que é opressão, e muitos que é ambas as coisas. Contudo, vou me concentrar não nos membros, por assim dizer, mais eruditos e fantásticos da academia, e sim nos críticos que pertencem, em termos relativos, à tendência dominante. É por esse motivo que tomei como exemplos a Escola de Chicago e, em particular, o juiz Posner e o professor Sunstein.³⁵⁷

O terceiro elemento favorável a essa interpretação é o fato de que Posner-pragmático, assim como Adam, parece carregar um impulso destrutivo. No caso, esse impulso destrutivo é direcionado à “teoria moral” e, de forma mais geral, à academia jurídica. Posner teria perdido a fé na possibilidade de se justificar racionalmente uma posição moral a partir do momento em que percebeu que não conseguiria justificar, racionalmente, a moralidade do critério de maximização da riqueza. Como visto nos tópicos 2.1.1 e 2.1.3, Posner até tenta, durante um tempo, fornecer argumentos para o aspecto normativo da sua análise econômica do direito, sendo, contudo, “forçado” a reconhecer contradições e insuficiências de sua teoria. Sem conseguir justificar racionalmente a moralidade subjacente à análise econômica do direito, ele passou a considerar que não haveria qualquer expediente racional que pudesse justificar qualquer escolha moral.

O equívoco de postura de Posner, nesse ponto, seria similar ao equívoco de postura de Jonas. Ele quis “muito”. A pretensiosidade era muito grande: Posner constrói uma teoria normativa que, supostamente, permitiria um controle extremo das contingências no direito, assim como Jonas constrói uma máquina do tempo que, supostamente, permitiria um controle extremo do próprio destino. A partir da frustração de que não é possível “alcançar o céu”, ambos caem no abismo³⁵⁸.

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. In praise of theory. *Op.cit.* P. 57. Tradução nossa.

³⁵⁸ E é exatamente isso que Alessandra Schurig tenta evitar ao questionar se a ausência de metafísica nos condena ao abismo. VER: SCHURIG, Alessandra. Se a metafísica não existe, tudo é permitido? Um diálogo entre a verdade, o direito e a contingência na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Obviamente, se Posner não tivesse tentado “alcançar o céu”, talvez a queda fosse menos impactante. Por exemplo, Dworkin, apesar de ter sido classificado, aqui, como “platônico”, tem pretensões bem mais modestas que Posner-econômico. Sabemos que Dworkin, apesar de falar de “objetividade” e “respostas corretas”, não reputa que tais “respostas corretas” gozarão dos predicados de certeza e previsibilidade. Ademais, o raciocínio da *ascensão justificatória* é bem mais flexível que o raciocínio do juiz economicista teorizado por Posner-econômico. Veja-se: em relação aos critérios de julgamento, o juiz de Dworkin, em determinado grau de abstração justificatória, deverá se guiar por alguns axiomas fundamentais que são tão abstratos que quase não podem ser chamados propriamente de “critérios”. Já o juiz de Posner-econômico guiar-se-á por um único critério muito bem especificado: a maximização da riqueza. Em relação ao “método” (ou processo de raciocínio), o juiz de Dworkin possui uma grande flexibilidade no estabelecimento do seu próprio percurso de raciocínio. Por exemplo, caberá a ele próprio perceber até qual nível de abstração deverá ascender para que a resposta seja satisfatória. O juiz de Posner-econômico, por outro lado, não terá a mesma flexibilidade de “método”, uma vez que o raciocínio econômico é muito mais rígido.

O quarto elemento favorável a essa interpretação diz respeito à percepção de que, enquanto juiz, Posner também teria passado por um movimento de rejeição gradual do platonismo. Nos seus primeiros anos como juiz, Posner tentou “emplacar” a análise econômica do direito no judiciário. Essa foi a época em que suas decisões eram frequentemente alvos de divergência dos seus pares no tribunal ou mesmo modificadas em grau de recurso. Uma vez que estamos considerando que Posner-econômico assume o arquétipo de Jonas, faria sentido que Posner-juiz, nos seus primeiros anos de tribuna, também tentasse assumir uma concepção platônica de racionalidade. À medida que os anos foram passando, Posner-juiz passa a conferir menos relevância para a racionalidade estritamente econômica em suas decisões, o que representaria uma gradual rejeição do platonismo.

Apresentamos, portanto, quatro elementos favoráveis à interpretação chave de leitura “Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Adam”, sendo tal “transformação” fruto da perda da fé na razão teórica pelo sujeito platônico. Denominaremos tal chave de leitura de “chave de leitura 1”.

Os quatro elementos favoráveis que já foram apresentados sugerem a plausibilidade da chave de leitura 1. Contudo, aprofundaremos esse “teste de plausibilidade” por meio da observação de um cenário contrafactual relacionado às contradições apontadas no tópico 4.1

desse trabalho. A lógica é a seguinte: caso a “chave de leitura 1” seja plausível, os seguintes eventos devem se manifestar positivamente:

- a) a “relação” entre Posner-pragmático e Posner-econômico deverá emular o grau de repulsa entre Jonas e Adam;
- b) o grau de irracionalidade destrutiva de Posner-pragmático deverá espelhar o grau de irracionalidade destrutiva de Adam;
- c) assumindo a premissa de que as atividades profissionais do sujeito não podem ser absolutamente cindidas (sem influência recíproca entre os âmbitos acadêmico e judicial), a postura do Posner-juiz, após a década de 90, deverá espelhar, ao menos em algum grau, o irracionalismo do Posner-pragmático.

Atestamos positivamente o evento descrito em “a”. Ora, como já foi apontado no subtópico 4.1.1 (Posner-pragmático contra Posner-econômico), a análise econômica de Posner é a “antítese” dos principais adjetivos que foram, depois, atribuídos ao pragmatismo. A análise econômica de Posner é rebuscada e complexa demais para que seja um modelo decisório viável diante das limitações cognitivas e institucionais que pairam sobre os juízes. É contraintuitiva, baseia-se em uma concepção de sujeito racional que não corresponde ao ser humano-médio, é dogmática, fechada e totalitarista moral.

Essas contradições ocorreriam porque, de fato, Posner-pragmático é a negação total da racionalidade platônica que orientava Posner-econômico. Em outras palavras, se Posner-econômico tentava controlar a contingência no direito por meio da razão teórica que captura e domestica os aspectos irracionais da justiça jurídica, Posner-pragmático irá considerar que qualquer forma de controle das contingências por meio de uma prévia seleção de critérios decisórios ou do estabelecimento de “métodos” será inútil (pelo menos nos casos situados na área aberta). Essa parece ser a percepção de Gary Minda:

Talvez, para Posner, o neopragmatismo seja a melhor alternativa pós-moderna para lidar com a ‘incredulidade’ das pretensões científicas da primeira fase da análise econômica do direito.³⁵⁹

O evento descrito em “b”, todavia, já não pode ser atestado positivamente com segurança.

³⁵⁹ MINDA, Gary. Law and Economics. In: **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End**, 83-105. New York; London: NYU Press, 1995. P. 103. (Tradução nossa).

Há, certamente, um tom de irracionalidade destrutiva, especialmente em relação à academia jurídica, já que esta é a instituição responsável por perpetuar a tentativa de racionalização da moralidade³⁶⁰. Vejamos um trecho em que Domnarski nos revela o grau de virulência de Posner contra o academicismo:

Ele critica tudo no ensino e na prática do direito. Ele escreve para Larry Kramer, "Academia moderna! Ugh! O grosso da produção acadêmica moderna, tanto no direito quanto em outros campos problemáticos das Humanidades, a exemplo da Literatura Inglesa, é conversa fiada". A culpa pode ser atribuída à teoria crítica. Ele escreve, "Se ela durar, realmente Deus não existe. Todo o córtex cerebral de gente brilhante como Frank Michelman foi destruído por uma fumaça que vem de Paris". O tema mais amplo, o qual aparece diversas vezes na correspondência, é que, para ele, a academia jurídica, como um todo, é fraca. Sendo bem franco, ele diz a Kramer, que estava tentando formular seu próprio projeto de carreira, que "a academia jurídica é um campo de estudo deficiente, repleto de conversa fiada e capaz de transformar pessoas capazes em pessoas especializadas em conversa fiada".³⁶¹

Ocorre que o irracionalismo de Posner-pragmático não é tão extremo quanto o irracionalismo que acomete Adam. Se fosse, Posner-pragmático não apenas consideraria ser impossível determinar com segurança e precisão a "resposta moralmente correta", como também consideraria ser impossível chegar-se a qualquer resposta que pudesse ser justificada, do ponto de vista moral, pelo menos como "boa", "plausível", "razoável".

Todavia, Posner afirma, em várias passagens de que é, sim, possível se obter tal resposta, ainda que por meio de um senso comum, e não por meio de uma moralidade teórico-abstrata. Ademais, continua a pressupor, em algum grau, uma concepção antropológica do ser humano como "ser racional"³⁶², tendo em vista que as menções à lógica da ponderação entre custo-benefício permanecem perenes nas suas obras. Por fim, ele próprio não abandona completamente a reflexão moral-argumentativa, como veremos no próximo subtópico.

³⁶⁰ Rorty, em resenha crítica de "Law, Pragmatism and Democracy", considera que o "realismo" e o "cinismo" de Posner "são antídotos saudáveis para as fantasias da esquerda de um eleitorado modelado por seminários universitários", mas que seu desdém pelos "sonhadores utópicos" teria ido longe e atingido figuras históricas importantes, como Lincoln. "A democracia americana", diz ele, "pode até ser uma questão de compromissos pragmáticos entre grupos de interesses", mas também é bem mais isso. VER: RORTY, Richard. More than Compromise. *Dissent*. Vol. 50, n. 4, 2003, 99-101. (Tradução nossa).

³⁶¹ DOMNARSKI, William. Richard Posner. *Op.cit.* P. 247.

³⁶² Todavia, Posner-pragmático rejeita o rótulo de relativista anti-teórico. Ele afirma, em *Overcoming Law*, que seu pragmatismo é "*shorn however of postmodernist excesses*" e que seu liberalismo é do tipo clássico, como em Mill. Obviamente, a forma como alguém descreve seu pensamento não necessariamente representa a melhor interpretação desse pensamento. Devemos, então, buscar os elementos que sustentem essa afirmação de Posner sobre sua própria abordagem.

Poderia ser argumentado que, na verdade, ocorreu uma movimentação a graus cada vez mais intensos de irracionalidade ao longo da década de 90.

Nos primeiros anos de pragmatismo de Posner ainda existem resquícios de “fê” no raciocínio moral. Por exemplo, seu pressuposto epistemológico, na obra *“Sex and Reason”* (1992) permanece fundado na concepção antropológica de “homem-racional” que maximiza o próprio bem-estar por meio de um cálculo de custos e benefícios. Aliás, a própria análise econômica permanece como pilar do pragmatismo, o que revela ainda um “apego” à racionalidade platônica. Inclusive, isso também explica porque Posner-pragmático critica os “refugiados do direito”³⁶³, mas não parece incluir o *“Law and Economics”* dentro do grupo de disciplinas de refugiados: é que o *Law and Economics* seria uma disciplina “platônica”, que ajudaria no controle de contingências. O incômodo seria com as disciplinas que, em vez de auxiliar na obtenção da precisão e certeza, tornariam o direito ainda mais incerto.

Todavia, com o passar dos anos, a caminhada em direção à irracionalidade teria se acentuado. Assim como acontece com Jonas, a transformação de Posner-econômico em “Adam” não ocorreu do dia para noite. Nesse caso, Posner teria entrincheirado cada vez mais contra a teoria moral, chegando ao “ápice” da sua irracionalidade com a publicação de *The Problematics of Moral and Legal Theory*, em 1997.

Veja-se que, o mero fato de Posner-pragmático ainda se referir a um “cálculo racional de custo-benefício” não significa de que haja, efetivamente, uma racionalidade operando. Explica-se: Posner, em *“The Problems of Jurisprudence”* (1990), afirma que o raciocínio judicial é um raciocínio de custo-benefício. Todavia, ele também afirma que esse “raciocínio de custo-benefício” nada mais é que a “racionalidade de meios e fins” aristotélica. Ocorre que a racionalidade de meios e fins aristotélica, como o próprio nome denota, não estabelece uma finalidade prévia. Ao contrário, é justamente o processo de deliberação racional que irá indicar quais fins deverão ser escolhidos. O problema é que Posner não “quer” deliberar racionalmente sobre os fins, já que ele acha que a reflexão moral (ou seja, a determinação moral de qual bem “vale” mais que outro) é inútil. Nesse caso, Dworkin estaria correto quando diz que o pragmatismo de Posner, se não nos informa “os fins almejados” (que permitirão determinar qual decisão é “a melhor”), não nos informa nada. Em outras palavras: sem uma reflexão moral sobre “fins”, a “racionalidade de meios e fins” (ou o “raciocínio de custo-benefício”) não é realmente uma racionalidade. É uma decisão tomada puramente com base em pré-concepções irrefletidas sobre o que é “bom” ou “ruim”.

³⁶³ Essa crítica é formulada especialmente na obra: POSNER, Richard. **Divergent Paths**. The academy and the judiciary. Harvard University Press: 2016. P. X-XII.

Nesse ponto, todavia, voltamos a encontrar indícios que *não* sustentam a ocorrência o evento descrito em “b”. O problema é que Posner, mesmo após “*The Problematics of Moral and Legal Theory*” (o suposto “ápice” da irracionalidade) apresenta-se muito preocupado em superar (e auxiliar os outros juristas a também superarem) suas pré-concepções morais irrefletidas. Ele tenta fazer isso com o auxílio do empirismo e, de forma geral, das ciências sociais, naturais e exatas, compreendendo que a elucidação dos fatos podem revelar inconsistências nas posições morais do direito. O recurso ao empirismo não consiste, de fato, em um raciocínio moral sobre fins, mas consiste pelo menos em um meio de “lapidar” as finalidades assumidas moralmente. Desse modo, não faz “sentido” enquadrar como “ceticista moderno” (Adam) alguém que, não obstante desconfiar da teoria moral, confia no raciocínio tipicamente científico.

Sobre o evento descrito em “c”, atestamos negativamente a sua presença. Ou seja: não há praticamente nada que indique que a postura de Posner-juiz, com a passagem dos anos, tornou-se cada vez mais “irracional”. De fato, Posner-juiz passou a conferir menos relevância para a análise econômica do direito, mas suas decisões são manifestações exemplares de um raciocínio que congrega lógica cotidiana, consistência argumentativa (exclusão de falácias), atenção aos materiais jurídicos postos (ainda que seja para fazer “*distinguishing*”) e mobilização de conceitos formais. Ele não é “juiz decisionista” que “decide conforme sua própria consciência”, ignorando qualquer pretensão de justificação que as partes tenham. Alguém pode achar que Posner-juiz se equivoca em um, ou outro resultado. Mas ninguém pode dizer que ele não se esforça para dar bons argumentos para suas decisões.

Inclusive, o fato das decisões de Posner passarem a ser consideradas referências de qualidade, solapa a possibilidade de se cogitar que Posner-juiz manifeste o mesmo grau de “irracionalidade” que Posner-pragmático. Ou então, o fato de Posner-juiz não se portar de maneira irresponsável diante do direito, talvez indique que a abordagem pragmática também não é, afinal, tão irresponsável assim.

Nesse caso, precisamos seguir em frente com a narrativa de *Dark* para verificar se Posner-pragmático poderá se encaixar nos outros arquétipos restantes. A seguir, analisaremos como o “destino” forneceu a Jonas a possibilidade de se reconectar com Martha, de maneira muito profunda, após os eventos trágicos do apocalipse em Winden (inclusive de sua morte). Este reencontro com Martha poderá representar, metaforicamente, uma passagem de Posner-econômico (platônico) para Posner-pragmático (aristotélico), uma vez que Martha representa o arquétipo da racionalidade prática.

5.2.2 Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Martha

Precisamos retornar à cena em que Adam mata Martha com um tiro peito poucos minutos antes do apocalipse em Winden. Jonas está sozinho, ajoelhado no chão, segurando o corpo de Martha, enquanto o mundo está acabando. Os segundos passam e Jonas não consegue se mover. A estrutura da casa começa a tremer à medida que a onda magnética da explosão se aproxima. Jonas provavelmente irá morrer, pois não está suficientemente abrigado. Nesse momento, uma nova fenda temporal se abre e, da luz, emerge uma figura feminina idêntica à Martha. Esta figura, contudo, está viva, obviamente.

A jovem tem pressa: ela está ali para salvar Jonas do apocalipse, levando-o para um lugar seguro. Jonas não consegue compreender, pois ao mesmo tempo em que o corpo de Martha – sua amiga e interesse romântico – jaz no chão, uma “versão alternativa” de Martha está em sua frente, plenamente viva. Essa “segunda versão” de “Martha” – vamos chamá-la de “Martha-Alternativa”, por falta de um nome melhor – não tem tempo de explicar para Jonas de onde veio e para onde eles vão. Ela aciona a máquina do tempo e leva Jonas para outro lugar, longe do apocalipse.

O “outro lugar”, na verdade, é a própria cidade de Winden, mas em uma linha do tempo alternativa, em que o apocalipse só ocorrerá em três dias. Chamaremos esse lugar de “Winden Alternativa”, também por falta de um nome melhor.

Na “Winden Alternativa” – o lugar de “Martha Alternativa” veio – quase tudo é igual à “Winden Original”. Por exemplo, todos os personagens que aparecem na “Winden Original” são replicados na “Winden Alternativa”, com apenas algumas alterações nas suas histórias pessoais. Todos, com exceção de Jonas. Na “Winden Alternativa”, Jonas não existe, porque os eventos intertemporais que levam ao seu nascimento nunca acontecerem nesse segundo mundo.

Isso acontece porque a “Winden Original” é o “mundo de Adam”, ou seja, o mundo controlado por Adam e por seus seguidores da *Sic Mundus*. Nesse primeiro mundo, Adam planeja e executa os eventos que irão possibilitar o seu próprio nascimento, ou seja, o nascimento de Jonas. A “Winden Alternativa”, por outro lado, é o “mundo de Eva”: o mundo controlado por Eva e os seguidores de sua própria seita, a *Erit Lux*. Portanto, na “Winden Alternativa”, os eventos intertemporais que levam ao nascimento de Jonas não ocorrem porque Adam não consegue interferir na linha do tempo no “mundo de Eva”. Explicaremos “quem é Eva” mais adiante. Por hora, basta saber que ela também tem um papel fundamental

na trama do apocalipse: ser a força contrária à Adam, a sua contraparte que busca a preservação da vida, em vez da destruição.

Na “Winden Alternativa”, Jonas e Martha Alternativa passam a trabalhar com Eva, de modo a colaborar para impedir que o apocalipse também venha a acontecer naquele mundo. Se o plano der certo, explica Eva, talvez seja possível salvar o mundo de Jonas também – e, portanto, Martha Original. “Sua Martha”.

Nesse ponto, o espectador perceberá uma tristeza nos olhos de Martha Alternativa. É que ela e Jonas acabaram criando uma conexão muito forte – mais forte, logo se percebe, do que a conexão que Jonas tinha com Martha Original. Talvez pelo senso de urgência da situação, Martha Alternativa é mais aberta ao amor que Martha Original. Essa, preferiu permanecer em um relacionamento morno com seu namorado do colégio, evitando tomar uma decisão “arriscada”. Entre o “excelente” e o “seguro”, Martha Original ficou com o seguro. Martha Alternativa toma a decisão inversa: ela escolhe o caminho mais difícil, mas também mais valioso. Entre o “excelente” e o “seguro”, ela decide se abrir à vulnerabilidade que uma vida moral exige. Por sua vez, Jonas não também fica “imune”: apesar do luto, ele sente uma atração quase “metafísica” por Martha Alternativa.

O motivo pelo qual Jonas e Martha Alternativa possuem tal conexão é que eles estão conectados, em um nó inseparável, pelo destino. Esse “nó” é o filho que eles geram na segunda noite em que estão juntos. Nesse ponto, talvez seja melhor passar a chamar “Martha Alternativa” apenas de “Martha”, porque ela é a real coprotagonista da história. Martha representa as características que Jonas – o platônico – tentava reprimir: o feminino, a receptividade, a vulnerabilidade, a confiança em coisas mutáveis ou instáveis, a comunhão de vida com amigos e família³⁶⁴.

O “encontro” entre Jonas e Martha pode ser lido, então, como uma passagem de uma concepção de “razão platônica” para uma concepção de “razão aristotélica”. Como Nussbaum explica, a razão aristotélica não é “oposta” à razão platônica. Na verdade, aquela apenas ressalta e cultiva os elementos que essa tenta evitar³⁶⁵. Do mesmo modo, Martha agregaria à Jonas justamente aquilo que lhe faltava para uma vida moral dignificante.

³⁶⁴ Tais características se encontram em: NUSSBAUM, Martha. A Fragilidade da Bondade. *Op.cit.* P. 18.

³⁶⁵ Aqui, cabe referir a perspectiva sobre a concepção aristotélica trazida por Onora O’Neill. A autora defende recusa que Aristóteles possa ser interpretado como um particularista, afirmando que, para o juízo prático aristotélico, é imprescindível uma referência a princípios universais de âmbito inclusivo, afirmações sobre bem e ideais que seriam relevantes para a própria condição de ser humano. De todo modo, tal compreensão não macula a distinção ao qual nos apegamos, que consiste na possibilidade de *controle* sobre os elementos fugidios da ética e da justiça. O’NEILL, Onora. Em *Direção à Justiça e à Virtude. Uma exposição construtiva do raciocínio prático*. [S.l]: Editora Unisinos, 2005.

Nesse caso, poderíamos entender que a passagem de Posner-econômico para Posner-pragmático representa uma passagem de uma concepção de razão platônica para uma concepção de razão prática? Será que Posner-pragmático é adequadamente representado pelo arquétipo do encontro entre Jonas e Martha?

Lembramos que, na história, Jonas – o platônico – já teve um contato inicial com Adam (a sua versão ceticista moderno) quando “encontra” Martha pela primeira vez. Ela, que “veio de outro mundo”, apresenta a Jonas novas perspectivas: talvez seja possível controlar a irracionalidade destrutiva de Adam, desde que eles trabalhem em conjunto. Ou seja, desde que Jonas abra-se à Martha, a receba, a aceite e a reconheça como parceira, haverá uma chance para que desespere para “controlar o sofrimento” não seja tão avassalador, culminando na *self-fulfilling prophecy* de Adam.

Outro paralelo pode ser desenhado: “Winden Original” é o mundo de Jonas/Adam, ou seja, o mundo sobre o qual esses personagens buscam exercer controle. “Winden Alternativa” é o mundo de Eva, o mundo sobre o qual Jonas/Adam não possuem tantas pretensões de controle, pois sabem que, lá, há forças que eles não conseguem domesticar. A chegada de Jonas à “Winden Alternativa” também representa uma suavização nas pretensões de controle do sujeito platônico, portanto.

Há algo que represente, para Posner-econômico (Jonas), um “encontro” com “Martha”, ou seja, um “encontro” com uma nova perspectiva sobre o mundo? Sim. A atividade dele como juiz. Vimos, no tópico 4.1.3 que Posner-juiz assume as características que Posner-econômico tenta radicalmente evitar, que podem ser reunidas aqui sobre o rótulo de “mulher literária”. O próprio Posner reconhece que, na sua atividade de juiz, ele se permite exercer mais a criatividade. Ademais, alguns de seus críticos também atribuem sua virada para o pragmatismo ao exercício da atividade judicativa³⁶⁶. Tornar-se juiz, para Posner, representa o contato com um “outro mundo”, qual seja, o mundo dos conflitos humanos “devastadores” que ele, em sua “vida protegida” (*sheltered life*), não conhecia. Com isso, ele pode ter “se aberto” ao “literário”.

Nesse ponto, retoma-se que, no tópico 2.3, Robin West percebe que Posner-econômico parecia viver em um “mundo diferente do dela”. No mundo de West, as pessoas teriam motivações e comportamentos ambíguos, contraditórios, submissos, sádicos, masoquistas, e tudo isso deveria ser levado em conta para uma perspectiva adequada sobre a

³⁶⁶ TEUBNER, Gunther; PEARCE, Alessandra; OITAVEN, Daniel. Hard cases – A normative turn of legal auto-poiesis? Canal Daniel Oitaven Pearce e Alessandra Oitaven Pearce. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=k8fYLB1M3ho&t=5317s>>

normatividade. No mundo de Posner-econômico, contudo, os conflitos humanos seriam radicalmente simplificados e reduzidos a uma questão de alocação eficiente de recursos. Portanto, na ocasião, questionamos se Posner seria um “robô insensível”, o que tornaria, possivelmente, suas abordagens inaptas a receberem o modelo de “juiz virtuoso” assumido pela concepção aristotélica.

De posse das informações colhidas no subtópico 4.1.3 (onde Posner-juiz é interpretado como “juiz literário”), sugerimos que Posner *não é*, “em absoluto”, um robô insensível. Posner foi, simplesmente, uma pessoa cuja compreensão do mundo era radicalmente simplificada porque, no âmbito de suas experiências e relações *pessoais*, o mundo realmente era “simples”. Nesse caso, o “olhar” de Posner-econômico sobre a moralidade e o direito refletia tal “simplicidade”.

Todavia, a partir do momento em que Posner-econômico se torna juiz, ele passa a ter contato com uma gama de relatos que o permitem ter contato com a parte “kafqueana” do ser humano.

Sabemos que Posner, em alguma medida, deixa-se experimentar o mundo por meio de relatos “triviais”: ele admite, por exemplo, que os relatos que lhe são feitos por um colega que está envolvido em situação amorosa “trágica” (triângulo amoroso) lhe permitem ter acesso a um mundo de “fortes emoções” que ele não sabia nem que poderia realmente existir fora dos livros. Talvez seja por isso que Boyd White (dentre outros) tenha tido a sensação de que Posner falava sobre a literatura como alguém que não está efetivamente imerso em uma experiência emocional. Ora, se Posner achava que os dramas relatados na literatura seriam algo como “hiperbólicos”, ele certamente não teria se conectado emocionalmente com a narrativa ficcional. Todavia, a partir do momento em que seu colega lhe confirma de que a intensidade da literatura representa o “mundo real” (pelo menos de algumas pessoas), Posner consegue se conectar com um mundo de emoções que extrapolam seu “reduzido” repertório pessoal, ainda que seja somente por um “vislumbre” (“*glimpse*”).

Assim, é plausível supor que as narrativas feitas pelas partes no processo judicial teriam provocado, no repertório emocional pessoal de Posner, o mesmo efeito que as confidências amorosas do seu colega tiveram. Trata-se de pessoas reais, de carne em osso, “paradas” em frente à sua frente, e não de personagens fictícios abstratos que só existem nas páginas de um papel. “*Their grievance is real*”³⁶⁷, percebe Posner, diante dos litigantes sub

³⁶⁷ O termo é ambíguo. “*Grievance*” é um termo técnico que se refere à “danos”. Ao mesmo tempo, na linguagem popular, é significa “sofrimento”. Posner utiliza a expressão no contexto de uma entrevista, e

humanizados e maltratados pelo sistema judicial. É um sofrimento que ele próprio nunca teria experienciado na vida, e provavelmente nunca experienciará. É um sofrimento que ele provavelmente “não levava a sério” quando lhe era apresentado em forma de ficção (por exemplo, a sofrimento de “K” em “*The Trial*”). Mas é um sofrimento que ele passou a perceber diante de Rowe, o presidiário que sofreu dores aguda no estômago por vários anos por simples descaso da administração penitenciária, e de Michael, o presidiário com deficiência mental (incapaz de defender seu pleito sozinho, portanto) a quem foi negado, repetidas vezes, o reconhecimento de que ele não tinha condições de se auto representar diante da corte. A partir dessa percepção, Posner diz que acordou “de um sono de 35 anos”³⁶⁸. Como Jonas, ele finalmente percebeu que seu “mundinho protegido” (*sheltered world*) não era o único mundo que existia.

Iremos, agora, testar nossa segunda chave de leitura, que diz: “Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Martha”, ou, simplesmente “chave de leitura 2”. Há alguns elementos favoráveis a tal interpretação.

Novamente, iniciamos com a própria descrição que Posner faz do seu pragmatismo. Em “*The Problems of the Jurisprudence*”, a obra que representa seu momento de “virada”, ele remete o raciocínio jurídico à razão prática aristotélica e afirma que o “cálculo custo-benefício” nada mais é do que a “racionalidade de meios e fins” aristotélica. Mas não podemos “confiar” na autodescrição de Posner, até porque há quem afirme que ele teria compreendido bem errado em que a razão prática implica. Ronaldo Porto, por exemplo, afirma que a “razão prática” de Posner é uma “racionalidade” sem razão³⁶⁹.

Desse modo, *a priori*, a interpretação que a crítica faz de Posner (racionalidade sem razão) parece constituir um elemento *não* favorável a plausibilidade da hipótese 2. Todavia, a mesma crítica pode constituir – como uma espécie de “*plot twist*” – um elemento favorável à chave de leitura 2.

Ocorre que as “acusações” feitas à abordagem pragmática costumam ter um teor muito semelhante às “acusações” que platônicos fazem ao aristotelismo, como é perceptível por esse trecho em que Nussbaum relata a percepção que os platônicos possuem da abordagem aristotélica:

provavelmente estava a utilizá-la no sentido técnico-jurídico. Ainda assim, pelo contexto da entrevista, o termo assume um impacto mais forte do que aquele extraído apenas da linguagem técnica.

³⁶⁸ POSNER, Richard. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. Entrevista concedida a Adam Liptak. The New York Times. Set. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html>>

³⁶⁹ MACEDO JR.; Ronaldo Porto. Ensaios de Teoria do Direito. *Op. cit.* P. 241.

O platônico acusou o aristotélico de indolência filosófica. Cumpre responder essa acusação dizendo a ele que esse tipo de trabalho árduo, que se empenha em alcançar uma posição vantajosa incondicional fora das aparências, é tão fútil como destrutivo: fútil, porque tal posição vantajosa não se encontra disponível, como tal, à investigação humana; destrutivo, porque a glória do objetivo prometido faz com que o trabalho humanamente possível pareça tedioso e desprezível. Poderíamos buscar o estudo de nós mesmos e de nosso mundo na ética, política, biologia, ciência física. Poderíamos investigar nossas concepções humanas de lugar e tempo, nossas práticas de explicação sobre mudança, de contagem, de individualização. O platônico nos encoraja a negligenciar esse trabalho quando nos dá a ideia de que a filosofia só é uma empresa que vale a pena se nos conduzir para fora da caverna e para cima em direção à luz do sol. O platônico responde que a concepção aristotélica faz da filosofia uma atividade insípida, ao destituí-la de sua pretensão de fazer progresso decisivo em nosso nome.³⁷⁰

(...)

O platônico responde que a concepção aristotélica faz da filosofia uma atividade insípida, ao destituí-la de sua pretensão de fazer progresso decisivo em nosso nome. Acusar-se-á a concepção não científica de Aristóteles de não servir para muita coisa. Ao recursar tão firmemente o progresso oferecido pela comensurabilidade, universalidade e intelectualismo, ela não deixou para si próprio numa teoria elaborada da deliberação, nenhuma consideração sistemática do bom procedimento deliberativo. Aristóteles aceitaria de bom grado essa acusação: “toda consideração de assuntos práticos deve ser vazada em linhas gerais e não com precisão”. Seus escritos nos fornecem um esboço, que devem ser preenchido pelo caráter e pela experiência³⁷¹.

É incrível como o sumário de Nussbaum acerca da “rivalidade” entre platônicos e aristotélicos corresponde exatamente ao que seria um sumário das críticas de Dworkin (e dworkinianos) a Posner. Recapitulemos comentários e citações que já foram feitos ao longo do trabalho que “se encaixam” em várias partes desse sumário elaborado por Nussbaum:

O platônico acusou o aristotélico de indolência filosófica.

Na citação n.91, expusemos o seguinte trecho da crítica de Ronaldo Porto (um notável estudioso de Dworkin)³⁷² a Posner: “*em outras palavras, o pragmatismo posneriano ao apresentar-se como uma abordagem não teórica apenas camufla, frouxamente, os seus pressupostos teóricos e metodológicos que julga serem menos importantes. Ao fazê-lo, em vez de pragmaticamente escapar da necessidade de fundamentação teórica, esconde a sua deficiente teoria acerca da finalidade e natureza do direito.*”

³⁷⁰ NUSSBAUM, Martha. A Fragilidade da Bondade. *Op.cit.* 226.

³⁷¹ NUSSBAUM, Martha. A Fragilidade da Bondade. *Op.cit.* 272.

³⁷² Considerando que no texto “Ensaio de Teoria do Direito” Ronaldo Porto elabora críticas semelhantes às de Dworkin ao pragmatismo de Posner, e também considerando que o trecho citado sintetiza muito bem a crítica à “indolência filosófica”, optamos por utilizar tal trecho como representação de uma crítica platônica ao pragmatismo.

Cumpra responder essa acusação dizendo a ele que esse tipo de trabalho árduo, que se empenha em alcançar uma posição vantajosa incondicional fora das aparências, é tão fútil como destrutivo: fútil, porque tal posição vantajosa não se encontra disponível, como tal, à investigação humana; destrutivo, porque a glória do objetivo prometido faz com que o trabalho humanamente possível pareça tedioso e desprezível.

Nas páginas 106-107, fizemos a seguinte afirmação: *“Posner sugere que a academia seria muito mais útil para os juízes se, em vez de publicar tratados e mais tratados de filosofia moral, passasse a se concentrar em responder perguntas relacionadas aos fatos do caso e às consequências que provavelmente adviriam das decisões”*.

Poderíamos buscar o estudo de nós mesmos e de nosso mundo na ética, política, biologia, ciência física.

Na página 105, fizemos a seguinte afirmação: *“Posner considera que um bom juiz poderá utilizar-se de outras ciências (ciências sociais, economia, psicologia etc.) para compreender de maneira os fatos do caso e prever as consequências das possíveis decisões.”*

Poderíamos investigar nossas concepções humanas de lugar e tempo, nossas práticas de explicação sobre mudança, de contagem, de individualização:

Na citação n. 201, Posner afirma que: *“o que os estudiosos podem fazer - mas isso não deve nada à teoria moral - é criticar os códigos morais, mostrando que carecem de funcionalidade, eficiência instrumental ou racionalidade.”*

O platônico nos encoraja a negligenciar esse trabalho quando nos dá a ideia de que a filosofia só é uma empresa que vale a pena se nos conduzir para fora da caverna e para cima em direção à luz do sol.

Na página 112, expusemos uma afirmação de Dworkin (“é desconcertante ouvir que não devemos nos preocupar com a verdade quando é exatamente isso com o que você se preocupa”) e, em seguida, fizemos o seguinte comentário: *“A questão é saber, todavia, o que realmente um juiz busca ao decidir um conflito: conhecer a “verdade” ou “resolver um problema”?*

Acusar-se-á a concepção não científica de Aristóteles de não servir para muita coisa.

Na página 112, fizemos o seguinte comentário: “*Desse modo, diz Dworkin, se os juízes efetivamente enfrentarem questões morais no julgamento de casos moralmente conflituosos, a sugestão de Posner de ‘ignorar-se a teoria moral’ seria comparável à sugestão de alguém que tenta resolver um problema de matemática com um “abridor de lata”.*”

Ao recusar tão firmemente o progresso oferecido pela comensurabilidade, universalidade e intelectualismo, ela não deixou para si próprio numa teoria elaborada da deliberação, nenhuma consideração sistemática do bom procedimento deliberativo.

Na página 120, afirmamos que, conforme Dworkin, “*se Posner complementar sua ‘concepção adaptacionista’ ao estabelecer quais objetivos ele considera apropriados, então ele terá oferecido tão somente uma teoria moral padrão, ainda que de uma maneira extravagante. Mas se ele não a complementar, então não terá oferecido nada.*”

Aristóteles aceitaria de bom grado essa acusação: “toda consideração de assuntos práticos deve ser vazada em linhas gerais e não com precisão”. Seus escritos nos fornecem um esboço, que devem ser preenchido pelo caráter e pela experiência.

Na página 110, fizemos a seguinte afirmação: “desse modo, Posner adere a um ‘ceticismo moral’ (rejeitando expressamente o ‘ceticismo epistemológico’) no sentido fraco de quem simplesmente duvida da possibilidade de se fazer julgamentos objetivos acerca das assertivas que *mais interessam* aos filósofos morais, já que a intensidade do consenso sobre um princípio moral seria inversamente proporcional à capacidade deste mesmo princípio em solucionar algum problema moral concreto.”

Parece-nos, portanto, que a abordagem pragmática de Posner ao menos *soa*, em alguns aspectos, como uma abordagem aristotélica³⁷³. É por isso que Martha Nussbaum irá enxergar traços aristotélicos em Posner, pelo menos a partir de sua virada ao pragmatismo.

³⁷³ De fato, James estabelecia uma correlação entre o método pragmático e o método aristotélico. “Não há nada de novo absolutamente no método pragmático. Sócrates foi adepto dele. Aristóteles empregou-o metodicamente. Locke, Berkeley e Hume fizeram contribuições momentâneas à verdade por seu intermédio... O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem rebuços do temperamento racionalista. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade. VER: JAMES, William. Pragmatismo. Segunda conferência. O que significa o pragmatismo.” In: CIVITA, Victor (ed.). Os Pensadores. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1974, pp. 09-22. P. 11.

Por exemplo, no texto “*Skepticism about practical reason in literature and the law*” (1994), ela nota que a defesa que Posner faz da “liberdade” não é baseada tão somente em instintos inarticulados, subjetivos e viscerais, lembrando, na verdade, um modo de raciocínio aristotélico:

A argumentação dele não apela a *standards*, e sim à experiência humana e à felicidade humana. Parece um bom argumento ético. Trata-se, de fato, de um argumento ético meticuloso e bem fundamentado, do tipo que agradaria a Aristóteles, sobre um tema – a liberdade humana – em que os “valores mais profundos” de Posner podem aparentar, para o seu leitor, residir.³⁷⁴

Já em “*Only grey matter? Richard Posner’s cost-benefit analysis of sex*” (1992), Nussbaum elogia o fato de que, ao falar sobre sexo, Posner teria mostrado uma admirável abertura aos fatos e argumentos (como mencionamos no subtópico 4.1.3).³⁷⁵ No mesmo texto, contudo, a autora adverte que as coisas não são tão simples assim, arrematando: “as coisas dificilmente são simples quando estamos lidando com Posner”. Em seguida, passa a criticar a reduzida visão de Posner sobre a sexualidade humana e, em textos futuros, irá engrossar o tom da crítica.

Devemos, então, ser mais sistemáticos na nossa comparação entre a abordagem pragmática e a abordagem aristotélica, de modo a compreender “o que falta” para Posner efetivamente aderir à razão prática (ou, pelo menos, o que seus críticos acham que falta).

Vamos iniciar o desenho do nosso cenário contrafactual listando os adjetivos atribuídos à abordagem aristotélica por Nussbaum: se Posner-pragmático tivesse assumido uma concepção de razão prática, veríamos ele incorporar os elementos que a razão platônica tenta domesticar, quais sejam, feminilidade; vulnerabilidade à contingência; múltiplos valores; ausência de estrutura rígida de pensamento; inteligência como uma corrente de água; dialética (*given and received*); senso de comunidade. É possível encontrar todos esses traços no pragmatismo de Posner?

Se por “feminilidade” entende-se uma adesão a uma “ética do cuidado” (no sentido da oposição “ética do cuidado” v. “ética da justiça” trabalhada por Robin West), podemos dizer que o pragmatismo contempla uma face feminina ao abrir-se para as “emoções” (sentimentos morais).

³⁷⁴ NUSSBAUM, Martha. *Skepticism about practical reason in literature and the law*. *Op.cit.* P. 729. Cit. 71. Tradução nossa.

³⁷⁵ NUSSBAUM, Martha. *Only grey matter? Richard Posner’s cost-benefit analysis of sex*. *Op.cit.* P. 1697.

Se por “vulnerabilidade à contingência” entende-se o reconhecimento da falibilidade do ser humano, o que se traduz na aceitação de que não é possível alcançar a perfeição, podemos dizer que o pragmatismo se abre à contingência quando aceita que, em alguns casos, o juiz terá que decidir sem possuir certeza de que aquela é a resposta “certa”.

Se por “múltiplos valores” entende-se a percepção de que, na decisão jurídica, concorrem diferentes racionalidades parciais a serem sopesadas, podemos dizer que o pragmatismo admite “múltiplos valores” ao estabelecer múltiplos elementos que serão levados em conta na conformação da decisão (materiais jurídicos formais, intuição, lógica, emoções, eficiência econômica etc.)

Se por “ausência de estrutura rígida de pensamento” entende-se a não prescrição de um “método” ou de uma “teoria moral abrangente” que oriente a decisão, o pragmatismo sugere uma ausência de estrutura rígida de pensamento, já que “síntese” de sua “orientação” aos juízes é: “solucione o problema da melhor forma possível”. Inclusive, se Dworkin reclama que a abordagem pragmática de Posner não fornece critérios ou qualquer tipo de orientação mais precisa para o juiz ao não estabelecer os fins a serem perseguidos ou valores a serem protegidos, Posner poderia responder à tal crítica replicando a penúltima frase que consta no “sumário” de Nussbaum (exposto anteriormente): “Aristóteles aceitaria de bom grado essa acusação: ‘toda consideração de assuntos práticos deve ser vazada em linhas gerais e não com precisão’”.

Se por “inteligência como uma corrente de água” entende-se moralidade como flexível às circunstâncias temporais, espaciais, materiais, o pragmatismo cumpre essa exigência ao acreditar somente na “verdade com ‘v’ minúsculo”.

Contudo, se por “dialética (*given and received*)” entende-se um processo de raciocínio deliberativo em que o sujeito, apesar de não pretender chegar a verdades demonstráveis, consegue chegar em respostas “plausíveis”, começamos a ter problemas para enquadrar o pragmatismo.

Ocorre que Posner “desdenha” da teoria moral pelo fato de não ser possível chegar a um “consenso absoluto” sobre qual seria a resposta moralmente correta em relação a “dilemas morais”, que seriam justamente aqueles em que a “teoria moral” arroga-se necessária para resolver. Contudo, ao fazer isso, ele recai no mesmo “pecado” cometido pelos platônicos: exigir, da racionalidade, nada menos que a “perfeição” (consenso universal).

Esse é um dos pontos de crítica que Nussbaum faz aos céticos (de forma geral): eles incorreriam no equívoco de considerar que todas as crenças divergentes possuem igual valor racional e devem, portanto, ser contabilizadas como divergências justificadas. Todavia, as

crenças podem tem várias “origens”: religião; desinformação; experiência; reflexão etc. Nesse caso,

Todas as convicções parecem iguais para o cético apenas pelo fato de ele já ter desistido da distinção entre boas razões e meras causas. (...). Ora, a despeito de nós, raramente, talvez nunca, alcançarmos um acordo universal sobre questões normativas, somos capazes, na grande maioria dos casos, de decidir que isto é melhor do que aquilo, que isto é bom e aquilo é ruim.³⁷⁶

Contudo, Posner não defende que todas as afirmações morais possuam o mesmo valor e que não seja possível chegar em “respostas plausíveis” em nenhuma situação. Em alguns casos, será possível obter tal resposta, especialmente se a sociedade for eticamente homogênea. Contudo, existem situações em que nenhuma argumentação teoricamente refletida poderia ser capaz de alcançar um nível tal de “concordância” a ponto de alguém poder dizer, legitimamente, qual seria a resposta correta.

Nesse ponto, o argumento de Posner é muito semelhante ao argumento construído pela própria Nussbaum em relação à existência de “escolhas trágicas”. Como já foi explicado, “as escolhas trágicas” ocorreriam diante de um conflito de lealdade que não pode ser satisfatoriamente resolvido: em qualquer hipótese, o sujeito irá violar um compromisso de lealdade (um dever moral), o que significa que, em qualquer hipótese, o sujeito irá “dar uma resposta errada”, já que não existiria “resposta certa”.

Portanto, Nussbaum não pode estar realmente incomodada simplesmente pelo fato de Posner negar que a teoria moral possa auxiliar o sujeito a chegar em uma “resposta correta” nos casos moralmente conflituosos. Ora, ela própria afirma que, diante de determinados conflitos de lealdade, *nada* poderá auxiliar o sujeito a chegar pelo menos em uma “resposta plausível” (considerada aquele como a que possibilitará o sujeito dormir em paz com sua consciência). Nesse caso, o que poderia, realmente, a estar incomodando na abordagem de Posner?

O último adjetivo atribuído à abordagem aristotélica pode explicar.

“Senso de comunidade”. O que isso significa? Significa que a razão prática, na abordagem aristotélica está teleologicamente orientada para a felicidade humana que, por sua vez, só pode ser plenamente alcançada em comunidade e a partir da comunidade. Isso

³⁷⁶ NUSSBAUM, Martha. Skepticism about practical reason in literature and the law. *Idem*. P.733. Tradução nossa.

significa que o indivíduo que não submete suas crenças à deliberação com atenção ao contexto comunitário não poderá “moralizar” sua ação³⁷⁷.

É essa a crítica desenvolvida por Nussbaum em “*Still worthy of praise*” (1998). Nesse texto, a autora faz uma resenha de “*The Problematics of Moral and Legal Theory*” – o principal texto de “ataque” de Posner ao moralismo acadêmico – afirmando, logo no começo, que os comentários de Posner sobre a teoria moral são uma “ocasião para tristeza”. Ao rejeitar qualquer papel para a teoria moral na construção de uma vida ética, Posner estaria se afastando de qualquer compromisso com a moralidade (ou com qualquer outra coisa, na verdade), uma vez que a moral não é “dada” pela natureza, mas apreendida por meio da deliberação ética. Desse modo, Nussbaum diz que “ler as lições de Richard Posner sobre Holmes é como ler os tratados de Hume, mas com Hume removido deles”, ou seja, removendo-se a gentileza, agradabilidade e encantamento pela complexidade humana que tanto caracterizavam a personalidade de Hume.

Isso significa que Nussbaum, assim como Dworkin, coloca a “rejeição à teoria moral” como ponto central de sua crítica ao pragmatismo. Para Nussbaum, a teoria moral é um meio de dignificar o ser humano, ou melhor, de possibilitar uma passagem do indivíduo

³⁷⁷ Podemos visualizar crítica semelhante feita por Tamanaha. O autor constrói um argumento de que as concepções instrumentalistas contemporâneas teriam perdido o referencial ético comunitário que estava presente nas concepções instrumentalistas clássicas. Isso ocorreu, na visão de Tamanaha por uma “união” ocasional entre o instrumentalismo e o relativismo axiológico que penetrou no cenário acadêmico e político a partir da década de 90. Em suas palavras: “Jhering imaginava uma sociedade suficientemente coesa com leis que refletiam tal coesão, interpretando que as incessantes lutas de interesses teriam um caráter positivo, pois serviriam como um motor de mudança legal saudável. Dewey acreditava que os fins sociais adequadamente perseguidos pela lei poderiam ser identificados pelo bom senso e com a ajuda das ciências sociais. Pound e a maioria dos realistas jurídicos estavam seguros de que poderiam encontrar equilíbrios benéficos entre interesses concorrentes ou que os fins sociais ideais poderiam ser alcançados pelo direito. A diferença crítica entre então e agora não está na existência de conflitos entre grupos, que também estavam presentes em alto grau no final do século XIX. A diferença crítica é que, no período intermediário, a fé na existência de propósitos sociais comuns, ou em nossa capacidade coletiva de concordar com eles, se desintegrou progressivamente. Este é o ponto chave. A noção de que o direito é um instrumento foi defendida por seus primeiros proponentes em uma proposição integrada de duas partes: O direito é um instrumento para servir ao bem social. A reviravolta crucial é que, no decorrer do século XX, a primeira metade dessa proposição varreu a cultura jurídica, enquanto a segunda metade se tornou cada vez mais insustentável. À medida que o século avançava, a penetração aparentemente inexorável do relativismo moral, combinada com a multiplicação de grupos perseguindo agressivamente suas próprias agendas, convencidos da justiça de suas reivindicações, feriu profundamente a noção de um bem social compartilhado Em vez de representar um meio de promover o bem-estar público, a lei está se tornando um meio puro e simples, com os fins disponíveis para qualquer coisa.” *Op. cit.* P.4. Tradução nossa. Remetemos também à crítica de Castanheira Neves ao “funcionalismo jurídico”, corrente do pensamento jurídico em que a análise econômica do direito estaria encaixada, sendo as outras duas correntes seriam, na classificação do autor, o “normativismo” e o “jurisprudencialismo”. Entendemos que o que Tamanaha chama de “instrumentalismo” assemelha-se ao que Castanheira Neves chama de “funcionalismo”. Ver: NEVES, Castanheira. “Entre o Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, vol. LXXIV.

como animal puramente biológico, para um indivíduo verdadeiramente ético. Na abordagem pragmática de Posner, a rejeição da reflexão moral nos condenaria a uma condição “sub humana”, tal qual Hécuba no final da tragédia.

Isso nos leva a uma segunda diferença entre as abordagens aristotélica e pragmática. Tal diferença diz respeito ao papel que as emoções desempenham no raciocínio jurídico.

Na abordagem aristotélica, as emoções, apesar de serem fundamentais para a razão prática, precisariam ser “refletidas” para que não consistissem em simples repulsas estéticas. É por isso que Nussbaum rejeita que juízos sejam feitos com bases em sentimentos estéticos, tais como nojo e repulsa. A reflexão moral nos ajudaria a distinguir em quais situações tais sentimentos consistiriam apenas manifestações de nossa “repulsa” à nossa própria vulnerabilidade biológica, ou em quais situações haveria, de fato, uma interferência na esfera jurídica de terceiros. Posner, por outro lado, inclui, dentro do seu rol de “sentimentos morais”, alguns sentimentos que, na verdade, seriam classificados como “estéticos” por Nussbaum, e não como “morais”³⁷⁸. Voltaremos ao problema dos “sentimentos estéticos” no próximo subtópico.

Mas ainda há uma segunda implicação na crítica de Nussbaum a Posner. Quando Nussbaum diz que a rejeição da reflexão moral implica um afastamento dos compromissos com a moralidade, ela não está se referindo apenas ao fato de que a moralidade é construída por meio da deliberação ética. Pelo que entendemos, ela também está referindo ao fato de que a rejeição da reflexão moral implica em uma falta de compromisso com valores (ou, em linguagem dworkiniana, com os “direitos”). Em última análise, a rejeição da reflexão moral implicaria em uma falta de compromisso com a própria *Eudaimonia*.

Nesse ponto, fica claro “o que falta” (pelo menos aos olhos de Nussbaum) na abordagem pragmática: crença e comprometimento (*belief and commitment*). São essas “posturas” que darão substância à abordagem aristotélica e que não “permitirão” que tal abordagem se torne uma proposta vazia de normatividade. Ora, a racionalidade de meios e fins pode até ser “vazada em linhas gerais”, mas o que a impede de ser tornar uma “racionalidade sem razão” (na expressão de Ronaldo Porto) é a referência a um *télos* de realização do ser humano.

Contudo, quando Posner diz que o pragmatismo busca a “melhor decisão”, ou a “decisão que funciona”, não estaria implícito um “*télos*” semelhante ao da abordagem aristotélica (*Eudaimonia*)?

³⁷⁸ Como já mencionado no tópico 2.3.3, ele usa o termo “*distasteful*”.

Não, pois, lembre-se novamente, Posner não confere qualquer utilidade à teoria moral, afirmando que esta é “inútil” por não “convencer ninguém”. Porém, a reflexão moral não teria como objetivo simplesmente “convencer alguém”, nem mesmo “convencer-se a si próprio”, mas sim “dignificar” o próprio sujeito que delibera.

Nesse momento, conseguimos realmente compreender Dworkin quando ele disse que as pessoas recorrem à teoria moral desejando uma “inspiração” sobre “como viver suas próprias vidas” e como viver em comunidade.³⁷⁹ A “utilidade” da teoria moral não reside na sua capacidade ou não capacidade de gerar efeitos diretos e imediatos de convencimento, como reputa Posner. Reside, sim, na “manutenção” do compromisso ético feito por um indivíduo com o “bem”. O que é o “bem”? A reflexão moral realmente não poderá afirmar com precisão. Mas é ela que nos impulsiona a não desistir de buscá-lo.

Tendo estabelecido que “o que falta” no pragmatismo de Posner é crença e comprometimento, resta uma dúvida: *por que* faltou crença e comprometimento?

A continuidade da narrativa de Dark pode nos apresentar uma hipótese: Martha, nossa coprotagonista responsável por fornecer um lampejo de razão prática à Jonas, é corrompida por Eva e “perde” suas crenças e comprometimentos, suspendo seus compromissos com a vida ética. Se compreendermos por que Martha é corrompida, podemos compreender porque Posner-pragmático torna-se cada vez mais cético em relação à teoria moral.

5.2.3 Posner-econômico é Jonas, Posner-pragmático é Eva

Retomamos a narrativa do ponto onde havíamos deixado: Martha e Jonas concebem um filho, mas eles ainda não sabem disso. Os jovens continuam a executar o plano de Eva quando, em determinado momento, Jonas se dá conta de que os atos que eles estão praticando – aquela precisa cena – representa uma circularidade temporal. Ele deduz, então, que o plano de Eva não os está levando a impedir o apocalipse, mas a concretizá-lo. Assim, ele e Martha decidem confrontar Eva para entender realmente quais são suas intenções. As coisas, contudo, dão terrivelmente errado. Diante dos jovens, Eva confessa que sua intenção nunca foi impedir o apocalipse, mas garantir que “tudo permanecesse a ocorrer da forma como sempre ocorreu”, de forma a *preservar* – em vez de interromper – o *loop* temporal que culmina na destruição

³⁷⁹ *Idem.* P.83.

dos dois mundos. Além disso, era chegada a hora de “se despedir” de Jonas, pois o papel dele na trama do apocalipse já havia chegado ao final.

Nesse momento, surge, por uma das portas do saguão, *outra* Martha (sim, a terceira Martha). Ela carrega uma cicatriz de corte no rosto que, pela cor, é bastante recente. Martha-com-Cicatriz – vamos chamá-la assim – está levemente trêmula, e olha para Jonas com pesar. Então, ela estende uma arma e atira no peito do jovem.

Jonas cai no chão, amparado por Martha (a que não tem uma cicatriz). A cena é quase uma repetição daquela em que Adam mata Martha-Original. Mas, dessa vez, é Jonas quem está morrendo, e é Martha quem está desesperada. Dessa vez, é ela quem promete para Jonas: “eu irei consertar tudo”.

Todavia, ela está parcialmente enganada. Pois, ao contrário de Jonas, Martha está fadada, em um dos seus “destinos”, a *desistir* de “consertar tudo”. “Desistir de Jonas” representa, para Martha, desistir da “esperança” de que as coisas poderão ser resolvidas, ou seja, de que poderá haver um jeito de romper-se com o *loop* temporal, impedir-se os apocalipses nos dois mundos e evitar-se a tragédia que se abate sobre as duas versões de Winden. Martha não desiste propriamente da “vida”, em si. Ela desiste apenas de uma “vida melhor”, mais digna, mais nobre. Ela desiste da *Eudaimonia*.

Finalmente, quem é Eva? Eva é a versão envelhecida (e endurecida) de Martha, assim como Adam é a versão envelhecida e endurecida de Jonas. Eva se coloca como o oposto de Adam: enquanto ele quer a destruição da vida; ela quer a preservação da vida. Enquanto ele quer a escuridão, ela quer a luz; enquanto ele quer acabar com tempo, ela quer preservar o tempo. Contudo, o seu “conceito” de luz é um pouco distorcido: implica em aceitar, passivamente, ciclos perpétuos de apocalipse.

Mas por que Eva quer reviver, continuamente, a destruição do mundo por meio dos dois apocalipses? Porque, ela diz, isso é necessário para garantir a própria existência da “vida”. Explica-se.

Ocorre que a concepção do filho de Jonas e Martha – fruto de dois “mundos” diferentes – seria o que, supostamente, teria dado origem ao entrelaçamento quântico entre passado, presente e futuro. Mais que isso, a concepção também teria dado origem a um entrelaçamento entre os dois mundos. É por isso que os mundos de Adam e Eva estão em constante disputa, e é porque isso que Jonas e Martha estão em constante reencontro. A criança é a “falha na matrix”, o “pecado original”, aquilo que acarreta o *loop* temporal de perpetuação do sofrimento.

Quando Adam “percebe” esse fato, ele traça o seu plano: destruir o que seria o “pecado original” para desfazer o nó quântico que uniria “Winden Original” e “Winden Alternativa”. O problema, com isso, é que o “desfazimento” do nó provavelmente acabaria por destruir a própria existência dos dois mundos, que talvez só possam existir a partir do entrelaçamento quântico. Ora, a cadeia de evento que leva aos apocalipses é exatamente a cadeia de eventos que dará *origem* aos dois mundos (lembre-se que Jonas e Martha só concebem o filho após o apocalipse na Winden Original), o que significa que interromper o apocalipse, em quaisquer dos mundos, poderá acarretar na aniquilação destes. Assim, na visão de Eva, manter o ciclo de destruição é o único jeito de se manter a própria existência da vida – na verdade, a existência da própria existência.

Então, Eva apresenta-se como oposição à Adam no seguinte sentido: enquanto aquele, diante da imperfeição da vida, quer aniquilar a sua própria existência, Eva prefere permanecer em uma vida ruim, imperfeita, insatisfatória porque não acredita que exista um meio de sair do ciclo apocalíptico.

A questão é: Eva sabe que Jonas nunca desistirá de “tentar” consertar as coisas e que, nessa tentativa de controlar a fortuna, ele sofrerá tanto que se tornará Adam. Do sofrimento, virá a destruição. Martha, ao iniciar sua corrupção em Eva, decide adotar a estratégia oposta: em vez de tentar evitar o sofrimento por meio do controle da fortuna, tentará evitar o sofrimento livrando-se de qualquer expectativa de que possa existir uma saída do *loop* temporal. Enquanto Adam busca uma saída do sofrimento, ainda que por meio da destruição, Eva conforma-se com o destino de sofrimento que pesa sobre todos.

Isso não pode ser entendido com uma entrega ou uma abertura à *týkhe*, pois, como ensina Nussbaum, a vulnerabilidade reside em valorizar esse algo, comprometer-se com esse algo e, daí, arriscar-se a perdê-lo.

Mas Eva não é assim. Eva “suspende” todos seus compromissos morais e assim, paradoxalmente, se fecha para a vida. Ela se comporta exatamente como Pirro, o cético que, para evitar o tormento de ter que se comprometer com escolhas morais, decide se desapegar completamente de qualquer crença normativa, o que resulta em uma inação diante do sofrimento. Assim como Pirro não se mobiliza para ajudar o colega que caiu em pântano³⁸⁰, Eva não se mobiliza para ajudar as pessoas que irão ser incineradas com a explosão nuclear.

³⁸⁰ Determinado dia, um colega de Pirro, Anaxarco, caiu em um pântano. Embora Pirro o tenha visto se debater, seguiu em frente sem ajudar. Quando outros criticaram Pirro por isso, o próprio Anaxarco teria elogiado a falta de compromisso normativo de Pirro e sua capacidade de não se perturbar com emoções. A história é narrada por Nussbaum, em “*Skepticism about practical reason in literature and the law*”.

Assim como Pirro deseja se manter muito calmo diante das situações trágicas³⁸¹, Eva aparenta, o tempo inteiro, estar em tranqüila diante do destino. Mas essa “calma”, na verdade, traduz-se mais como “apatia” do que como “plenitude”, pois, parece-nos que, no fundo, o cético está simplesmente “anestesiado”³⁸².

Nussbaum explica como esse processo de “anestesia” ocorreria recorrendo a uma narrativa fictícia em que uma personagem chamada Nikideon – cujas características de pensamento e crenças assemelham-se a de um “aristotélico” – é “quase corrompida” por um professor cético por meio de um processo argumentativo que “fragiliza” as crenças de Nikideon na própria existência da moralidade.

Para compreender esse “processo”, deve-se ter em mente que o ceticismo é uma “habilidade”, e não uma crença, já que a “habilidade” desenvolvida pelo cético é justamente uma “suspensão de comprometimento” (*suspension of commitment*) que o leva a um estado de ausência de perturbação (*freedom from disturbance*).

Para desenvolver tal habilidade, o “aspirante a cético” tem que entrar em uma espécie de “exaustão” argumentativa. Funciona assim: cada crença que o aspirante a cético possui será contraditada por outra, por qualquer meio possível, inclusive falácias. A oposição sistemática às suas crenças poderá resultar em um estado de “suspensão do comprometimento” (*epokhé*), definido como “uma paralisia da razão através da qual não negamos nem afirmamos nada.” Depois de atingido tal estado, a sensação de “ausência de perturbação” simplesmente “ocorre” ao cético³⁸³.

Por esse relato, percebe-se que não se nasce cético, torna-se cético. Mas para tornar-se cético, é preciso, primeiro, que a pessoa seja o “oposto” do cético. É preciso que a pessoa possua crenças e “se comprometa” não apenas com valores e objetivos, mas também com a deliberação ética como meio de estabelecê-los e “corrigi-los”. É preciso que a pessoa esteja

³⁸¹ Determinado dia, Pirro estava no convés de um navio no mar quando veio uma tempestade. Outros passageiros teriam começado a correr, ansiosos. Enquanto isso, no convés do navio, um porco continuou comendo tranqüilamente em seu cocho. Ao ver a cena, Pirro aponta para o porco diz: “A pessoa sábia deve viver exatamente com essa liberdade de perturbações.”

³⁸² O termo “paralisia” é frequentemente associado ao ceticismo antigo por seus críticos.

³⁸³ “Começando a filosofar com a ideia de separar as impressões e apreender as verdadeiras das falsas, para ficar livre de perturbações, ele cai em um desacordo com igual peso dos dois lados. Não sendo capaz de resolver isso, ele suspendeu o julgamento: e como estava suspendendo o julgamento, seguiu-se, como acabou de acontecer, a ausência de perturbação na esfera da crença ... A experiência do cético é, de fato, a mesma relatada pelo pintor Apelles. Pois dizem que, enquanto pintava um cavalo e tentava representar a espuma de sua pelagem, sem sucesso, em determinado momento ele desistiu e atirou no quadro a esponja com a qual havia limpado as tintas do pincel. E a esponja fez o efeito da espuma do cavalo. Da mesma forma, os céticos costumavam esperar livrar-se da perturbação por meio da classificação das discrepâncias em impressões e pensamentos; mas provando-se incapazes de fazer isso, eles suspendem o comprometimento. E ao suspender, a ausência de perturbação, como que por acaso, o segue como uma sombra segue um corpo”. VER: NUSSBAUM, Martha. *Skepticism about practical reason in literature and law*. *Op.cit.* Tradução nossa.

genuinamente preocupada com o “bem” (aqui entendido como o critério para a ação adequada) e possua uma disposição para a reflexão e uma abertura à mudança de pensamento. Em outras palavras, é preciso que a pessoa já se apresente, em algum grau, como um aristotélico que busca agir de maneira adequada por meio da racionalidade prática. É por isso que sugerimos que Eva é a forma corrompida de Martha, enquanto Adam é a forma corrompida de Jonas: enquanto o platônico torna-se cético quando “se frustra” diante do fato de não conseguir controlar as contingências da maneira que gostaria, o aristotélico se torna um cético quando fica “exausto” da deliberação.

Pode ser um círculo vicioso: o aristotélico, percebendo os conflitos práticos entre os valores e objetivos que precisam ser conciliados de algum modo, tentará resolver as “contradições e incertezas preocupantes” para tomar uma decisão adequada. A mera deliberação mental já é suficiente para gerar certa ansiedade. A percepção da ansiedade levará o aristotélico a esforçar-se ainda mais da deliberação, agora para “resolver” sua angústia. Com isso, a angústia apenas aumentará, pois mais argumentos serão colocados e mais contradições aparecerão. O círculo vicioso só terá fim no momento em que a pessoa seja alcançada pela *epokhé*. Nesse momento, o mundo ficará como em “suspensão”, o tempo ficará parado. A pessoa nem acreditará, nem rejeitará qualquer afirmação. E, apenas então, alcançará o objetivo inicial: livrar-se da angústia. Tornar-se-á, então, um cético em sentido antigo, suspendendo todos seus crença e comprometimento e alcançando a “calma” – ou a anestesia.

Nesse caso, Posner-pragmático poderia ter se tornado um cético, como resultado de uma “suspensão de comprometimento” oriunda do constante questionamento de suas crenças? Essa é a nossa terceira chave de leitura: “Posner-econômico é Jonas, Posner-econômico é Eva” ou apenas “chave de leitura 3”.

Há um elemento bastante favorável a tal chave de leitura: o fato de Posner-pragmático ter sido enquadrado como ceticista (no sentido antigo) por Nussbaum em “*Still worthy praise*” (1998). A autora diz:

Eu tentarei definir qual é realmente a própria visão dele e mostrar o quanto a crítica que ele faz à teoria moral é semelhante a estratégias bastante conhecidas (e desacreditadas) usadas pelos céticos da Grécia Antiga e pelos pós-modernistas contemporâneos.³⁸⁴

³⁸⁴ NUSSBAUM, Martha. *Still Worthy of Praise*. *Op. Cit.* P. 1776.

Já vimos, no tópico anterior, que o que “falta” para Posner é justamente o que Nussbaum chama de “crença e comprometimento”. Todavia, Posner teria dito, em várias passagens, que acredita na moral. Isso não contaria como “crença e comprometimento?”

Não propriamente, pois a “moral” que Posner descreve é misto de senso comum irrefletido (que ele entende como “jogo de linguagem”) e instintos biológicos (o que inclui estratégias de cooperação para sobrevivência).

A noção de “jogo de linguagem” acaba sendo mal compreendida por Posner no momento em que ele parece supor que o “jogo de linguagem” irá determinar a compreensão do sujeito como se fosse uma espécie de grande código computacional que simplesmente fosse replicado na cognição de cada sujeito (uma espécie de “carimbo”). Nesse ponto, vemos o que “jogo de linguagem” de Posner aproxima-se mais do que seria a linguagem profissional dos ceticistas (tipo Fish) do que da compreensão de que a linguagem é condição e meio para o exercício da prática argumentativa que possibilita a construção da moral.

Já as emoções instintivas (incluindo o que ele chama de “intuição”) também não constituíram os compromissos morais necessários à abordagem aristotélica. Ora, “instintos” são nem morais, nem imorais, mas apenas dados da natureza. A forma como decidimos lidar com tais instintos é que poderá ser classificada como “moral” ou “imoral”. É por isso que, enquanto Posner admite as “emoções estéticas”, Nussbaum rejeita que estas tenha qualquer papel na razão prática, pois tais emoções não teriam passado pelo *moral reasoning*, e, portanto, não adquirem *status* de crenças morais.

A real diferença entre uma coisa e a outra pode ser visualizada no tratamento que Eva confere ao seu filho.

Estamos nos aproximando do fim da história, então vamos retomá-la do ponto em que paramos: Martha-com-Cicatriz mata Jonas, aparentemente sob as ordens de Eva, deixando a outra Martha (a “nossa” Martha aristotélica) em choque. Obviamente, nesse ponto da história, o espectador já não está mais entendendo nada. Jonas morreu? Se Jonas morreu, como ele envelhece para se tornar Adam?

Ocorre que, afinal, também existe uma “versão alternativa” de Jonas, que é criada a partir de uma subdivisão na linha temporal de “Windem Original” ocorrida no apocalipse. Vamos entender como isso foi possível.

Lembramos que, no dia do apocalipse, Jonas foi salvo por Martha (que, naquele momento, ainda chamávamos de “Martha-Alternativa”) e levado para Windem Alternativa. O que não sabíamos, naquele momento, é que no exato momento do apocalipse, a energia liberada pela explosão fez com que o tempo “parasse” por uma fração de segundo em Windem

Original. Com isso, Eva conseguiu encontrar uma “brecha” no espaço-tempo que a permitiu bifurcar “o destino” em dois caminhos.

Em um dos caminhos, Martha salvou Jonas e o levou à Winden Alternativa. Esse foi o caminho que seguimos até agora. Todavia, no outro caminho, Eva (por meio de um dos seus seguidores da *Erit Lux*) convenceu Martha a não salvar Jonas, que acabou sendo salvo por outro personagem. Esse é o Jonas que se transformará em Adam – o Jonas que nunca chegou a conhecer Martha-Alternativa e, portanto, nunca chegou a “entrar em contato” com seu lado aristotélico. O outro Jonas, aquele que foi assassinado por Martha-com-Cicatriz, era o Jonas em que estava se dirigindo a uma concepção de razão prática ao “fundir-se” com Martha, mas teve seu “processo” interrompido a mando de Eva.

Martha que salva Jonas e o leva à Winden Alternativa é a Martha que ainda está comprometida com seus valores e com reflexão prática. Martha que não salva Jonas do apocalipse é aquela que segue para o lado de Eva, sendo marcada com uma cicatriz no rosto e, posteriormente, assassinando Jonas. Por uma questão de paradoxal temporal, ambas as “Marthas” (a que tem uma cicatriz e a que não tem uma cicatriz) estão grávidas de Jonas. Martha-com-Cicatriz, contudo, irá “desistir” de Jonas, desistir da moralidade, desistir da *Eudaimonia* e tornar-se Eva. Martha-sem-Cicatriz (a que não desistiu), em pouco tempo, irá morrer (também) pelas mãos de Adam.

Ocorre que, como já foi mencionado, Adam tem um “plano” para desatamento do nó quântico. Ele acredita que, se “destruir” o “pecado original”, irá corrigir a “falha na matrix” e romper o ciclo. Adam, então, utiliza a matéria escura chamada “partícula de Deus” (a matéria que dá origem ao apocalipse e que alimenta os dispositivos de viagem no tempo) para incinerar Martha-sem-Cicatriz (que já carrega em seu ventre o filho de Jonas).

O plano falha justamente porque Eva já teria usado a “brecha temporal” para subdividir a linha do tempo em Winden Original e criar uma terceira versão de Martha (a Martha-com-Cicatriz), que teria ficado “a salvo” de Adam. De modo, Adam não consegue “destruir” o pecado original em nenhuma das milhares de repetições do ciclo.

Três versões de Martha, duas versões de Jonas, um Adam e uma Eva: todos se influenciam reciprocamente, mantendo o entrelaçamento temporal e dimensional aparentemente inquebrável.

Todavia, uma pergunta ainda resta: *por que*, afinal, Martha “desiste” de Jonas?

Ocorre que descobrimos, já no último episódio, que Eva aproveita a brecha temporal para contar a Martha (a “terceira versão” de Martha) que ela está grávida e que a criança é, justamente, o que dá origem ao nó. Desse modo, a única forma de se manter a existência do

seu futuro filho é mantendo-se o ciclo apocalíptico intacto. Para isso, Jonas têm que morrer, de modo que o “outro Jonas” se torne Adam e tudo permaneça do jeito que sempre foi. Por isso, nossa terceira versão da Martha “desiste” da *Eudaimonia*: entre uma vida moral, e a existência do filho, ela opta pelo filho.

Percebemos, então, que Martha fez uma *escolha*, em vez de ter sido “simplesmente” “arrebataada” por uma “ausência de perturbação” após um intenso processo de questionamento de suas próprias crenças.

Isso pode ser compreendido como uma “falha” no enquadramento de Eva como o arquétipo do ceticismo antigo? Não propriamente. Por um lado, o ceticismo antigo era compreendido justamente como uma técnica para que a pessoa pudesse obter um estado de espírito “calmo”. Por outro lado, o mero de Martha ter optado pelo “filho” não implica que ela tenha “comprometimento” com alguma coisa. Ora, como já vimos, há uma diferença entre “sentimentos estéticos” ou “instintos”, de um lado, e “crenças morais”, do outro.

Os instintos maternos de Martha/Eva, por não terem sido objeto de deliberação racional, acarretaram, na verdade, uma espécie de atribuição de “sub humanidade” ao seu filho: ela sequer dá nome à criança e o usa como seu “capanga número 1”. O filho de Eva não fala, não chora, não sorri, não tem relações amorosas, não vive. Eva, todavia, não parece se importar com o tipo de vida que o filho leva, contando que ele esteja “vivo”.

E é isso que diferencia a abordagem pragmática posneriana de uma abordagem autenticamente aristotélica: aquela, parece entender que a “vida pela vida” (darwinianamente falando) é suficiente. Essa, não busca a “vida pela vida”, mas a “vida pela felicidade”. Aquela, nos trata, em algum aspecto, primordialmente como seres biológicos; essa nos trata como seres éticos. Aquela, entende que o “que funciona” é qualquer coisa que “funcione” para incrementar nossa capacidade de sobrevivência. Esta, entende que a moralidade não diz respeito à sobrevivência, mas ao que vem *depois* da sobrevivência: a vida.

Nesse ponto, o “evolucionismo moral” que subjaz ao pragmatismo pode ser realmente incompatível com a razão prática caso seja entendido que tal concepção é assumida como uma falácia naturalística (tópico 3.1.3).

Posner-pragmático, então, é Eva? Talvez. De fato, a descrição simples que Popkin faz do ceticismo antigo é bastante similar a postura “evasiva” do pragmatismo não ortodoxo em relação às perguntas “difíceis” da filosofia.

Os pirrônicos consideraram que tanto os dogmáticos quanto os acadêmicos afirmaram demais, um grupo dizendo "Algo pode ser conhecido", o outro

dizendo "Nada pode ser conhecido". Em vez disso, os pirrônicos propuseram suspender o julgamento de todas as questões sobre as quais parecia haver evidências conflitantes, incluindo a questão de saber se algo poderia ou não ser conhecido.³⁸⁵

Mas há ainda algo incômodo nesse enquadramento: é que, como vimos no tópico 3.2.1, Fish, que admite expressamente sua simpatia pelo pirronismo, critica o pragmatismo de Posner porque este ainda seria muito “normativo”. A visão de Fish está correta, não no que diz respeito ao tom negativo que ele embute nessa crítica, mas no que diz respeito ao fato de que o pragmatismo de Posner permanece “comprometido” com “algo”.

O que seria esse “algo”? “Eficiência!”, “utilitarismo tecnológico!”, dizem os dworkinianos. Se for, já conta como “comprometimento”. Afinal, o utilitarismo não deixa de ser uma posição ética. Nós diremos, de maneira propositalmente vaga, que o pragmatismo de Posner está comprometido com “o que funciona”. Funciona para que? Para tornar “as coisas melhores”. Em que consistiria “o melhor”? É isso que iremos ver no próximo tópico.

5.2.4 Posner é Cláudia

Nos tópicos anteriores, testamos três hipóteses que poderiam nos ajudar a compreender o pensamento de Posner. Não conseguimos nos convencer por qualquer uma. Posner-econômico pode ser enquadrado – com alguns “ajustes” – ao arquétipo da razão teórica (platônica). Todavia, Posner-pragmático não se enquadra “suficientemente” nem como cético (em sentido antigo e moderno), nem como aristotélico. Posner-pragmático não é nem Adam, nem Martha, nem Eva. Quem é Posner, então?

Posner é Cláudia.

Mas quem é Cláudia?

Cláudia é a pessoa que, afinal, consegue romper o ciclo apocalíptico em *Dark*, permitindo que a tragédia tenha um “final feliz” – ainda que, na verdade, seja apenas um final *parcialmente* feliz.

5.2.4.1 Quem é Cláudia

³⁸⁵ POPKIN, Richard. *The History of Skepticism. From Savonarola to Bayle*. Revised and expanded edition. New York: Oxford University Press, 2003. P. xviii. Tradução nossa.

Deixamos a narrativa no ponto em que o paradoxo temporal e interdimensional parecia não ter saída. Na briga entre platônicos, aristotélicos e céticos, o mundo permanecia exatamente igual e nenhuma “melhora” significativa poderia ocorrer dentro do paradoxo.

Existe, todavia, uma quinta personagem cuja presença foi omitida até agora e que representa o arquétipo do “pragmatismo do cotidiano” de Posner. Vamos conhecê-la.

Cláudia é a diretora da usina nuclear cuja explosão ocasiona o apocalipse em Winden. A narrativa acompanha seu crescimento e envelhecimento ao longo de várias décadas, o que nos permitir conhecê-la desde criança até a velhice.

Da sua infância até a maturidade (alcançada na década de 80), Cláudia destaca-se por seu extraordinário potencial intelectual para ciências exatas e naturais, por seu “foco” nos estudos/carreira profissional e pela sua capacidade de liderar grandes empreendimentos (como a usina nuclear). Ao mesmo tempo, ela é emocionalmente fechada, reta, rígida e “implacável”: não tem tempo para dramas românticos (sequer os compreende bem), não tem paciência para os problemas de alcoolismo do pai, não supre as necessidades emocionais da filha adolescente, Regina. Cláudia, ao longo de sua “primeira fase”, é o arquétipo “perfeito” do homem-econômico de Robin West.

Todavia, em 1987, momento em que a personagem está entrando no que seria o auge da sua carreira, um evento modifica radicalmente sua visão sobre o mundo: Cláudia descobre, nas cavernas próxima à usina, o dispositivo de viagem no tempo. Assim, ela realiza sua primeira viagem, “aterrissando” em 2020. De longe, ela reconhece sua filha, Regina, que em 2020 já é uma mulher adulta. Quando Regina retira o lenço que está a cobrir sua cabeça, revelando sua perda massiva de cabelo, Cláudia percebe que sua filha está com câncer (já em estágio terminal) e “desaba” em lágrimas. Fica implícito que Cláudia “se culpa” pelo câncer de sua filha, pois, em razão do seu trabalho, as duas viviam muito próxima à usina de onde escapava material radioativo. Desse modo, ao retornar para 1987, ela terá uma nova “meta” de vida: encontrar uma forma de “salvar” Regina de tal fatalidade. Nesse momento, inicia-se uma “segunda fase” na narrativa de Cláudia.

Cláudia tornar-se-á uma das “viajantes no tempo”, assim como os seguidores da *Sic Mundus* e da *Erit Lux*. Por um tempo, ela irá se aliar à Eva (a ceticista pirrônica), acreditando que, por meio dessa aliança, conseguirá alcançar suas metas. Após algum tempo, todavia, perceberá que Eva possui uma visão limitada dos eventos e, assim, decidirá iniciar seu “próprio percurso”. Ela passará a desempenhar vários papéis na trama, aliando-se ora à Adam, ora à Eva, ora à Jonas e à Martha. Todavia, o projeto de Cláudia será “independente”: ela irá

trabalhar por si própria para descobrir um caminho alternativo em que Regina não fique doente.

A estratégia de Cláudia é observar os eventos, coletar informações, armazenar tais informações e repassá-las às suas “versões mais jovens”, de modo a ir constantemente ampliando sua “base de dados” em eventos. A cada ciclo que se completa, Cláudia conseguirá obter algum mínimo progresso sobre o conhecimento que possui sobre o ciclo apocalíptico. Após centenas (ou milhares?) de repetições, ela conseguirá reunir informações suficientes para, com um salto intuitivo, perceber a verdadeira origem do entrelaçamento quântico e, finalmente, encontrar uma “versão” da história em que Regina não morre.

Ela sabe que, ao longo dos ciclos históricos, ela não poderá tentar alterar o destino por meio de “mudanças bruscas”. Não poderá, por exemplo, instruir sua versão mais jovem a simplesmente não assumir o cargo de direção da usina nuclear, pois sua atuação nesse cargo foi essencial para que ela pudesse descobrir uma forma de viajar no tempo. Então, ela traça um plano mais cauteloso: primeiro, precisa reunir informações sobre os eventos que compõem o ciclo apocalíptico – o máximo possível. Então, as pequenas mudanças ocorridas em cada novo ciclo servirão como “teste que irá empreender a cada novo ciclo como teste do tipo “tentativa e erro”. Cada novo ciclo que “der errado” (ou seja, em que Regina permanece adoecendo e o apocalipse continua a ocorrer) é um avanço no conhecimento, pois ela pode utilizar aquelas informações para alargar sua base de dados.

Assim como Eva, Cláudia é guiada por uma emoção não refletida, por um “instinto”, e não por uma moralidade oriunda da deliberação prática. Todavia, ao contrário do que vimos acontecer com Eva, Cláudia não irá sub humanizar a si própria ou às pessoas que estão à sua volta. Não que ela seja um exemplo de retidão moral kantiana (ninguém nessa série é, como podemos perceber). Para proteger sua filha, Cláudia será capaz de omitir socorro ao seu pai e de assassinar sua “versão alternativa”. Ainda assim, conseguimos “nos reconhecer” nessa “segunda fase” de Cláudia (a Cláudia que foi “tocada” pelo sentimento), o que já não acontece nem diante da “primeira fase” de Cláudia e nem diante de Eva.

Lembre-se, por exemplo, que Eva sequer coloca um nome no seu filho, o trata como se fosse um objeto e não parece sofrer nenhum conflito interno em relação às suas lealdades. Cláudia, por outro lado, torna-se cada vez mais “humanizada” ao longo de sua jornada, no sentido de que conseguimos reconhecer nossas próprias emoções, conflitos e atitudes na personagem, mesmo quando reputamos que (algumas) de suas escolhas são moralmente reprováveis. Em suma: os sentimentos morais irracionais (ou seja, não submetidos à reflexão moral) de Eva a tornam desconectada da “humanidade”. Os sentimentos morais irracionais de

Cláudia, todavia, a tornaram *mais* conectada à “humanidade” (a uma “face” humana). O que as distingue?

Resposta: o espírito “pragmático-científico” de Cláudia, que combina um grande domínio da *tékhne* (em ciências exatas e naturais) com uma disposição para agir no plano concreto e obter resultados concretos. Ou seja, a *tékhne* de Cláudia não é “contemplativa”: ela usa a razão teórica para modificar concretamente os aspectos do mundo que *podem* ser controlados. Desde criança, ela usa seu intelecto (no sentido de “*tékhne*”) para “resolver problemas” concretos. Com isso, diante da incerteza e da contingência, Cláudia não perde as esperanças de que ainda poderá encontrar uma forma de obter “progresso”, seja qual for seu objetivo. Eva, como vimos, desiste da mudança. Seu ceticismo torna-se uma força paralisante sobre o mundo, pois, ao perder seus compromissos morais com a “vida boa”, não lhe restou mais nada ao que se apegar para manter a “esperança”. Cláudia, por sua vez, não “paralisa” porque possui um instrumento (*tékhne*) que a permite ter fé de que sua ação poderá resultar em um estado de coisas “melhor”.

Desse modo, Posner-pragmático é como Cláudia, alguém que confia na razão teórica, e por isso embute no seu pragmatismo o recurso ao empirismo e ao conhecimento científico, de forma geral. Essa razão é realmente instrumental, possibilitando apenas que os juristas conheçam melhor as circunstâncias fáticas que estão ligadas aos conflitos jurídicos e as possíveis consequências que advirão daquela decisão, mas não fornecendo os “fins” ou “objetivos” que devam ser seguidos. Justamente por isso, não pudemos “encaixar” o pragmatismo como uma abordagem aristotélica e acabou nos parecendo que, em certo aspecto, o pragmatismo de Posner estaria próximo do ceticismo pirronista, representado por Eva, já que o agir humano, em ambas abordagens, é justificado por impulsos instintivos e por uma concepção equivocadamente “verificacionista” de “jogo de linguagem”.

Todavia, o “ceticismo” do pragmatismo posneriano não recai em uma “suspensão de comprometimento” que esvazia o agir humano de “fé” na possibilidade de “progresso” nas condições da vida boa, porque o pragmático, diante de um professor cético que passasse a fazer uma oposição sistemática de suas crenças, manteria os dois pés na realidade e não se “enrolaria” em circularidades abstratas. Lembre-se, com os pragmatistas clássicos, que qualquer abstração conceitual só é relevante se tiver implicações para o agir prático³⁸⁶.

³⁸⁶ Peirce, em “Como tornar claras nossas ideias”, defendia que um conceito deveria ser formulado em atenção aos seus efeitos práticos no mundo. James reforça tal compreensão na segunda conferência sobre o pragmatismo (“O que significa o pragmatismo”) por meio de uma estória bem humorada: “Alguns anos atrás, participando de uma festa campestre nas montanhas, retornava de uma perambulação solitária, quando encontrei a todos ocupados em uma feroz disputa metafísica. O corpus da disputa era um esquilo - um esquilo vivo que se supunha

Por exemplo, se o professor cético afirmasse algo como: “eu acho que a dor é melhor que a não-dor, pois a dor ativa as energias”; o pragmático posneriano não entraria em um debate sobre a moralidade ou imoralidade do masoquismo. Focaria, em vez disso, na última parte da afirmação e perguntaria; “onde estão os estudos científicos que dizem que a dor ativa as energias?” Se o professor cético aproveitasse a brecha para questionar a crença do pragmático na ciência (dizendo algo como, “estudos científicos não conseguem medir a dor

estar agarrado a um lado de uma árvore; enquanto do outro lado, oposto da árvore, imaginava-se estar um ser humano. Essa testemunha humana tenta ver o esquilo movendo-se rapidamente em torno da árvore, mas, não importa quão rápida se mova, o esquilo se movimenta também rapidamente na direção oposta, e sempre mantém a árvore entre si e o homem, de maneira que jamais o tem em vista. O problema metafísico resultante agora é este: O homem anda em torno do esquilo ou não? Ele anda em torno da árvore, certo, e o esquilo está na árvore; ele anda, porém, em torno do esquilo? Na ilimitada ociosidade da vastidão, a discussão não havia chegado a nenhuma conclusão. Todos tinham tomado partido, e obstinadamente; e o número de contendores em cada lado se igualava. Cada lado, quando apareci, portanto apelou para mim para fazer a maioria. Atento ao adágio escolástico de que sempre que se encontra uma contradição deve-se fazer uma distinção, imediatamente procurei e encontrei uma, como se segue. ‘O lado que está certo’, disse, vai depender do que se entende praticamente por ‘ir em torno’ do esquilo. Se se entende passar do norte dele para o leste, então para o sul, então para o oeste, e então para o norte dele de novo, é óbvio que o homem vai em torno dele, pois ocupa essas posições sucessivas. Se, porém, ao contrário, entende-se que primeiro está em frente a ele, então, à sua direita, então atrás, então à esquerda, e finalmente, de novo em frente dele, é completamente óbvio que o homem deixa de ir em torno do esquilo, pois, pelos movimentos compensadores que o esquilo faz, mantém o seu ventre voltado para o homem todo o tempo, e as suas costas voltadas para o lado oposto. Faça-se a distinção, e não haverá ocasião para qualquer disputa posterior. Os dois lados estão ao mesmo tempo certos e errados, de acordo com o que se conceba em relação à locução ‘ir em torno’, em um sentido prático ou em outro.” Embora um ou dois dos disputantes mais inflamados dissessem que minha resposta fora uma evasiva, argumentando que queriam não subterfúgios ou disputas escolásticas, mas uma definição honesta da expressão “em torno”, a maioria parecia pensar que a distinção havia decidido o debate. Narro este episódio banal porque é um exemplo peculiarmente simples do que desejo agora falar como sendo o método pragmático. O método pragmático é, primariamente, um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente. É o mundo um ou muitos? - predestinado ou livre? - material ou espiritual? - eis aqui noções, quaisquer das quais podem ou não ser verdadeiras para o mundo; e as disputas em relação a tais noções são intermináveis. O método pragmático nesses casos é tentar interpretar cada noção traçando as suas consequências práticas respectivas. Que diferença prática haveria para alguém se essa noção, de preferência àquela outra, fosse verdadeira? Se não pode ser traçada nenhuma diferença prática qualquer, 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... Estou acostumado a expor problemas às minhas classes nestes termos: sob que aspectos o mundo seria diferente se essa alternativa ou aquela fosse verdadeira? Se não posso achar nada que o tornasse diferente, então a alternativa não tem sentido.”... É espantoso de ver-se quantas e quantas disputas filosóficas dão em nada no momento em que as submetemos ao simples teste de traçar uma consequência concreta. Não pode haver nenhuma diferença em alguma parte que não faça uma diferença em outra parte - nenhuma diferença em matéria de verdade abstrata que não se expresse em uma diferença em fato concreto e em conduta consequente derivada desse fato e imposta sobre alguém, alguma coisa, em alguma parte e em algum tempo. Toda a função da filosofia deve ser a de achar que diferença definitiva fará para mim e você, em instantes definidos da nossa vida, se esta fórmula do mundo ou aquela outra for a verdadeira.” VER: PEIRCE, Charles S. Como tornar claras nossas ideias. **Collected Papers**. Universidade da Beira Interior V, pp. 388-410. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-peirce-how-to-make.pdf>>; JAMES, William. Pragmatismo. Segunda conferência. O que significa o pragmatismo. In: CIVITA, Victor (ed.). Os Pensadores. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1974, pp. 09-22. Mangabeira Unger, todavia, argumenta que esta compreensão de que o sentido de um conceito reside na diferença prática que aquela distinção conceitual acarreta, “falha em endereçar... tanto a distinção, quanto a relação entre a diferença que um conceito acarreta para nosso conhecimento de parte da realidade e a diferença que acarreta para nossos esforços de controlar e modificar nossa situação: entre nossas práticas teóricas ou contemplativas e nossas práticas políticas ou reconstrutivas.” VER: UNGER, Roberto Mangabeira. **The self awakened**. Pragmatism Unbound. Massachusetts: Harvard University Press, 2007. Tradução nossa.

de uma pessoa ou o seu nível de energia”), o pragmático recorreria ao empirismo do senso comum e beliscaria o braço do professor para ver se este ficaria, na prática, um pouco mais enérgico. Nesse ponto, o professor cético provavelmente perderia a paciência e diria “adeus”, pois, lembre-se, até os céuticos sentem dor.

Todavia, se Cláudia é “versada” na razão teórica (platônica), porque ela não acaba tendo um destino semelhante ao de Jonas (o arquétipo da razão platônica), corrompendo-se e tornando-se igualmente irracional como Adam (o arquétipo do ceticismo moderno)?

Porque o seu objetivo é bem mais modesto (e, portanto, bem mais exequível) que o de Jonas. Cláudia não quer “consertar todas as coisas”, não quer propriamente impedir o apocalipse, não quer “viver feliz para sempre”, tal como Jonas. Ela só quer evitar que Regina desenvolva câncer. Com um objetivo bem definido, Cláudia pode “focar” em problemas específicos e obter lentos, porém constantes, avanços. Em outras palavras, Cláudia não quer alcançar os céus, e, conseqüentemente, não cairá no abismo quando as coisas parecerem “impossíveis”.

As duas coisas estão unidas: por um lado, o fato de Cláudia ser muito capacitada na “razão teórica” fornece combustível para que ela persiga, ao longo de milhares de repetições do ciclo, conhecimento suficiente para compreender os eventos e, finalmente, encontrar uma solução para “controlar”, parcialmente, a Fortuna. Por outro lado, o fato de Cláudia buscar apenas uma solução “parcial” para o problema (um “objetivo exequível”) permite que ela obtenha mínimos progressos e, assim, não perca a fé na razão.

O “enquadramento” de Posner no arquétipo de Cláudia explica todas as contradições que pontuamos ao longo desse trabalho, especialmente no capítulo 4.

Explica a “motivação” subjacente à “transformação” de Posner-econômico em Posner-pragmático: assim como Cláudia acabou permitindo que suas emoções aflorassem após visualizar, “ao vivo”, uma situação de sofrimento, Posner-acadêmico acabou permitindo que as emoções desempenhassem algum papel no raciocínio judicial depois que Posner-juiz passou a visualizar, “ao vivo”, o sofrimento das partes em litígio. De modo mais detalhado: as “duas” fases de Cláudia assemelham-se às “duas fases” de Posner. A ignição para tal mudança, em Cláudia, consistiu em uma “viagem no tempo” na qual ela teve contato, pela primeira vez, com um tipo de “sofrimento” ao qual ela não estava acostumada, tendo passado sua vida “protegida” atrás dos números. Posner, igualmente, “viajou” para uma realidade diferente daquela ao qual estava habituado, já que, como ele próprio admite, sempre teve uma vida muito “protegida”. Posner “viajou” para o “mundo da prática judicial”, o mundo habitado por pessoas que *não vivem* uma vida “protegida” e que estão “desesperadas” por

ajuda. Ao “retornar” para o “mundo acadêmico”, ele “carrega” consigo tal aprendizado, transitando de uma abordagem rigidamente economicista para uma abordagem que admite a complexidade humana.

Explica a contradição entre o “totalitarismo” normativo de Posner-econômico e a flexibilidade de Posner-pragmático às múltiplas racionalidades parciais. Ora, como já foi explicado nos três parágrafos anteriores, Cláudia e Posner, a partir de um contato pessoal com o “sofrimento”, percebem que a *tékhne* é apenas o meio, e não o “fim” do agir humano o que abre espaço para a multiplicidade de racionalidades.

Explica a discrepância entre o método rígido e abstrato de Posner-econômico e o “não método” de Posner-pragmático. Cláudia percebe que, por mais que seu domínio da *tékhne* seja forte, ela terá que dispor de outros instrumentos para conseguir desvendar o nó e evitar a doença de Regina. Ela sabe que não irá conseguir resolver o problema com raciocínios abstratos e critérios pré-determinados: ela precisa de contato com o mundo (para perceber, *in loco*, as pequenas alterações no curso da história); de um pouco de bom senso (para perceber que não poderá alterar bruscamente os eventos em razão do paradoxo temporal); de um pouco de capacidade de persuasão para ganhar aliados; de intuição (para perceber em quem confiar e qual caminho parece mais seguro) e de sentimento (para guiar e manter-se empenhada no objetivo). Posner-acadêmico também percebe que, por mais que os juízes dominem o raciocínio econômico (e científico de modo geral), precisarão dispor de outros elementos para conseguirem conferir uma solução sensata para o problema jurídico: percepção empírica do cotidiano, respeito às leis e aos precedentes, bom-senso, intuição e sentimentos morais.

Explica a valorização do raciocínio científico (ciências sociais, econômicas, naturais, exatas) pelo pragmatismo. Cláudia não abandona a *tékhne* após se empenhar emocionalmente em uma jornada por um “futuro alternativo melhor”. Todavia, ela readequa a sua função: antes, era a *tékhne* que controlava Cláudia, agora é Cláudia que usa a *tékhne* para perseguir seus próprios objetivos. Do mesmo modo, o pragmatismo de Posner readequa a função das ciências ao direito. Se antes a análise econômica instrumentalizava o direito para seus próprios fins (maximizar a riqueza), agora o direito irá instrumentalizar a economia (e demais ciências) para auxiliar na resolução de problemas práticos. As ciências não irão, todavia, fornecer os critérios normativos (ou seja, os fins a serem perseguidos e valores a serem protegidos) da decisão. As ciências poderão fornecer os meios para alcançar tais objetivos normativos (ao prever as consequências de cada decisão) e para lapidá-los (ao demonstrar o equívoco das premissas fáticas que os sustentam). Às vezes, poderá ainda fornecer um terreno

mais firme para as soluções normativas, ao prover um argumento moral de confirmação empírica/científica, como no exemplo já exposto no tópico 4.3.2, relacionado caso *Michael Davis v. Moroney*.

Explica o fato de Posner-pragmático ser um empreendedor moral e, ao mesmo tempo, dizer que não tem pretensões de “mudar as coisas”. Cláudia, de fato, é uma empreendedora no sentido de “agir para perseguir seus objetivos”. Todavia, seus objetivos, em comparação com os de Adam e Eva, são bem mais modestos: ela nem quer mudar todo rumo da história e alcançar um “final feliz”, nem quer deixar tudo como está. Ela quer mudar apenas o destino de Regina. Nesse sentido, Posner-pragmático é um empreendedor moral por mobilizar-se para a concretização de suas ideias. Todavia, suas ideias para “mudanças” costumam ter um escopo bem menos pretensioso do que os de vários moralistas e de, inclusive, alguns pragmatistas (como Rorty).

Posner-pragmático não quer a formação de uma esfera pública de deliberação racional onde todos, agindo por meio da razão comunicativa e em situação ideal de fala, formem um consenso moral. Ele também não quer que os juízes de todo o país passem a “levar os direitos a sério” porque resolveram ser juízes comprometidos com a integridade do direito. Também não faz nenhum esforço para que os indivíduos assumam seus deveres de cidadania e passem a contribuir para a construção de uma ética comunitária que irá “nutri-los” e “dignificá-los”.

Posner-pragmático “só quer” que as pessoas que acessem o judiciário sejam razoavelmente “bem tratadas” pelo sistema, e que esse mesmo sistema consiga cumprir sua função de, também razoavelmente, pacificar os conflitos mais severos. De modo mais detalhado, Posner-pragmático “só quer” que os juízes se preocupem em compreender bem os fatos envolvidos na demanda; que se preocupem com a estabilidade do sistema (em uma lógica de utilitarismo das regras); que não deem decisões paradoxais, tautológicas, ilógicas, preguiçosas, contrária aos fatos ou cuja consequência façam “perecer o mundo” e que justifiquem seus motivos de maneira compreensível para o público leigo. O direito não é para tornar as pessoas felizes ou florescer as suas personalidades. É só para evitar e reparar algumas misérias bem específicas.

O enquadramento de Posner como “Cláudia” também explica por qual razão todo mundo “odeia” Posner. É que, entre céticos (Adam e Eva) e moralistas (Jonas e Martha), Cláudia escolhe colocar um pé em cada mundo, mas não se fixar em nenhum dos dois. Ela dialoga, aproxima-se e afasta-se de todos os personagens em determinados momentos e extrai de cada um as informações que precisa para montar seu próprio repertório. Por mais estranha,

contraditória e ambígua que essa abordagem pareça, o que importa é que “funcionou”. Cláudia conseguiu concretizar seu objetivo e, de quebra, descobriu um modo de “romper o ciclo apocalíptico”.

Contudo (sempre tem um contudo), a abordagem de Cláudia “funcionou” na tragédia de *Dark* porque, no fim, a resposta era “metafísica”, existindo, *literalmente*, um “ponto de vista arquimediano” que pudesse “julgar” o destino dos habitantes de Winden.

Ocorre que o ciclo apocalíptico não tinha origem em si mesmo, como pensavam Adam e Eva. O “pecado original” de Jonas e Martha era, de fato, o mecanismo que entrelaçava passado, presente e futuro nas duas dimensões, mas a ignição inicial partiu de uma força externa: uma explosão apocalíptica ocorrida em 1986 em um terceiro mundo: “Winden Real”.

O apocalipse em “Winden Real” resultou de um experimento falho de H.G Tannhaus, um cientista que, em luto pela morte do filho, nora e neto, tentou construir um dispositivo para voltar no tempo e impedir o acidente que vitimou toda sua família. A explosão destruiu o “mundo real” e, em seu lugar, surgiram dois novos mundos “aparentes” (“Winden Original” e “Winden Alternativa”) ligados por um nó quântico e condenados a reviver eternamente seus próprios apocalipses.

Existem ecos do mundo real nos dois mundos “aparentes” – o próprio H.G Tannhaus, por exemplo, “existe” nos mundos aparentes e tem o papel de auxiliar a consertar o dispositivo que irá permitir todas as viagens no tempo. Cláudia, então, consegue “descobrir” (na verdade, intuir) a existência desse terceiro mundo (a verdadeira origem) seguindo esses “ecos”, “sombas” ou “rastros” do “mundo real”.

Ocorre que, ao longo de suas viagens no tempo, Cláudia conseguiu colher informações sobre a árvore genealógica de todos os indivíduos que estavam, de algum modo, enredados na trama do apocalipse. Ela percebeu, então, que a árvore genealógica de quatro famílias se entrelaçavam de maneira paradoxal em razão das constantes viagens no tempo que os seguidores de *Sic Mundus* e *Erit Lux* realizavam e, especialmente, em razão da descendência criada pelo filho de Jonas e Martha. Alguns personagens eram “pais” de seus próprios “pais”, outros personagens descendiam diretamente do filho de Jonas e Martha (ou seja, do “pecado original”). Assim, ela concluiu que a existência daqueles indivíduos (as quatro famílias) estava atrelada ao “nó” quântico, pois, se o “nó” fosse desfeito, tais indivíduos deixaram automaticamente de “existir”.

Todavia, alguns poucos personagens (nove ao total, incluindo ela própria, sua filha Regina e H.G Tannhaus) não estavam enredados nos fios que conectavam todos os outros ao

“pecado original”. A “existência” deles não era paradoxal, o que significa que eles poderiam existir “fora” do nó quântico. Assim, Cláudia concluiu que, se a existência daquelas nove pessoas não se deve ao nó quântico, então “deve-se” a alguma outra coisa. Nesse caso, ela intui que a existência de tais indivíduos poderia ser “explicada” pela existência de um outro mundo – o “mundo real”. Sabendo que um desses indivíduos é H.G Tannhaus, o cientista que ajudou a consertar a máquina do tempo e cujos ascendentes estiveram envolvidos, ainda 1800, com a criação da *Sic Mundus*, Cláudia percebe que ele é, provavelmente, o “responsável” pela ignição que dá origem aos dois mundos.

Para o nó ser desatado, é preciso então que Jonas e Martha (que estão no centro do “nó”) viagem ao terceiro mundo (o mundo real) para impedir o acidente de carro que resulta na morte da família de H.G Tannhaus. Desse modo, Tannhaus nunca irá tentar construir a máquina do tempo e o apocalipse no mundo real nunca irá ocorrer. Obviamente, se o apocalipse no “mundo real” não ocorrer, os dois mundos fictícios nunca serão criados e todos os personagens que estão “ligados ao nó” – incluindo Jonas e Martha – deixarão de existir.

Cláudia, então, convence Adam de que aquela é a “verdadeira origem”. Adam, por sua vez, encarrega-se de convencer Jonas e Martha a fazerem o sacrifício necessário para restaurar o “mundo real”.

A cena em que o “nó quântico” consegue, finalmente, ser rompido, é poética: após impedirem o acidente que vitima a família de H.G. Tannhaus, Jonas e Martha começam a se “desfazer” em luz. Adam e Eva, nos mundos aparentes, também se desfazem lentamente em luz, perdendo um ao outro antes das suas existências cessarem. A mesma coisa acontece com todos os indivíduos que compunham as “quatro famílias” que estavam ligadas ao nó quântico. A existência nos “mundos aparentes” converte-se em pura energia.

No final, encontramos os nove personagens que não estavam “atados ao nó quântico” *existindo* no “mundo real”. Eles estão ceando juntos, no que parece ser a noite de natal. Dentre eles, encontramos Regina, saudável e feliz. De fato, a estratégia de Cláudia “funcionou”.

Todavia, repetimos: tal abordagem só “funcionou” porque, havendo um terceiro mundo externo ao paradoxo, o “problema” da circularidade do sofrimento encontrou uma solução definitiva. Ora, bastou Jonas e Martha serem convencidos de que suas existências eram uma “aberração da natureza” para que eles “topassem” desatar o nó. Não foi particularmente difícil, afinal, os jovens provavelmente estavam completamente vulneráveis ao sugestionamento depois de descobrirem, cada um, que iriam se tornar pessoas horríveis no futuro e que a existência iria ser, para sempre, uma repetição daqueles eventos doloridos.

Para o próprio espectador, a abordagem só “resultou” em um final “poético” porque, estando do ponto de vista externo, é mais fácil interpretar que a “vida” nos dois “mundos aparentes” nunca deveria ter existido, metafisicamente. Assim, reputa-se, também facilmente, que aquelas vidas tinham “menos valor moral” do que as vidas dos habitantes do “mundo real”. Com isso, o espectador dificilmente conseguirá perceber que o “sacrifício de Jonas e Martha” significa, de determinado ponto de vista, um *pacto suicida seguido do genocídio de duas cidades inteiras*.

A estética ajuda a camuflar essa interpretação “horrível”: tem as luzes, a música, a montagem dos quadros que “lembra” o espectador dos entrelaçamentos entre passado, presente e futuro... Todavia, abstraindo-se tal parafernália estética das cenas finais, ficamos com a seguinte pergunta: quem deu a Cláudia, Adam, Jonas e Martha o direito de decidir pelo genocídio de quase seis mil pessoas que habitavam “Windem Original” e “Windem Alternativa”?

Algumas pessoas podem dizer que os mundos aparentes não tinham o “direito” de existir, já que teriam sido criados a partir do desastre de outro. Mas aí teríamos que discutir se o mero fato de “X” ser “causa” de “Y” torna “X” moralmente superior a “Y”. Alguém poderia sugerir exatamente o contrário: a consequência é moralmente superior à causa porque ela é o produto natural da própria causa. Destruir a consequência para restaurar a causa é destruir a essência da própria causa. Outra pessoa poderia argumentar, em favor do “genocídio”, que a vida nos mundos aparentes não é realmente uma “vida”, tendo em vista que, por causa do paradoxo, o tempo não tem continuidade e a existência é como um disco arranhado. Todavia, o mero fato da vida ser “repetitiva” a torna menos valiosa? Outros ainda poderão tentar corrigir o argumento, dizendo que o problema não é a “repetição em si”, mas a “repetição do sofrimento”. Contudo, as nossas próprias vidas não são exatamente assim? Um constante ciclo de alegria e sofrimento?

Vejam que, após toda a negação de Posner ao papel da argumentação moral, acabamos chegando exatamente no local que o seu pragmatismo queria evitar: na necessária, inevitável, inescapável argumentação moral.

Em *Dark*, Cláudia só consegue “evitar” tal argumentação porque duas coincidências sucessivas evitaram que o conflito moral se instaurasse.

Primeira coincidência: o caminho para seu objetivo (salvar sua filha Regina) acabou, coincidentemente, sendo igual ao caminho para o objetivo de Adam (desatar o nó quântico). Nesse caso, depois que ela “descobriu” a solução para os dois problemas, foi fácil aliar-se

definitivamente à Adam. Trata-se, metaforicamente, de uma “solução minimalista” para resolução da controvérsia, tal qual a proposta de Sunstein³⁸⁷.

Todavia, percebemos que, se tal “solução minimalista” permitiu o “compromisso” entre duas posições morais distintas, mas tal compromisso continua a ser muito *frágil*. O que teria acontecido caso Cláudia descobrisse que Regina também estava ligada ao nó? Ela teria se aliado à Adam para desfazer o nó, ou teria se tornado uma segunda versão de Eva, buscando manter o nó para manter sua filha “viva” por pelo menos alguns anos entre ciclos temporais? Pode-se argumentar que é melhor uma solução de compromisso temporária do que solução alguma, caso em que o conflito tenderia a alcançar níveis exponenciais de violência. Todavia, também é possível dizer que as soluções de compromisso servem tão somente para sufocar as demandas radicais de justiça.

Ademais, com Adam e Cláudia comprometidos com uma mesma solução, a “balança” do poder ficou completamente desequilibrada, não tendo sido permitido à Eva qualquer chance de argumentar contra a destruição dos mundos aparentes. Desse modo, para obter-se uma “solução de compromisso”, é sempre prudente questionar quais estão sendo, efetivamente, abarcadas por tal compromisso. A sugestão da nossa narrativa literária é que o “esvaziamento do conflito” por uma solução de compromisso não consegue contemplar todas as pretensões morais de diferentes grupos, o que implicará que a “argumentação moral” continua a ser necessária, em algum grau.

Segunda coincidência: também é por pura “sorte” que o “caminho” para salvar Regina acabe sendo exatamente o caminho que “obedece” à metafísica e restaura o “mundo real”.

Cláudia utilizou sua *tékhne* para perseguir “fins” que não foram construídos por meio de uma reflexão moral tendente ao bem comunitário, nem foram objeto de deliberação democrática em termos procedimentais, nem foram “constrangidos” por qualquer respeito a outros “sistemas” de racionalidades parciais. Cláudia simplesmente estabeleceu seu próprio fim e, por acaso, calhou da metafísica estar “do lado dela”³⁸⁸.

³⁸⁷ Pela abordagem minimalista de Sunstein, as cortes tenderiam a adotar uma estratégia especial para produção de compromissos (acordos) diante de um cenário pluralista. A estratégia consistiria em não produzir acordos “completamente” fundamentados sobre determinados resultados específicos: havendo concordância com o resultado, os fundamentos específicos poderiam ser formulados em termos bastante superficiais. VER: SUNSTEIN, Cass R. *Incompletely Theorized Agreements Commentary*. Harvard Law Review. Vol. 108, 1994, pp. 1733-1772.

³⁸⁸ Veja-se, inclusive, a descrição de James sobre as abordagens metafísicas: “A metafísica tem, comumente, seguido uma trilha muito primitiva de interrogatório. Sabe-se quanto os homens têm suspirado por poderes mágicos ilícitos, e se sabe também a grande parte que as palavras sempre desempenharam na magia. Se temos o nome ou a fórmula de encantamento que lhe diz respeito, pode-se controlar o espírito, gênio, entidade ou qualquer que seja o poder. Salomão sabia os nomes de todos os espíritos, e, tendo os seus nomes, mantinha-os

Inclusive, a própria interpretação de que a abordagem de Cláudia “funcionou” – possuindo certa dignidade moral – só é plausível porque somos direcionados para um padrão metafísico de verdade como correspondência. É bem mais fácil dizer que algo é “moralmente correto” ou que “funciona” quando este “algo” corresponde ao “metafísico”. Todavia, havendo superação da metafísica e de um padrão de verdade como correspondência, não é plausível que, na vida real, “Cláudia” (ou seja, o pragmatismo) conseguisse “desviar” tão eficientemente da argumentação moral.

Em outras palavras: abstraindo-se a metafísica, percebemos que do mero fato de Cláudia ter descoberto uma forma de destruir o nó quântico não implica que a decisão moralmente correta, plausível ou aceitável será efetivamente destruir tal nó. Há diversas pretensões morais em “jogo”, mas, na série, Cláudia acaba ignorando todas essas pretensões ao “decidir por todos”. Novamente, reforçamos: na “vida real”, ela teria bem mais dificuldade para proceder de tal maneira.

Com essas considerações em mente, passamos a fixar os “problemas” da abordagem de pragmática posneriana.

5.2.4.2 O primeiro problema de Cláudia: as limitações do “recurso ao empirismo” para se obter a diluição dos conflitos morais

No tópico 3.1.1, explicamos que a proposta pragmática de Posner busca esvaziar os conflitos morais por meio daquilo que chamamos de “recurso ao empirismo” (“esclarecimento dos fatos”, “recurso aos fatos” ou “investigação científica dos fatos”).

sujeitos à sua vontade. Assim, o universo tem sempre aparecido ao espírito natural como uma espécie de enigma, do qual a chave deve ser procurada na configuração de algum nome ou palavra mágica ou iluminada. Esta palavra designa o princípio do universo, e possuí-la é, de certo modo, possuir o próprio universo. "Deus", "Matéria", "Razão", "Absoluto", "Energia", são muitos desses nomes encantados. Podemos repousar quando os temos. Chegamos ao fim de nossa pesquisa metafísica. Se, porém, seguimos o método pragmático, não nos podemos limitar a nenhuma dessas palavras como definitiva. Tem-se de extrair de cada palavra o seu valor de compra prático, pô-lo a trabalhar dentro da corrente de nossa experiência. Desdobra-se, então menos como uma solução do que como um programa para mais trabalho, e mais particularmente como uma indicação dos caminhos pelos quais as realidades existentes podem ser modificadas. As teorias, assim, tornam-se instrumentos, e não respostas aos enigmas, sobre as quais podemos descansar...” VER: JAMES, William. Pragmatismo. Segunda conferência. O que significa o pragmatismo. In: CIVITA, Victor (ed.). Os Pensadores. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1974, pp. 09-22. P. 12. Em outro texto, James diz: O "absolutamente" verdadeiro, significando o que nenhuma experiência posterior jamais alterará, é aquele ponto difuso ideal para o qual imaginamos que todas as nossas verdades temporárias algum dia convergirão. Procedo obedientemente com o sábio e com a experiência absolutamente completa; e, se esses ideais forem alguma vez realizados, serão realizados juntos. Nesse meio tempo, temos de viver hoje com a verdade que podemos ter hoje, e estarmos prontos amanhã para tachá-la de falsidade: VER: JAMES, William. Pragmatismo. Sexta conferência. Concepção da verdade no pragmatismo. O que significa o pragmatismo. In: CIVITA, Victor (ed.). Os Pensadores. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1974, pp. 23-37. P. 32.

Tal estratégia poderia proceder em três níveis: 1) atenção às “provas” relacionadas aos fatos alegados pelas partes que se relacionam diretamente à controvérsia, com conseqüente elevação da discussão a um segundo nível em que a “resposta correta” não fosse tão disputada; 2) atenção às premissas fáticas que sustentam os argumentos morais das partes, com lapidação das premissas fáticas que sustentam os argumentos morais das partes revelar as notas de preconceito e irracionalidade que embutidas em tais premissas; 3) atenção às conseqüências, com previsão da provável ocorrência de conseqüências desastrosas oriundas de determinadas decisões.

Contudo, *nem sempre* será possível obter-se tal redução de complexidade operando uma “investigação científica nos fatos” nos três níveis apresentados.

No primeiro nível, por exemplo, a investigação científica dos fatos que originam a demanda pode representar, um si, uma violação dos princípios que orientam o direito probatório, o que implica uma intensificação do conflito no segundo patamar de discussão.

No caso *Michael Davis v. Moroney*, para lembrar apenas um dos exemplos trazidos ao longo dos capítulos 3, 4 e 5, Posner não precisou refletir sobre a correta densificação moral do princípio do acesso à justiça. Ele simplesmente aplicou um teste, encontrado no *google*, que media a dificuldade de um texto em relação à idade cognitiva do sujeito. Tendo atestado que as decisões recorridas efetivamente eram “incompreensíveis” para Michael Davis, Posner concluiu que ele deveria ter sido assistido por um advogado fornecido pelo Estado, desde o início. Contudo, a utilização, pelos juízes, de fatos colhidos diretamente da internet é extremamente controversa, uma vez que ofende o princípio adversarial.

Perceba que, nesse caso, não se obterá um arrefecimento do conflito moral. Avançando o pragmatismo por uma “investigação científica dos fatos” mesmo quando tal estratégia for, em si, moralmente controversa, parece-nos que o “fundamento” de tal investigação não é apenas diluir os conflitos morais, mas sim realmente descobrir a “verdade dos fatos”. O problema de se utilizar a investigação científica para “perseguir a verdade real” será abordado no tópico 5.2.4.3. De todo modo, caso alguém considerasse que efetivamente a busca pela “verdade real” é um problema, a investigação científica dos fatos ainda poderia ser utilizada, desde que não afrontasse regras e princípios que orientam o processo judicial.

No segundo nível, a lapidação das premissas fáticas dos argumentos morais pode ser “inútil” quando vieses cognitivos, que serão tão mais intensos quanto for a crença moral, impuserem uma leitura extremamente seletiva dos fatos. Essa é a crítica de Fish, exposta no tópico 3.2.1.

O argumento é levemente diferente do anterior: para Fish, o problema do “recurso ao empirismo” não reside somente no potencial conflito moral sobre os critérios *morais* para busca e determinação dos fatos. O problema reside nos fortes vieses cognitivos que possuímos quando estamos comprometidos com alguma postura moral substantiva. Interpretamos o mundo empírico conforme as lentes de nossas ideologias, então pouca diferença fará recorrer ao empirismo para resolver conflitos morais.

Efetivamente, a existência de vieses cognitivos é um desafio para a abordagem pragmática de Posner, pois, quanto maior intenso for o conflito moral em questão, provavelmente menos eficaz será o recurso ao empirismo para esvaziar tal conflito³⁸⁹.

Todavia, tais vieses não são “insuperáveis”: ao mesmo tempo em que a literatura científica e o senso comum indicam a existência de vieses cognitivos que distorcem a interpretação do sujeito sobre determinados fatos, também indicam que nosso cérebro trabalha para eliminar as inconsistências no nosso pensamento. Em determinado ponto, torna-se extremamente estressante para o cérebro sustentar uma crença que esteja sendo “bombardeada” por novas informações que a contrariam e, eventualmente, o indivíduo (ou a sociedade, ou o judiciário) poderá acabar reformulando suas crenças iniciais para facilitar a compatibilidade com as novas informações. Desse modo, embora o recurso ao empirismo possa não ser “tão eficiente” para esvaziar os conflitos morais como Posner reputou, também não é tão “inútil” quanto argumenta Fish.

De maneira semelhante a Fish, os “pós-empiricistas da sociologia jurídica” (e os pós-modernistas, em geral), rejeitam a utilidade da distinção entre “fato e valor” para a prática. Apoiados na compreensão filosófica de que a percepção dos “fatos” também é uma questão de estabelecimento de critérios linguísticos para “o que conta como fato”, as ciências empíricas também não seriam axiologicamente neutras e, portanto, seus procedimentos não teriam capacidade de produzir resultados consistentes em relação às diferenças de raça, classe, gênero e outros fatores de historicidade. O próprio critério da “certeza e previsibilidade” seria, assim, algo como que “normativamente orientado”.

Se os pós-empiricistas estiverem “corretos”, então nenhuma utilidade há na realização de uma “investigação científica dos fatos”, visto que tal procedimento seria

³⁸⁹ Nesse ponto, até a matemática poderia estar contaminada por interesses, como podemos ver na obra: HUFF, Darrel. **Como mentir com estatística**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. Podemos dizer, então, que até a matemática mente? Não propriamente. O livro de Darrel Huff, na verdade, é um “chamado” à razão, visto que o autor simplesmente expõe os truques e falácias utilizados pela manipulação (inconsciente ou proposital) de técnicas estatísticas.

simplesmente mais uma forma (e uma forma disfarçada) de pressionar por pretensões normativas.

Tamanaha, todavia, defende a utilidade prática da distinção entre “valor e fato”, compreendendo que o pragmatismo filosófico clássico de Dewey e James não fundava a “defesa das ciências empíricas” (e da distinção entre fato e valor) em uma premissa filosófica de que tais questões seriam, por essência, diferentes. Na verdade, a distinção pragmática entre fato e valor reside na própria distinção que fazemos, linguisticamente, no cotidiano. Nesse âmbito, a distinção é compreensível e útil, pois nos permite obter um tipo específico de resultados desejáveis (certeza, previsibilidade e controle), para alguns tipos de objetos. Em outras palavras: ainda que não haja, do ponto de vista filosófico, diferença em “essência” entre questões de fato e questões de valor, existe uma utilidade *prática* de se fazer tal distinção³⁹⁰. Os critérios para “o que conta como fato”, explica Tamanaha, são bem mais generalizáveis que os critérios do “que conta como moral/ético”. Nesse caso, em muitas situações, sendo possível visualizar isolar o domínio dos fatos, uma investigação científica de tais fatos poderá contribuir para a correção das próprias questões de valor.

No terceiro nível, com muita frequência, economistas e cientistas sociais erram grosseiramente suas previsões³⁹¹. Nesse caso, a “previsão das consequências de uma decisão” se trata, em algum aspecto, de um simples exercício de adivinhação. Já antecipamos tal crítica no tópico 2.5.

Todavia, existem situações em que, por mais que não se tenha *certeza* sobre as consequências, deve-se considerá-las na decisão, por questão de precaução. Se entendermos o consequentialismo não em sentido “positivo” (a decisão que produzirá o “melhor resultado”), mas em sentido “negativo” (a decisão que evitará a catástrofe), parece-nos que um “exercício de adivinhação” é mais do que necessário.

Entendemos, assim, que o recurso ao empirismo não deixa de representar potencial fonte de auxílio para a decisão judicial. O fato de que tal “recurso” não funciona em algumas

³⁹⁰ O autor diz: “o pós-modernista, ou o objetivista, pode responder a essa análise [utilidade da distinção entre fato e valor] insistindo que o próprio argumento do pragmatista indica que até o cientista verá os “fatos” através de lentes coloridas da tradição (portanto carregadas de valores). Mais uma vez, a réplica do pragmatista, inicialmente, seria “sim, mas e daí?”; não há outra maneira [de proceder] – é arbitrário negar tal distinção criticamente importante e rotineiramente utilizada por simples referência a sua impossibilidade filosófica. O melhor que podemos fazer é insistir, como Dewey e James fizeram repetidamente, que os cientistas se esforcem para manter uma atitude de investigação desinteressada e imparcial e cultivar um senso de autorreflexão crítica.” VER: TAMANAHA, Brian Z. **Pragmatism in US Legal Theory**: its application to normative jurisprudence, sociolegal studies, and the fact-value distinction. *Op.cit.* P. 348. Tradução nossa.

³⁹¹ Para saber mais sobre risco e incerteza para a economia (e para as ciências, de forma geral), VER:TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro*. São Paulo: Best Seller, 2008.

situações, não significa dizer que não funcione em *nenhuma situação*. Portanto, não devemos, apenas por isso, descartá-lo de todo³⁹².

Outro problema reside na própria capacidade cognitiva dos juízes de realizarem tais previsões. Para explicar tal ponto, lembramos da crítica que Luhmann faz à própria teoria dos sistemas:

A desvantagem da teoria dos sistemas está em sua elevada complexidade intrínseca e no correspondente caráter abstrato dos conceitos. Sua base de referência cognitiva é interdisciplinar e, com os meios habituais das disciplinas científicas (pode-se pensar aqui nas hiperdisciplinas, como a física, biologia, psicologia, sociologia), é passível de ser apreendida apenas por segmentos. Não haveria jurista que pudesse estar suficientemente informado a esse respeito, sem falar na dificuldade de manter-se atualizado ante os rápidos desenvolvimentos... Por isso, nossa intenção aqui não é apresentar uma teoria que supostamente deveria guiar a prática. O que se pretende, em vez disso, é descrever o sistema jurídico como um sistema que se auto-observa e se descreve, e, portanto, desenvolve suas próprias teorias, procedendo de modo construtivista, ou seja, sem qualquer tentativa de representar o mundo exterior no sistema³⁹³.

Pois bem. O pragmatismo cientificista de Posner compartilha, com a teoria dos sistemas, o mesmo aspecto de possuir uma base cognitiva interdisciplinar. Todavia, ao contrário daquela, o pragmatismo posneriano não se pretende apenas uma teoria descritiva, mas sim uma teoria normativa sobre a prática que não faz referência, em si própria, a um critério normativo exclusivo. Desse modo, poderíamos considerar, com Luhmann, que o pragmatismo de Posner seria inviável, dado que nenhum jurista conseguiria se manter suficientemente atualizado em relação aos conteúdos advindos dos vários segmentos do ambiente?

Consideramos que não, por um motivo: Posner não supõe que devem ser os próprios juízes os responsáveis por proceder à investigação científica do direito. Esse deve ser o papel da academia jurídica. Logo, a academia jurídica realizaria o “filtro” entre ambiente e sistema, por meio da tradução, para linguagem sistêmica, dos influxos recebidos do ambiente. Nesse caso, sugerimos que a principal chave de tradução residiria na própria distinção entre “fato e valor” – a ciência penetraria no direito por meio de uma “investigação científica dos fatos” ou “esclarecimento científico dos fatos”.

³⁹² “Em segundo lugar, mesmo quando os resultados da análise econômica forem inconclusivos, o formulador de políticas públicas concluir que outros valores são mais importantes do que, digamos, a eficiência econômica, a análise econômica ainda desempenhará uma função útil ao adicionar força à rede de crenças subjacente à decisão do formulador de políticas.” VER: COTTER, Thomas. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. *Georgetown Law Journal*. Vol. 84, n. 6, 1996, pp.2071-2142.

³⁹³ LUHMANN, Niklas. *Op.cit.*

Frise-se, de todo modo, essa crítica só é válida para o consequencialismo em sentido macroscópico, que é aquele que se preocupa com as consequências institucionais, econômicas e sociais de determinadas decisões. Há um segundo tipo de consequencialismo, pouco lembrado por esse termo, que se preocupa com as consequências da decisão no âmbito microscópico, ou seja, para as próprias partes no litígio³⁹⁴.

Deve-se notar que quando Posner usa o termo “consequências da decisão”, frequentemente mistura os sentidos. Por exemplo, quando ele diz que a decisão deve ser lógica, razoável e não levar a respostas contra intuitivas, ele não está se referindo a qualquer consideração empírica sobre consequências externas, pois isso exigiria recurso a uma investigação empírica propriamente dita. Trata-se, na verdade, de mero experimento mental a

³⁹⁴ Apesar que esse tipo de consequencialismo não apresenta nenhuma novidade. Interpretação teleológica, redução teleológica, equidade são formas de se considerar as consequências microscópicas de uma decisão. Luhmann nos fornece uma explicação simples, chamando o consequencialismo microscópico de consequencialismo interno e o consequencialismo macroscópico de consequencialismo externo: “Frequentemente, quando argumentos antevêm as consequências das decisões, essa antevisão se confunde com programas de fins em decisões jurídicas. Porém, essa é uma confusão conceitual fácil de evitar, já que os juízes não dispõem nem de meios, nem da disposição para correr riscos, condições necessárias à busca de fins. O mesmo se aplica ao legislador quanto à técnica jurídica, ainda que os legisladores, enquanto participantes do sistema político, estejam livres para buscar fins políticos, com os correspondentes riscos políticos. Uma descrição guiada pela teoria dos sistemas sugere que uma distinção tenha de ser feita, primeiramente, entre consequências internas e externas ao sistema. As consequências internas ao sistema são jurídicas, havendo evidente indicação de que devem ser acatadas. Esse é um fator normal de recursividade em todas as decisões jurídicas que necessitem de uma justificação e devam levar em conta tanto decisões passadas como futuras. Quando há uma discussão sobre razões para decisão e as regras que as generalizam, parte essencial do teste é verificar qual conduta seria lícita ou ilícita se determinada regra fosse adotada, como no seguinte caso: se o ato de dispor mercadorias em gôndolas de um supermercado é em si mesmo uma oferta de contrato e, de acordo com isso, se o ato de tomar mercadorias das gôndolas redundava em aceitação dessa oferta. Segue-se daí que pôr as mercadorias de volta nas gôndolas já não seria juridicamente possível, e, por sua vez, tomar mercadorias da loja sem pagar por elas não seria roubo, mas simplesmente o não cumprimento de suas obrigações contratuais. Mesmo um jurista terá as consequências dessa construção por inaceitáveis, não importando a questão empírica sobre como os clientes do supermercado empiricamente se comportariam se uma ou outra das construções jurídicas fosse aplicada. Tal juízo não demanda nenhum prognóstico empírico, já que não está sobrecarregado com as inseguranças correspondentes. Ele pode ser feito no momento da decisão, com base nos conhecimentos jurídicos disponíveis, com a certeza habitual quanto às concepções jurídicas. Não se trata de nada mais que o cultivo da consistência usual e a provisão de redundância suficiente. No entanto, a questão é se isso pode ser suficiente ou, de uma perspectiva empírica, se o sistema se conforma a isso. Na maioria dos casos relativos à fundamentação argumentativa, essa questão não é posta de maneira assim precisa. O fato de a distinção entre as consequências internas/externas marcar um limiar significativo é simplesmente desprezado. Mas, ainda que essa distinção fosse tornada explícita a cada uma das vezes, a questão continuaria a ser sobre se uma escolha entre diferentes construções jurídicas poderia sempre ser feita tendo em vista somente as consequências jurídicas, pois como estas deveriam ser avaliadas se as consequências não viessem claramente em apoio a uma ou outra solução particular?” O autor também se refere ao juízo de equidade como um meio de avaliação das consequências internas: A utilidade tem sido a fórmula geral para se pensar nas alternativas desde tempos imemoriais, mediante a seguinte formulação: qual seria o caso se não essa, mas outra regra tivesse validade? No contexto da *iurisdictio* do príncipe, a equidade também serviu como corretivo para consequências inaceitáveis de uma justiça administrada estrita. Mas isso dificilmente permitia qualquer margem de manobra a formulações doutrinárias no que dissesse respeito às consequências de determinadas construções jurídicas ou de regras de decisão. Em vez disso, serviu como correlato da distinção entre direito imutável e direito mutável. Nesse entremeio, o controle do direito no tocante a resultados desejáveis ou indesejáveis tem prevalecido como único princípio convincente, sendo hoje de um modo geral bem aceito pela teoria jurídica e atestado por análises de decisão cuidadosas”. VER: *Op. cit.* P.301.

revelar se a aplicação de determinada norma ao caso concreto geraria uma consequência particular que contrariasse as percepções comuns sobre o direito. Todavia, Posner também utiliza o termo “consequências” para se referir às consequências externas, e é esse o sentido tipicamente produzido por uma investigação científica dos fatos (inclusive, é esse o sentido de “consequências” considerado pelos estudos de análise econômica). Nesse caso, reforçamos que as críticas relacionadas a uma “adivinhação do futuro” só fazem sentido na segunda perspectiva, pois a primeira é simplesmente um chamado puramente normativo ao bom senso na interpretação.

5.2.4.3 O segundo problema: a busca pela verdade real

Sugerimos, no item anterior, que a estratégia de esvaziamento dos conflitos morais no “nível 1” poderia significar um compromisso com uma noção de “verdade real”. Essa perspectiva têm sido compreendida como um equívoco metafísico cometido por juristas que ainda não superaram o “mito” da verdade como correspondência³⁹⁵.

Se o “problema” da “busca pela verdade real” for “simplesmente” uma persistência a um paradigma de “verdade como correspondência”, parece-nos que é bastante discutível se tal “pecado filosófico” macula o acerto *moral* das decisões de Posner que foram objeto de muita controvérsia por terem ofendido os princípios do sistema adversarial. *Davis v. Moroney* e *Rowe v. Gibson* foram boas decisões (ou decisões “corretas”), independentemente de Posner ter cometido algum “equívoco metafísico”.

Em *Davis vs. Moroney*, o acesso à justiça estava sendo negado ao detento com dificuldades cognitivas. É ilógico “proteger” um sistema procedimental adversarial se uma das partes não consegue sequer ser adequadamente representada em tal procedimento. Em outras palavras, não havia, em *Davis v. Moroney*, qualquer possibilidade de “construção de verdades na linguagem” (nas palavras de Alexandre Morais Rosa) se uma das partes mal conseguia compreender e formular sentenças “longas”. A mesma lógica aplica-se à *Rowe v. Gibson* não há como exigir que uma pessoa com baixo nível de escolaridade consiga

³⁹⁵ “Em um processo crime em que a prova da materialidade seja subtraída, por ilícita, o regime de verdade opera em outro nível. O que pretendo, nesse desvio, é demonstrar que se julga para além da dúvida razoável, tendo o processo como procedimento em contraditório como limite democrático. Superar o discurso da verdade real significa ultrapassar os limites metafísicos do modo de pensar, embora a maioria dos jogadores, no aspecto filosófico, esteja pelo menos um século atrasado: pensam em descobertas de verdades e não em construções de verdades na linguagem. Precisamos, então, saber modular os discursos porque superar o mantra da verdade real é somente para quem conseguiu compreender o giro linguístico operado na Filosofia.” ROSA, Alexandre Morais da. Para você que acredita em verdade real, um abraço. *Conjur*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco>>

compreender as regras do sistema probatório e desincumbir-se adequadamente do seu ônus. Quem argumenta que Posner violou o sistema adversarial – e, portanto, um sentido de verdade construída *no processo* e por meio da *argumentação no processo* – está ignorando o fato de que não existe “argumentação no processo” quando só uma das partes sabe “falar” a linguagem processual.

Obviamente, o problema da “busca pela verdade real” não é simplesmente o “equivoco metafísico” de se adotar um padrão de “verdade como correspondência”. O problema é que tal “equivoco metafísico”, relata-se, têm sido utilizado historicamente como pretexto para justificar abusos cometidos pelas autoridades judiciárias.

Nesse caso, poder-se-ia defender que, não obstante existissem algumas situações que justificariam, em tese, a mitigação do sistema adversarial, tal mitigação seria desaconselhável diante de uma noção de “utilitarismo das regras”. O pragmatismo de Posner aceitaria tal resposta, tendo em vista que ele afirma, expressamente, que sua abordagem pragmática pode ser vinculada ao formalismo nas situações em seja necessário um reforço da “estabilidade” (consistência).

Mas também seria possível defender que as mitigações fossem “testadas” pouco a pouco, em alguns casos específicos e buscando-se mecanismos que pudessem, pelo menos, “diminuir” o nível de arbitrariedade do juiz que busca ativamente os fatos³⁹⁶. O pragmatismo de Posner também aceitaria tal resposta, tendo em vista que se orienta por uma lógica de falibilismo.

Por fim, seria possível aconselhar aos juízes que, quando embarcassem em uma busca pelos fatos, simplesmente ocultassem tal contexto de descoberta e buscassem justificar a decisão recorrendo apenas aos *topoi* da argumentação jurídica tradicional. Ou seja, recorrendo-se a uma linguagem formalista, embora apenas por “estratégia” de legitimação da decisão. Nos casos *Davis vs. Moroney* e *Rowe v. Gibson*, por exemplo, Posner poderia ter chegado ao mesmo dispositivo decisório utilizando uma fundamentação diferente. Ele poderia simplesmente procurar alguns precedentes em que pudesse se apoiar minimamente e depois dizer que estava realizando uma “ascensão justificatória” até alcançar o princípio do “acesso à justiça”. O pragmatismo de Posner também aceitaria tal resposta, uma vez que o autor afirma expressamente a possibilidade de se recorrer à tal estratégia.

³⁹⁶ Essa é a proposta de Cristina Martín: construir diretrizes que auxiliem o juiz a utilizar a ferramenta do *google* sem descuidar do compromisso com a imparcialidade e o contraditório. MARTÍN, Cristina. "Googling" Your Way to Justice: How Judge Was (Almost) Correct in His Use of Internet Research in *Rowe v. Gibson*. Seventh Circuit Review. Vol. 1, n. 1, 2005.

Portanto, consideramos que o “problema da verdade real” está solucionado dentro das próprias premissas do pragmatismo.

5.2.4.4 O terceiro problema: a diluição dos conflitos morais como risco ao pluralismo

Temos sugerido, ao longo desse trabalho, que a “busca pelos fatos” consiste em uma estratégia para esvaziamento dos conflitos. Todavia, o fato de Posner “afrontar” o sistema adversarial para empreender tal busca, demonstra que, tal “busca pelos fatos” também é perseguida pelo pragmatismo *mesmo quando haja uma intensificação do conflito moral em segundo nível*. Isso nos alerta para a possibilidade de que tal estratégia não implique, necessariamente, em um “desvio” do conflito moral, mas sim em uma imposição disfarçada de determinada concepção moral. No tópico anterior, todavia, mostramos que o próprio pragmatismo permite uma espécie de autocrítica ou autocontenção dos juízes com esse tipo de estratégia. Por isso, consideramos que “o problema da verdade real” resta solucionado pelas premissas do próprio pragmatismo.

Mais “grave” é o problema de saber se a estratégia de “diluição dos conflitos morais” conseguiria, efetivamente, garantir responsividade do direito à pluralidade ética do ambiente (antecipamos tal problematização no tópico 2.5).

Depois de nos depararmos com “Cláudia” e sua completa indiferença às pretensões morais de outros personagens (especialmente de Eva), passamos a cogitar pela pertinência das críticas de quem afirma que o pragmatismo de Posner é um instrumento para a concretização de uma determinada análise econômica do direito, já que, ao recusar a argumentação moral (raciocínio sobre os fins), Posner poderia estar simplesmente assumindo, implicitamente e disfarçadamente, finalidades relacionadas à sua ideologia econômica.

Em outras palavras: durante sua fase de análise econômica, a colonização do direito pela economia era “direta”, pois a “maximização da riqueza” era assumida pelo direito como critério exclusivo e unificador. Já na fase pragmática, perde-se a referência direta à maximização da riqueza, mas também não se preenche o “vazio normativo” com outra substância, ou seja, com referências a outros “fins” ou “fundamentos” do direito. Nesse caso, na prática, o critério econômico poderá continuar a ser utilizado implicitamente como norteador da decisão.

Posner admite, ao menos parcialmente, tal possibilidade ao dizer que a abordagem de Kelsen é compatível com seu pragmatismo diante do fato de que, ausente qualquer referência

a uma normatividade intrínseca ao direito e à métodos específicos, permite-se o ingresso da “ideologia e das ciências sociais” ao direito³⁹⁷.

Contudo, existe uma diferença entre Cláudia e Posner: enquanto aquela assume de maneira explícita, consistente e coerente que seu único objetivo é “salvar Regina”, é possível detectar, na abordagem pragmática de Posner, uma defesa da eficiência econômica, das liberdades individuais, da tolerância, da segurança e até de certo senso de justiça social. Assim, o “tom” é mais de uma perspectiva liberal clássica do que de uma perspectiva que colocasse a eficiência econômica acima de todas as coisas.

De todo modo, a “sensação” de que “há” algum problema permanece. Vamos analisar novamente a relação de Cláudia com os demais personagens, de modo a tentar compreender, com o auxílio da literatura, onde residiria tal “problema”.

Lembramos que Cláudia, em determinado ponto da narrativa, afasta-se da disputa moral entre Adam, Eva, Jonas e Martha. Ela dialoga com os quatro protagonistas, mas recusa-se a “assumir um lado definitivo” no conflito. Em um primeiro momento, consideramos que essa seria uma boa metáfora para a “responsividade” do sistema às diferentes racionalidades parciais, já que Cláudia consegue *dialogar* com os quatro protagonistas.

Todavia, talvez estivéssemos colocando o “acento” no lugar errado da frase. Cláudia efetivamente dialoga com todos, mas nunca se *compromete* com as necessidades “existenciais” de nenhum. Ela percebe os conflitos morais existentes entre os quatro protagonistas, mas permanece “distanciada” do núcleo conflituoso, buscando uma resposta que seja “externa” à dinâmica Adam-Jonas/Martha-Eva.

Desde o início, então, ela tenta assumir um “ponto de vista arquimediano”, ignorando as disputas morais que sustentam e movimentam os dois universos, refugiando-se nos “fatos” para construir sua “solução” para o problema. Sabemos que, em *Dark*, a estratégia “funcionou” (pelo menos em algum sentido) porque efetivamente *existia* um mundo externo (“superior” ou “anterior”) ao mundo conflituoso de Adam e Eva. Nesse caso, quando Cláudia “descobriu” o “mundo externo”, os conflitos morais entre Adam, Eva, Jonas e Martha literalmente se dissolveram em luz, junto com os personagens.

Na vida real, contudo, o pragmático que tenta fugir dos conflitos morais por meio do recurso ao empirismo irá descobrir que não é possível “acessar um mundo externo” de modo a dissolver os conflitos morais existentes na sociedade. Na vida real, a disputa entre Adam, Eva, Jonas e Martha continuará indefinidamente, renovando-se e reformulando-se a cada ciclo. O

³⁹⁷ POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. *Op.cit.* P. 250-292.

pragmático que pretender se isolar moralmente dos conflitos para se concentrar tão somente nos “fatos”, assim como Cláudia fez, não estará cada vez mais próximo de “descobrir a resposta definitiva para acabar com os ciclos de sofrimento da humanidade”. Na verdade, esse pragmático estará cada vez mais distante – ou alienado – da única “realidade” que lhe cabe acessar: a realidade de brigas intermináveis e repetitivas entre “mundos” (ou “sistemas sociais” ou “sistemas de racionalidades parciais”) que buscam dominar uns aos outros, incessantemente.

Na verdade, o pragmático estará cada vez mais distante de uma das funções que lhe cabe exercer como “representante” do sistema jurídico, que é “garantir” que nenhum dos sistemas consiga exercer uma dominação sobre os outros. Se ao direito cabe recepcionar diferentes racionalidades parciais (com Teubner), criando diferentes “esferas de fundamentalidade” (com Wálber Carneiro), não há como realizar tal empreitada “escondendo-se” do conflito moral.

Em *Dark*, por exemplo, a transformação de Jonas e Martha em Adam e Eva, respectivamente, representa a colonização ou dominação de alguns sistemas de racionalidades parciais sobre outros. Cláudia (“o direito”) “permite” que isso aconteça por estar concentrada em “compreender os fatos”, e não em assegurar um “equilíbrio prático” entre as forças dos quatro protagonistas. E não só: a partir do momento em que Cláudia “descobre” a existência da “realidade como ela é”, alia-se completamente à Adam, ignorando todas as pretensões morais que poderiam ser sustentadas por Eva. Em outras palavras, quando Cláudia efetivamente se compromete com as pretensões morais de algum “lado”, ela assume uma postura “totalitarista” do ponto de vista moral, tutelando integralmente as demandas de Adam e sufocando as possíveis demandas de Eva.

O direito não pode “agir” assim. O direito precisa “receber” o pluralismo ético, incorporá-lo em suas estruturas e garantir (junto com a política) a sobrevivência de tal pluralismo. Lembramos, nesse ponto, que Marcelo Neves defende que normas produzidas mediante um procedimento democrático-deliberativo são “legítimas” não porque tal procedimento consegue produzir normas “consensuais”, mas sim porque tal procedimento garante a sobrevivência do próprio dissenso.

A proposta de Posner de reduzir complexidade por meio do recurso ao empirismo, todavia, parece ser apenas uma nova manifestação de seu antigo incômodo com a existência do pluralismo, que implica em uma ampliação da contingência.

Veja: sabemos que Posner-econômico buscou previsibilidade, segurança e certeza recorrendo a um princípio normativo unificador (maximização de riqueza). Balkin, na época,

já criticava tal proposta por considerar que ela consistia em uma tentativa de “sufocar” as demandas de justiça radical que estavam associadas ao fortalecimento político de perspectivas éticas minoritárias. Sabemos também que Posner-pragmático abandona a pretensão de unidade normativa, o que nos pareceu, em primeira análise, um salto de qualidade quanto à “responsividade” de sua abordagem.

Contudo, ao recorrer ao empirismo como estratégia de diluição dos conflitos morais, Posner-pragmático continua manifestando o mesmo “incômodo” em relação à existência do pluralismo, pois ele “justifica” tal recurso com base na potencialidade da ciência em gerar consenso (e, portanto, certeza e previsibilidade)

Posner diz, por exemplo, que mais de dois séculos de teoria constitucional não foram suficientes para solucionar as questões relacionadas à interpretação da Constituição, e não existe sequer qualquer sinal de “progresso” em tal resolução. O motivo para tal falta de “progresso” é que a teoria constitucional não teria poder de gerar consenso (*command agreement*), pois não conseguiria convencer pessoas que já não estivessem predispostas a aceitar as prescrições políticas oriundas de tal teoria. Desse modo, a teoria constitucional, embora seja, muitas vezes, retoricamente poderosa, não possui o poder das ciências naturais e sociais de gerar afirmações cogentes.

Que fique claro: Posner não afirma, em lugar nenhum, que o esclarecimento das premissas fáticas poderá “resolver” terminantemente o conflito moral subjacente. Ele sabe que o “recurso ao empirismo” é apenas uma forma de lapidar o conteúdo da norma e *acredita* que, sendo tal empreitada encarada com seriedade, poderá diminuir a intensidade dos conflitos morais. Se entendermos o recurso ao empirismo de tal maneira, não haveria realmente problema de responsividade do sistema jurídico ao seu ambiente (demais sistemas).

Todavia, a sua tentativa de “resolver” o pluralismo ético por meio das ciências naturais e empíricas nos revela que sua abordagem pragmática continua a flertar com a “falácia naturalista”.

Nesse ponto, retornamos ao tópico 3.1.2, no qual expusemos que todo o argumento de Posner “contra” a argumentação moral e a “favor” do “recurso ao empirismo” poderia estar fundamentado em uma “falácia naturalista”. Se for esse o caso, a abordagem pragmática de Posner poderá acarretar um déficit de responsividade do direito para com as demandas de justiça que lhe são dirigidas a partir do seu ambiente, pois uma inadvertida derivação do “dever ser” por um “ser” bloqueará qualquer problematização do “dever ser” pelos indivíduos e grupos que não tiverem suas pretensões atendidas pelo direito.

Posner não chega a cometer tal falácia inequivocamente, mas seu forte desdém pela teoria moral, cumulado com uma forte “confiança” nas ciências naturais e sociais, soa como se ele acreditasse que o direito conseguiria “pacificar” os conflitos morais ao se lastrear na ciência. Reforçamos que tal estratégia só “funcionou” com Cláudia porque existia uma metafísica que permitiu que a investigação científica da personagem resultasse na descoberta da “realidade como ela é”. Posner diz que rejeita a metafísica e rejeita que um padrão de verdade como correspondência para a ciência, mas confia, ainda assim, que as “verdades científicas” terão força para gerar um consenso sobre a moralidade.

Analisemos o caso *United States v. Virginia*, no qual a Suprema Corte decidiu que uma tradicional escola militar americana (Instituto Militar da Virgínia) não poderia se recusar a receber inscrições de candidatas femininas para visualizar o possível déficit de responsividade da abordagem pragmática.

Posner critica o fato de que a Suprema Corte não buscou informações científicas sobre a existência, ou não, de eventuais diferenças entre os gêneros que pudessem ser relevantes para a exclusão de mulheres daquele instituto militar específico. O argumento é pertinente, especialmente considerando que a corte começou a justificar a decisão afirmando que “nem o objetivo de produção de cidadãos-soldados, nem a metodologia atualmente aplicada na escola, são inerentemente inadequados a mulheres”. Todavia, a corte não fornece nenhuma “evidência científica” que sustentasse tal afirmação, a não ser descreditar, genericamente, qualquer compreensão de que existem diferenças entre os sexos que possam fazer a diferença em algumas situações específicas. Posner, então, passa duas páginas apontando as dezenas de possibilidades pelas quais a afirmação da corte (de que a metodologia atualmente da escola não seriam inerentemente inadequada a mulheres ou, pelo menos, a uma convivência próxima entre gêneros diferentes) poderia ser “falsa”.

Ademais, Posner identifica que, ao final, a controvérsia centrou-se na seguinte questão: “a exclusão de mulheres do Instituto Militar da Virgínia irá, provavelmente, fazer mais “mal” às mulheres – seja no aspecto material, psicológico ou pelo menos simbólico – do que a sua inclusão irá prejudicar o projeto de treinamento de cidadãos-soldados”. Contudo, sem apoio empírico, tal conclusão não teria qualquer sustentação. Nas páginas seguintes, aponta mais impropriedades argumentativas (no sentido de afirmação de uma premissa fática sem o devido suporte que a comprove) cometidas pela Corte.

Novamente, o recurso ao esclarecimento dos “fatos” (buscados com o apoio da ciência) marca o tom do que seria a abordagem pragmática de Posner. A corte estabelece premissas fáticas de uma maneira “proto científica”, tal como a premissa de que não haveria

diferença relevante entre os gêneros para o cumprimento da metodologia aplicada no Instituto Militar da Virgínia. Todavia, tais premissas fáticas precisam ser sustentadas por estudos científicos que confirmem sua veracidade para que a conclusão de “forçar o estabelecimento de um ensino misto” seja “aceitável”.

O problema é que, no fundo, a demanda das candidatas femininas se baseia em uma simples premissa *moral* de que “mulheres devem ter acesso aos mesmos recursos que homens”. Os *fatos* relacionados à existência de diferenças biológicas ou psicológicas significativa entre os gêneros é “acessório” à exigência moral, no sentido de que poderão ser utilizados para sustentar uma posição moral quando forem “favoráveis” a tal posição, mas também poderão ser simplesmente “descartados” quando não o forem. Por exemplo: Posner reclama que a Suprema Corte não forneceu “comprovação empírica” para a premissa fática de que “nem o objetivo de produção de cidadãos-soldados, nem a metodologia atualmente aplicada na escola, são inerentemente inadequados a mulheres”. Todavia, tal “comprovação empírica” seria totalmente irrelevante se a Corte tivesse simplesmente dito: “ainda que exista algumas diferenças significativas entre os gêneros que implicarão em uma necessidade de adaptação da metodologia da escola, o “princípio da igualdade” (*Equal Protection Clause*) determina que todos devem ter acesso aos mesmos recursos, independentemente de gênero, etnia, religião etc.”

É claro que, nem Posner, nem a maior parte dos juristas, irá se convencer com fundamentação tão “simples”. Sabemos que existem circunstâncias especiais em que o princípio da igualdade pode ser mitigado, e a discussão é justamente se, no caso da exclusão de mulheres do Instituto Militar de Virgínia, tal discriminação é justificada. Nesse ponto, premissas empíricas (biológicas, psicológicas, socioeconômicas, históricas) podem ajudar os juízes a sustentarem suas conclusões sobre se, afinal, as circunstâncias fáticas são suficientemente “especiais” para justificarem uma mitigação da igualdade.

Contudo, esse é o ponto de vista do *juiz*. Fatos podem ajudar o *juiz* a conformar sua decisão normativa. Do ponto de vista das *partes*, ou pelo menos da parte que “perdeu”, os “fatos” provavelmente serão irrelevantes para arrefecer seu “*moral entitlement*” (senso moral de que se tem “direito a” alguma coisa).

Nesse caso, um constante “recurso ao empirismo” para “desviar dos conflitos morais” pode resultar em uma não apreciação dos pleitos irredutivelmente “morais”. O direito só “atenderia” às demandas de justiça às quais pudessem ser atreladas por argumentos “fáticos/consequencialistas”. Isso excluiria da tutela jurídica todas as demandas que se baseassem em “abstrações” etéreas como “dignidade”, “igualdade” e “liberdade”, pois só as

demandas que conseguissem ser sustentadas em termos de danos “concretos” seriam selecionadas pelo sistema.

O caso *Brown. v. Board* nos ajuda a ilustrar essa afirmação. Posner elogia a decisão de *Brown v. Board* por considerar que a Suprema Corte, ao julgar inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas do país, sustentou a decisão em evidências empíricas de que crianças negras sofriam danos psicológicos em razão de tal segregação. Posner considera que esta é uma decisão acertada, justamente pela “demonstração” empírica dos danos potencialmente causados a generalidade das crianças negras³⁹⁸. Supondo, contudo, que tais evidências não existissem, é provável que Posner dissesse que não haveria razão para a Suprema Corte tutelar tal demanda. Na ausência de uma “comprovação” empírica de consequências danosas (microscópicas ou macroscópicas), a opção pela segregação ou não segregação entre negros e brancos seria exclusivamente um problema de opção política, e não de “direitos”.

Em outras palavras, “dignidade”, “igualdade”, “liberdade”, mobilizados como fins em si mesmo, seriam apenas uma “profissão de fé”, e não fundamentos que pudessem efetivamente conformar a decisão judicial. O problema é que, ao “condenar” tais fundamentos à seara da “fé”, Posner exclui da tutela jurídica determinados bens cujo valor ou relevância não se sustenta em “premissas ou consequências fáticas”. Tais bens só conseguem ser compreendidos por meio de uma linguagem irredutivelmente moral, que, como sabemos, Posner “recusa-se” a apreciar.

Por isso, no tópico 3.1.2, sugerimos que a “falácia naturalista” efetivamente ocorreria apenas no momento em que Posner recusa qualquer função à argumentação moral. Ora, ao proceder desse modo, Posner está supondo que só tem “valor” aquilo que puder ser atrelado ao “empírico” (aos fatos e às consequências fáticas). Só “deve ser”, aquilo que “é”. Contudo, algumas coisas “devem ser” porque realmente “devem ser” no plano irredutivelmente “abstrato”.

No tópico 3.1.3, sugerimos uma interpretação caridosa de Posner, pela qual se adiciona um “complemento” à sua afirmação de que a “argumentação moral é inútil”. O complemento diria: a argumentação moral é inútil para *fins de se obter decisões que gozassem de certeza e previsibilidade em controvérsias cujo conflito moral subjacente fosse profundo.*

³⁹⁸ O argumento utilizado pela Suprema Corte encontra paralelo, na teoria sociopolítica, com a teoria do reconhecimento de Axel Honneth, autor crítico vinculado à Escola de Frankfurt. VER: HONNETH, Axel. *The struggle for recognition. The moral grammar of social conflicts.* The MIT Press: Cambridge, 1995. Verifica-se, assim, mais um indício que a contenda de Posner com os críticos de esquerda é mais ambígua do que pode parecer à primeira vista.

Sabendo, agora, que algum grau de argumentação moral é *necessária* para se obter *responsividade* pelo direito, e sabendo também que “certeza e previsibilidade” são predicados da *consistência*, percebe-se que a abordagem pragmática *compromete a responsividade em prol da consistência*. Quando Posner diz que a “argumentação moral é inútil”, é como se dissesse: “obter-se responsividade a demandas de justiça que não se sustentam em argumentos empiricamente demonstráveis prejudica a consistência do sistema, pois não será possível conferir-se decisões que gozem de padrões de certeza e previsibilidade tipicamente ‘científicos’”.

Desse modo, “medo da contingência” e a tentativa de controlar o espaço de indeterminação, que aparecia de maneira tão “evidente” no Posner-econômico, continua presente em Posner-pragmático. Isso pode soar largamente contra intuitivo, dado que o maior volume de críticas contra o pragmatismo se deve à compreensão de que este possibilita qualquer resultado. Todavia, visualizamos, com o auxílio de Tamanaha, que os realistas jurídicos (ancestrais do pragmatismo legal contemporâneo) incorriam na mesma premissa contraintuitiva de aparentar “aceitarem” a indeterminação do direito, mas, em uma análise mais cuidadosa, estarem preocupados com a consistência.

A busca dos realistas pela certeza da lei. Tendo em vista o prazer com que os realistas criticavam a utilização, por juízes e cientistas do direito, de lugares comuns conceituais e formalistas, é fácil pensar que a intenção de tal escola seria demonstrar a indeterminação inerente da lei e a influência inevitável de que a política tem nas decisões judiciais. Uma série de obras realistas podem ser lidas dessa maneira. Todavia, a maioria dos realistas esperava que o estudo científico social do direito levasse a reformas que melhorassem o funcionamento do direito. Eles desafiaram a noção de que a segurança jurídica poderia ser alcançada nos mesmos termos conceituais e procedimentais utilizados para a natureza, mas não a proposição de que o direito deveria ser substancialmente certo. Holmes, seu herói intelectual, defendeu energicamente testes objetivos para tornar a lei mais previsível e insistiu “que os esforços da lei devem sempre ser direcionados para estreitar a zona de incerteza tanto quanto possível.” Llewellyn clamou que “o que a lei precisa é de um grau administrável de certeza e previsibilidade – o suficiente para que possa seguir em frente.”³⁹⁹

Temos que refletir, ainda, sobre o quão intenso poderá ser esse déficit de responsividade. Primeiro, devemos lembrar que Posner sugere que, na ausência de programas normativos, de conhecimento empírico e de um “sentimento de indignação”, os juízes adotem uma postura de autocontenção e aguardem a resolução da questão pelo legislativo. Essa orientação é dirigida especialmente para as cortes constitucionais. *A priori*, então, eventual

³⁹⁹ TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an End*. *Op.cit.* P. 70. Tradução nossa.

déficit de responsividade pode ser resolvido no âmbito político, pela fixação, pelo legislativo, de uma solução político o para conflitos morais profundos.

Para isso, o sistema político precisaria ser, ele próprio, responsivo a multiplicidade ética do ambiente. Marcelo Neves, cuja tese já foi explicada no tópico 2.5, nos fornece um modelo teórico que supriria tal exigência: um acoplamento estrutural entre “democracia deliberativa” e “direito” (como uma releitura de Habermas e Luhmann) resultaria no fornecimento de um conteúdo politicamente legitimado ao direito, garantindo-se uma responsividade jurídica ao pluralismo.

Comentamos, no tópico 3.2.2, que alguns pragmatistas atrelam a abordagem à democracia deliberativa. Se Posner “concordasse” com tal conexão, não estaríamos mais discutindo o possível “problema da responsividade” de sua abordagem. No julgamento de controvérsias morais profundas, o recurso ao empirismo seria um modo de se lapidar argumentos morais ou ponderar-se adequadamente consequências. Nos casos em que os argumentos das partes não pudessem ser sustentados em termos de premissas ou consequências empíricas, a Corte aguardaria a resolução da questão pelo legislativo por meio dos procedimentos deliberativos, obtendo-se a responsividade necessária.

Todavia, sabemos que o pragmatismo de Posner não tem “valência política”, admitindo-se sua vinculação a qualquer ideologia ou regime político. Nesse caso, eventual sistema político que não respondesse adequadamente ao pluralismo da sociedade não poderia, por lógica, conferir ao direito programas normativos responsivos às controvérsias que se sustentam tão somente nos conceitos etéreos de “dignidade, igualdade e liberdade”. O “problema do déficit de responsividade”, então, ressurgiria.

Ademais, na obra *Law, pragmatism and democracy*, Posner constrói a tese de que o modelo de democracia que melhor se conformaria ao espírito do pragmatismo do cotidiano seria a concepção de Schumpeter (tópico 3.1.3)⁴⁰⁰. Essa concepção “realista” de democracia também não teria valência ideológica no sentido de que compreende que a política se sustenta por meio de compromissos políticos transitórios realizados pelas elites, com alguma referência aos interesses dos grupos sociais. Assim, tal concepção albergaria um compromisso firmado entre “Cláudia” e “Adam” que excluísse absolutamente “Eva”, a depender das

⁴⁰⁰ Schumpeter assim definiu: “A democracia é um método político, ou seja, um certo tipo de arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas - legislativas e administrativas -, e portanto não pode ser um fim em si mesma, não importando as decisões que produza sob condições históricas dadas (p. 304) e também “acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população (p. 336)”. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio: Zahar. 1984.

circunstâncias concretas relacionadas ao balanço do poder⁴⁰¹. Novamente, visualiza-se o “problema do déficit de responsividade”.

Também se visualiza, novamente, uma falta de “comprometimento” com a deliberação ética, mas agora já diretamente no plano da política. Veja-se:

Não nos surpreende, portanto, que em sua teoria da democracia, Posner não esteja interessado em promover métodos para a comunidade desenvolver ideais compartilhados. Em vez disso, a necessidade premente é de um conjunto de agentes de elite para atuar como especialistas em eficiência, cujo objetivo é encontrar os meios mais eficientes para atingir nossos fins que foram herdados. A visão de Posner tem consequências significativas para se pensar sobre a natureza da comunidade democrática. Visto que as pessoas não são encorajadas a fazer qualquer esforço para formar uma comunidade com base em ideais compartilhados, os ideais normativos dominantes da sociedade são deixados à deriva ao acaso. A sociedade se torna pouco mais do que as ações coletivas de indivíduos atomísticos. Assim como acontece quanto ao mercado, Posner entende que o equilíbrio que emerge dos indivíduos que buscam seus próprios interesses privados será suficiente para gerar o ethos social mais amplo. 402

Há salvação? Sim, mas teremos que, novamente, fazer uma interpretação caridosa de Posner.

Lembramos que Posner resiste a indicar expressamente os “fins” e “fundamentos” tanto do direito, quanto da moral. Dworkin, todavia, conseguiu perceber que, pelo menos quanto ao “direito”, a moralidade que informa Posner é uma espécie de evolucionismo moral, que convoca práticas de cooperação social, adaptação e, em última análise, sobrevivência. Demonstramos, no tópico 3.1.3 que, ao construir seu argumento para uma concepção schumpeteriana de democracia, Posner permanece com essa referência.

Isso significa que a defesa de Posner em prol de uma democracia schumpeteriana é sustentada no fato de que o autor acredita que tal modelo é que potencialmente possibilitará um maior grau de satisfações básicas, tais como a diminuição da violência física, razoável prosperidade econômica e razoável satisfação com projetos de vida pessoais. Mais que isso:

⁴⁰¹ Sullivant e Slove criticam especificamente a associação que Posner faz do pragmatismo com a concepção de democracia de Schumpeter. Eles consideram que muitas das concepções contemporâneas que se autorrotulam “pragmáticas” são tão somente senso comum que é mais complacente do que crítico. Os autores acreditam que o pragmatismo filosófico de clássico teria implicações “radicais”, embora não digam exatamente que implicações são essas, já que apenas defendem uma concepção de democracia “idealista” que é bastante comum na filosofia política contemporânea. De todo modo, Posner estabelece, desde o princípio, que o pragmatismo jurídico não se atrela às premissas do pragmatismo filosófico, extraíndo desse tão somente uma disposição de espírito pragmática. VER: SULLIVANT, Michael; SOLOVE, Daniel J. Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. The Yale Law Journal. Vol. 113, 2003, pp. 687 -741.

⁴⁰² SULLIVANT, Michael; SOLOVE, Daniel J. Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. The Yale Law Journal. Vol. 113, 2003, pp. 687 -741. P. 71. Tradução nossa.

Posner acredita que tal concepção de democracia só consegue obter tais resultados porque facilita que vozes minoritárias sejam adequadamente representadas no contexto político, evitando-se uma extremização da arena política.

Em suma: Posner acredita que sua concepção de democracia protege o ambiente pluralista ao se evitar a extremização que pode acarretar violência, além de permitir o estabelecimento de compromissos políticos com grupos setorizados. Ele também acredita que tal “ambiente pluralista” favorece a cooperação social, a adaptação, o bem-estar materiais e a felicidade.

Se Posner estiver correto, então sua abordagem pragmática do raciocínio jurídico, sendo complementada com tal noção de democracia, cumpriria a promessa de “diluir os conflitos morais” (ou ao menos aqueles que podem ser diluídos) para obter consistência, ao mesmo tempo em que obteria responsividade por meio do acoplamento estrutural com uma arena política “pluralista”.

Se Posner estiver errado (e há indicações que possa estar)⁴⁰³, então sua abordagem pragmática do raciocínio jurídico, precisaria ser complementada com outra concepção de democracia que conseguisse cumprir o desafio de garantir a responsividade do direito. Por exemplo, a abordagem de Marcelo Neves muda o foco da democracia deliberativa: em vez do “consenso”, o desafio das estruturas políticas é manter uma liberdade no fluxo de comunicações para garantir a continuidade do “dissenso”.

Posner, contudo, não sabe se está certo ou errado, pois ele próprio admite que a tese exposta em *“Law, pragmatism e democracy”* é sustentada teoricamente, e não empiricamente⁴⁰⁴. É nesse ponto que sua abordagem pragmatista encontra um “limite” dentro de suas próprias premissas: a proposta de, no âmbito judicial, esvaziar-se os conflitos morais com recurso ao empirismo, gera potenciais problemas de responsividade do sistema jurídico ao ambiente pluralista. Para “corrigir” tal problema, a solução para a responsividade deveria advir diretamente da arena política. Todavia, Posner não apresenta, com “firmeza empírica”, uma concepção de democracia que garanta a sobrevivência do pluralismo na arena política.

Isso é motivo para “desistir” completamente da abordagem pragmática posneriana, em âmbito judicial? Acreditamos que não. Pois, aqui também, vale a premissa da

⁴⁰³ Por exemplo, há um debate, na filosofia, sobre concepções de tolerância. Uma concepção de tolerância “liberal” (que é justamente aquela política de “apagamento das diferenças”) seria considerada “repressiva” por homogeneizar a sociedade, tendo em vista que acabará predominando a ética dos grupos majoritários. Desse modo, há uma literatura extensa que propõe uma concepção de “tolerância como reconhecimento das diferenças”. Para uma compreensão mais extensa, VER: GONDIM, Larissa. A política da tolerância e o reconhecimento da diferença. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas Letras e Artes da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. 2011.

⁴⁰⁴ POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy. Op.cit.* P. 4.

“razoabilidade”. Se, de fato, o judiciário utilizar o “recurso ao empirismo” como meio de sufocar pleitos que só são sustentáveis em termos irredutivelmente “abstratos” (“dignidade”, “justiça”, “igualdade”, “liberdade” etc.), incorrerá na “falácia naturalística” e, conseqüentemente, em um *déficit* que responsabiliza. Por sua vez, tal *déficit* poderá ser, ou não, compensado pela atuação das instituições diretamente políticas. ´

Em outras palavras, a investigação científica dos fatos não poderá ser utilizada como estratégia para “desviar” da argumentação moral quando a solução da controvérsia exigir, em razão do tipo de demanda realizada pelas partes, justamente uma argumentação moral, ou quando a própria moralidade impuser uma barreira para tal espécie de investigação. O “recurso ao empirismo” é um apoio para o raciocínio moral, não um “substituto” para tal tipo de raciocínio.

5.2.4.5 Concluindo: o que significa, para uma abordagem sobre o raciocínio jurídico, “ser Cláudia”

Na introdução dessa tese, questionamos: o que exatamente significa, para o ponto de vista de uma abordagem sobre o raciocínio jurídico, “ser Cláudia”?

“Ser Cláudia” é ser vazio de eticidade? É flertar com a paralisia do ceticismo antigo? É adotar uma ideologia neoliberal? É ser vazio de teoria? É ser “inútil” para a prática jurídica? É flertar com a irracionalidade pós-moderna? É abrir espaço para projetos morais homogeneizantes? É colocar em risco o Estado Democrático de Direito? É ser banal?

De posse das percepções obtidas pela testagem das chaves de leitura 1, 2, 3 e 4, podemos responder tais perguntas norteadoras.

“Ser Cláudia” é ser potencialmente vazio de eticidade, caso o “evolucionismo moral” que oriente tal abordagem seja fundado em uma falácia naturalística. Sugerimos, no subtópico 5.2.3 (e resgatando os subtópicos 3.1.2 e 3.1.3) que o evolucionismo moral que informa o pragmatismo de Posner poderá ser entendido como uma falácia naturalística caso se interprete que, quando ele diz: “a teoria moral é inútil”, ele realmente quer dizer que a argumentação moral é absolutamente inútil para qualquer coisa, inclusive para a própria constituição da “moral em si”. Todavia, uma interpretação caridosa de Posner sugere um “complemento” a tal afirmação: “a teoria moral é inútil *para se obter respostas previsíveis e certas em conflitos morais profundos*”. A partir desse complemento, a falácia naturalística fica afastada e o “evolucionismo moral” de Posner se torna uma posição moral “autêntica”, uma vez que não

se rejeita a argumentação em si, mas tão somente a possibilidade da argumentação moral servir como mecanismo para se alcançar certeza e previsibilidade.

Nesse caso, precisamos apenas identificar que tipo de valores informam tal posição moral. Sugerimos, no subtópico 5.2.4.4 que são os valores do liberalismo clássico, mas com um detalhe: pelas considerações que fizemos nos tópicos 4.1.3 e 5.2.2, podemos dizer que, ao longo do tempo, e especialmente diante da visualização de conflitos concretos reais (exercício da função de juiz), o “acento” na prosperidade econômica e no individualismo foram se suavizando, permitindo uma “calibração” do pragmatismo com valores solidaristas.

Seguindo tal linha de raciocínio, “ser Cláudia” é flertar com a paralisa do ceticismo antigo apenas se entendermos que o “evolucionismo moral” que orienta tal abordagem é fundado em uma falácia naturalista, uma vez que, nesse caso, haveria uma derivação do dever ser (qualquer ação direcionada à sobrevivência é moral) de um ser (temos instinto de sobrevivência), conforme argumentamos no final do tópico 5.2.3. Todavia, a partir da nossa “interpretação caridosa”, concluímos que as crenças do pragmatismo seriam autenticamente morais, o que afasta sua vinculação com o ceticismo antigo.

E ainda, “Ser Cláudia” é adotar uma ideologia neoliberal apenas na medida em que os projetos econômicos de tal ideologia colaborarem, ou não, com o “projeto darwiniano”. Ocorre que, como vimos no tópico 2.2, Posner já não confia tanto no projeto econômico neoliberal, o que indica a possibilidade de “adaptação” do pragmatismo para valores solidaristas.

“Ser Cláudia” é ser e ao mesmo tempo não ser vazio de teoria: a) do ponto de vista substancial (normativo), Posner não tenta elaborar um sistema de argumentos encadeados que promova, no estilo de uma “ascensão justificatória”, a fundação do direito em um ou alguns axiomas normativos. A percepção de que o pragmatismo de Posner é informado por um “evolucionismo moral” – que estabeleceria como axioma normativo a cooperação e adaptação para sobrevivência – é trazida por Dworkin, e não por Posner, conforme vimos no tópico 3.1.1. Nesse caso, podemos dizer que o pragmatismo é vazio de uma teoria fundada em axiomas que sejam explicitados e justificados pelo próprio Posner; b) do ponto de vista metodológico, o pragmatismo não descreve e nem prescreve técnicas e modelos de raciocínio “fechados” para valoração moral da controvérsia. Todavia, o pragmatismo sugere uma investigação científica dos fatos para que tal valoração moral seja “facilitada” (esvaziamento ou diluição dos conflitos morais). Nesse caso, há uma espécie de teoria que prescreve técnicas (investigação científica dos fatos) que interferem (facilitam) o julgamento da controvérsia.

“Ser Cláudia” é ser “útil” para a prática jurídica, pois a investigação científica dos fatos, em alguns casos, irá colaborar para a solução da controvérsia. Nos itens 5.2.4.2 e 5.2.4.3 delineamos as limitações e perspectivas da técnica. Inclusive, a confiança depositada na ciência moderna também nos informa que “ser Cláudia” não é ser pós-modernista.

“Ser Cláudia” é abrir espaço para projetos morais homogeneizantes (totalitarismo moral) diante das seguintes condições cumulativas: a) se o judiciário (especialmente cortes constitucionais) avaliar a pertinência dos argumentos morais das partes apenas quando estes forem fundados em premissas empiricamente demonstráveis, alocando ao legislativo a responsabilidade por arbitrar conflitos entre pretensões irreduzivelmente morais e, ao mesmo tempo; b) na arena política, o legislativo também não conseguir responder adequadamente ao pluralismo. Ocorrendo a cumulação de tais condições, o *déficit* de responsividade do sistema jurídico ao ambiente plural se instalaria, permitindo-se, potencialmente, a dominação de algumas racionalidades parciais sobre as outras. Fixamos isso no item 5.2.4.4.

Nesse caso, “ser Cláudia” é colocar em risco o Estado Democrático de Direito caso o “esvaziamento moral dos conflitos” por meio do recurso ao empirismo implicar, justamente, em um profundo *déficit* de responsividade do sistema jurídico ao ambiente plural, nos termos no parágrafo anterior. Todavia, ausentes tais condições, a investigação científica dos fatos colaboraria com a manutenção do Estado Democrático de Direito ao forçar uma “calibrarem” das pretensões dos sistemas de racionalidade parcial, revendo premissas fáticas equivocadas ou levando em considerações as implicações (consequências) de tais premissas. Em outras palavras, a investigação científica dos fatos desempenharia, para o direito, a mesma função que “soluções de compromissos” desempenham para a política: evitar disrupções explosivas, que podem sempre culminar na subversão completa da ordem jurídica e política. Tal conclusão também é obtida a partir do item 5.2.4.4.

Por tudo isso, “ser Cláudia” é ser e não ser “banal”. É ser “banal” nos que diz respeito ao ponto de vista “normativo”, tanto em relação ao estabelecimento dos critérios normativos quanto em relação ao modo de raciocínio para valoração moral da controvérsia. Se o pragmatismo estiver correto em sua descrição do mundo, então não é preciso mais nada além de deixar as rodas da compreensão pragmática correrem⁴⁰⁵.

Todavia, o pragmatismo posneriano (nesse ponto com influência de Dewey e James) não é nada banal a partir do momento em que pressiona a academia e o judiciário a manterem

⁴⁰⁵RORTY, Richard. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. Pragmatism in Law and Society. Vol. 89, 1991.

uma perspectiva científica dos fatos, detectando que o “esclarecimento dos fatos” têm sido negligenciado pelas abordagens moralistas e críticas. As primeiras, se concentrariam excessivamente nas questões “de valor”. As segundas, tenderiam a considerar que, uma vez que tudo é “ideologia”, o resultado das “investigações científica dos fatos” seriam, em si, determinados pelas “questões de valor”. O pragmatismo de Posner, todavia, reconheceria que a distinção entre “questão de fato” e “questão de valor” é apreendida não do ponto de vista filosófico, mas do ponto de vista prático: fazemos tais distinções no cotidiano e elas são úteis para que consigamos obter, em algumas situações, “certeza” e “previsibilidade” nos resultados.

Consequentemente, “ser Cláudia” não é flertar com o ceticismo moderno em nenhum aspecto, tendo em vista que tal abordagem de ceticismo ataca as fundações do próprio raciocínio científico (tais como a possibilidade de se fazer alguma distinção relevante entre valor e fato e obter-se certeza e previsibilidade a partir das investigações empíricas), o que é absolutamente rejeitado pelo pragmatismo posneriano.

Retome-se, agora, que o pragmatismo de Posner, em uma interpretação caridosa e livre da falácia naturalística, também rejeita o ceticismo antigo. Isso o impede de cair na apatia paralisante que potencialmente significaria em uma perda de responsividade ao pluralismo. Ao mesmo tempo, é informado por uma moralidade extremamente vaga, ausente de densificação forte de objetivos e valores, o que o permite se adaptar às diferentes racionalidades parciais que vêm do ambiente.

Se cumularmos a rejeição ao ceticismo moderno, à rejeição ao ceticismo antigo e a uma concepção de moralidade extremamente vaga, entendemos que o pragmatismo permite que, em um ambiente de pluralismo ético pós-metafísico (em que os “valores” tornam-se muito “inseguros” do ponto de vista da previsibilidade e certeza), o direito ainda consiga se apoiar em um terreno cognitivo mais firme (novamente, do ponto de vista da previsibilidade e certeza), pelo menos em relação aos “fatos”.

Posição semelhante é defendida por Tamanaha. Ao avaliar o cenário de dominância das concepções instrumentalistas sobre o direito, que implica em uma mobilização do direito, por diversas escolas de pensamento jurídico, para seus interesses opostos, o autor explica que um sistema jurídico maduro precisa conter uma teoria fundamentalmente normativa que permita a articulação explícita de tais propósitos, de modo que visões concorrentes possam ser avaliadas umas contra as outras. Todavia, se tal sistema quiser ser saudável, precisa conter um elemento adicional nessa mistura; a presença de uma escola de pensamento que não seja

orientada normativamente, ou seja, que não apoie qualquer versão particular do direito advogado pelas escolas instrumentalistas e normativas.

Deve haver pelo menos uma abordagem dedicada a testar, questionar e desafiar as afirmações empíricas de cada uma dessas escolas, sem favoritos. Essa abordagem deve se esforçar para deixar de lado os valores e chegar aos fatos envolvidos nas questões jurídicas de uma forma que nos permita avaliar criticamente o direito, bem como as reivindicações feitas por cada uma das escolas concorrentes, de modo que decisões informadas possam ser tomadas no curso da construção da lei para servir aos propósitos que escolhermos.^{406,407}

Tamanaha, então, encontra tal abordagem no que ele chama de “estudos de sociologia do direito” (*sociolegal studies*), que avançariam nada menos do que a investigação científica dos fatos proposta por Posner⁴⁰⁸.

Tendo respondido às perguntas norteadoras, passamos a conclusão.

⁴⁰⁶ TAMANAHA, Brian Z. Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 41, 1996, pp. 315-356. P. 54.

⁴⁰⁷ Inclusive, em outros dois textos Tamanaha avança em suas contribuições para tal concepção sobre o direito. conferir certa dignidade (ou identidade) para as concepções sociológicas do direito. Em “The Third Pillar Of Jurisprudence: Social Legal Theory”, o autor defende a importância de se “nomear”, de maneira unificada, tais concepções, entendendo que uma concepção sobre o direito só se torna “relevante” na academia quando obtém uma identidade própria. Já em “A Socio-Legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications”, o autor sugere distinções analíticas úteis para incrementar a metodologia dos estudos empíricos relacionados ao papel da ideologia na conformação das decisões judiciais. VER: TAMANAHA, Brian Z. The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory. **William & Mary Law Review**. Vol. 56, n. 6, 2015, pp. 2235-2278; TAMANAHA, Brian Z. A Socio-Legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications. **Fordham Law Review**. Vol. 75, n. 3, 2006, pp. 1255-1274.

⁴⁰⁸ O autor explica que o pragmatismo filosófico não tem nada a oferecer à teoria jurídica normativa, uma vez que é vazio de normatividade. Nesse caso, identifica que muitas das atuais teorias pragmáticas são, na verdade, teorias normativas que tentam se utilizar do status do pragmatismo para incrementarem a credibilidade suas próprias posições normativas. Todavia, os pragmatistas filosóficos clássicos não teriam defendido efetivamente nenhum resultado ou doutrina em particular, mas tão somente a aplicação do método científico na coleta do conhecimento. Justamente em razão de tal vazio normativo, “o pragmatismo serve como a base teórica perfeita para os estudos de sociologia do direito (social-legal studies).” Nesse caso, Tamanaha se posiciona contra a visão de que os estudos sociológicos deveriam ser uma fonte de ativismo político, pois, se assim fosse, tais estudos perderiam o seu traço distintivo: “a busca normativamente vazia e desinteressada de conhecimento sobre direito, fundamentado em observação atenta e testes críticos. Este é o maior serviço que os estudos sociolegais podem fornecer à teoria do direito, bem como à sociedade. Se os estudos sociolegais não cumprem essa função, não merecem carregar a bandeira da ciência; e, mais importante, a teoria jurídica será empobrecida.” TAMANAHA, Brian Z. Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction. *Op.cit.* P.55.

6 CONCLUSÃO

Na introdução dessa tese estabelecemos a seguinte pergunta-problema: “*As propostas hermenêuticas defendidas por Richard Posner em suas duas ‘fases’ – sendo a primeira voltada para o mandamento de ‘maximização de riqueza’, nos termos de uma ‘análise econômica do direito’, e a segunda voltada para uma atenção às consequências pragmáticas da decisão, nos termos de um ‘pragmatismo do cotidiano’ - são, de fato, tão repulsivas, desumanas, perigosas, antidemocráticas e ideologicamente comprometidas com um projeto de neoliberalismo econômico quanto acredita o imaginário coletivo da comunidade acadêmico-universitária?*”. Resumindo tal pergunta, e em linguagem figurada: *Posner é um monstro?*

Para responder, traçamos o seguinte caminho: no capítulo 2, analisamos as críticas de Dworkin, Balkin, West, Sandel e Luhmann à “análise econômica do direito” de Posner, tal qual teria sido formulada inicialmente. Em cada subtópico, indicamos se, e em que medida, a transição de Posner para o pragmatismo teria “resolvido” aqueles pontos de crítica. No capítulo 3, analisamos as críticas de Dworkin (representando os “moralistas”) e de Fish e Rorty (dois autores que se enquadrariam, cada um a seu modo, na tradição do pragmatismo) ao pragmatismo de Posner.

Ao final do capítulo 3, percebemos que havia um volume muito grande de “contradições” teóricas (entre as abordagens econômica e pragmática e dentro de própria abordagem pragmática), performativas e entre as funções profissionais de Posner. Desse modo, utilizamos o capítulo 4 para fixar tais pontos de contradição, pois entendemos que, para compreender adequadamente o pensamento de Posner, seria preciso encontrar uma chave de leitura que conseguisse explicá-las. Descartamos, ainda no capítulo 4, três potenciais chaves de leitura que foram construídas a partir da percepção de Balkin de que Posner teria um “comprometimento ideológico” e de uma percepção difusa, dentre os críticos, de que Posner seria meramente um polemicista.

No capítulo 5, construímos, com o auxílio da “Fragilidade da Bondade”, de Nussbaum, uma “meta chave de leitura” que pudesse explicar as contradições de Posner: para objetos normativos, a distinção fundamental entre uma razão teórica (platônica) e uma razão prática (aristotélica), consistiria na forma como tais racionalidades lidam com a contingência. A razão teórica busca controlar a contingência (o espaço de indeterminação), aprisionando os elementos fugazes da ética ou da justiça. A razão prática se abre à indeterminação, ou seja,

aceita a vulnerabilidade diante das contingências, o que permite a construção de uma autêntica vida moral.

De posse dessa meta chave de leitura, testamos, no tópico 5.2, algumas chaves de leitura que buscavam “explicar” as contradições de Posner justamente por meio de transições entre arquétipos de racionalidade. Cada arquétipo foi trabalhado considerando-se especialmente o “modo” pelo qual se lida com a vulnerabilidade à contingência. A série “*Dark*” nos forneceu uma narrativa que nos permitiu visualizar tais arquétipos “em ação”, o que favoreceu a detecção dos “problemas” oriundos da assunção de cada padrão de racionalidade.

O personagem “Jonas” representou o arquétipo da razão platônica, pois suas ações, na história, ilustram a pretensão do platônico de “controlar” a contingência, de modo a se proteger do “sofrimento” que, eventualmente, irá advir da convivência entre seres humanos imperfeitos e de um direito imperfeito.

Enquadramos Posner-econômico como “Jonas” (ou seja, como razão platônica), considerando que a proposta exposta em *Economic Analysis of Law* pressupunha um critério normativo a ser aplicado de maneira exclusiva (a maximização da riqueza) e modelos de raciocínios rígidos, tipicamente matemáticos. Sugerimos, no tópico 5.2.1 (que, por sua vez, recebeu apoio dos tópicos 2.2 e 4.1.2) que Posner-econômico buscava “laçar” e controlar os elementos fugazes da ética e da justiça, temendo a indeterminação.

A partir daí, o “desafio” consistiu em encontrar um arquétipo de racionalidade que conseguisse abarcar não apenas as características de “Posner-pragmático”, como também a “movimentação” entre as diferentes fases do pensamento de Posner.

Nesse caso, buscamos visualizar as interações de Jonas com seus principais aliados e opositores (Adam, Martha e Eva), pois tais relações de afinidade e antagonismo poderiam nos fornecer uma “luz” para compreender Posner-pragmático.

O personagem “Adam” representou o arquétipo do ceticismo moderno, que compreendemos ser uma forma de corrupção da razão platônica, pois rejeita justamente aquilo que é “básico” para o platonismo: certeza, previsibilidade, controle. A corrupção ocorre justamente porque, diante da inevitável frustração por não conseguir controlar os objetos normativos do mesmo modo que controla os objetos naturais, o platônico perde a fé na própria razão. Por isso, o ceticismo moderno aparece tipicamente como um ceticismo epistemológico. Descartamos o enquadramento de Posner-pragmático em tal arquétipo, uma vez que a confiança deste na “ciência” é incompatível com tal tipo de ceticismo.

A personagem “Martha” representou o arquétipo da razão aristotélica, pois suas ações, na história, ilustram a abertura do aristotélico à vulnerabilidade de uma vida autenticamente moral. O aristotélico aceita que o “preço” da *Eudaimonia* é o risco do sofrimento. Descartamos o enquadramento de Posner-pragmático em tal arquétipo, uma vez que, para uma concepção autenticamente aristotélica, é imprescindível a reflexão ou argumentação moral, algo que Posner-pragmático desdenha com vigor.

A personagem “Eva” representou o arquétipo do ceticismo antigo, que compreendemos ser uma forma de corrupção da razão aristotélica, pois rejeita aquilo que é fundamental para que o aristotelismo não se torne “vazio”: crença e comprometimento com uma vida moral. A corrupção ocorre a partir do momento em que o aristotélico, angustiado em razão dos vários dilemas de lealdade que enfrenta, procede a mais e mais deliberações para conseguir conciliar tais lealdades, embarcando em um processo argumentativo que só não se torna “*ad infinitum*” porque, em algum momento, é arrebatado por uma sensação de suspensão de suas crenças e comprometimentos, tornando-se um “ceticista moral”. Descartamos o enquadramento de Posner-pragmático em tal arquétipo, uma vez que uma interpretação caridosa nos indicará que ele mantém um compromisso com determinados valores, ainda que “resista” a explicitá-los.

Não sendo possível enquadrar Posner em nenhuma dos tradicionais arquétipos da filosofia ocidental acerca da racionalidade, retomamos a narrativa de *Dark*.

Percebemos que, na série, os quatro arquétipos acabam se enredando em um ciclo de disputas do qual não existe saída, visto que uns influenciam continuamente as ações dos outros.

A “saída do ciclo”, em *Dark*, só foi conseguida com a inserção de uma nova personagem, Cláudia. Esta personagem passa ao largo da disputa entre “o mundo de Jonas/Adam” e o “mundo de Martha/Eva”. Ela interage superficialmente com os quatro personagens-protagonistas, mas não se firma nas premissas de nenhum. Em um paralelo, podemos dizer que a disputa entre Jonas, Adam, Martha e Eva consiste na “disputa” entre as perspectivas sobre a “verdade” da filosofia ocidental ortodoxa (objetivismos e ceticismos). Cláudia, todavia, recusa-se a assumir qualquer das posturas, pois ela não está interessada em na “verdade” ou na “moralidade”, em si. Ela está interessada em alcançar determinado objetivo prático, independente da percepção de se existe, ou não, “verdade” e se é possível, ou não, “conhecê-la”. Cláudia, assim, é uma “pragmática não ortodoxa”, e é arquétipo que representa “Posner-pragmático”.

Sendo uma pragmática não ortodoxa, Cláudia assumirá alguns elementos, e rejeitará outros, de cada concepção ortodoxa.

Em relação ao platonismo e ao ceticismo moderno, Cláudia nem acredita que a razão teórica será a “chave para tudo”, tal qual o platônico, nem rejeita a possibilidade de tal instrumento servir para obter algum controle, sobre alguns objetos específicos.

Em relação ao aristotelismo e ao ceticismo antigo, Cláudia nem submete suas crenças, explicitamente, a um processo de deliberação ética, mas também não age motivada apenas por instintos desumanizantes.

O ponto chave para compreender “como é possível” que Cláudia, mesmo sem uma reflexão moral profunda de suas crenças, não recaia em um ceticismo moral, reside justamente no fato de manter a confiança na razão teórica. Se alguém confia na ciência, significa que tal pessoa confia que podemos controlar e modificar pelo menos parte da realidade que nos cerca. Nesse caso, o cientista mantém “esperança” em uma vida “melhor”, ainda que não se preocupe em definir e justificar precisamente o que é “melhor”. Há uma crença moral operando no pragmatismo, pois o próprio termo “melhor” significa que algum valor está a ser atribuído a alguma coisa no raciocínio pragmático. Ademais, as crenças (ainda que vagas) do pragmático conseguem ser alimentadas justamente pela referência a pequenos, porém constantes progressos obtidos por meio do auxílio da razão teórica.

Nesse ponto, percebe-se que o “auxílio” que o pragmatismo posneriano busca na ciência relaciona-se com o “esclarecimento dos fatos”, perseguidos em três níveis diferentes para possibilitar uma diluição dos conflitos morais: a) prova dos fatos que deram à controvérsia; b) lapidação das premissas fáticas dos argumentos morais das partes; c) previsão de consequências fáticas de cada possível decisão. Nos tópicos 5.2.4.2 e 5.2.4.3, apresentamos algumas das limitações de tal “técnica” de diluição dos conflitos morais.

O acento da abordagem pragmática, assim, não é no plano normativo, mas sim no plano empírico. Ocorre que, no plano normativo, o pragmatismo não nos oferece nem critérios normativos e nem diretrizes minimamente firmes para se obter, na prática, tais critérios. De fato, Posner se recusa, inclusive, a responder de maneira direta quais valores e objetivos poderão “guiar” a atribuição do adjetivo “melhor” a dois cenários distintos. Em outras palavras, Posner não responde à seguinte pergunta: “Melhor para quê?”

Com algum esforço, contudo, e uma fundamental ajuda de Dworkin, conseguimos traçar que, em última análise, os valores que orientam o pragmatismo é simplesmente uma mixagem de valores do liberalismo clássico e do utilitarismo, com diferentes calibrações ao longo do tempo (ora pendendo mais para um extremo individualismo, ora com traços de

solidarismo). Certamente, a normatividade do pragmatismo é extremamente vaga, o que torna tal abordagem “inútil” para alguém que procure uma maior segurança na escolha dos critérios normativos. A essa mixagem “vaga” de valores, atribuiu-se o nome de “evolucionismo moral”.

Todavia, diante de uma normatividade tão vaga, o que é “melhor” pode acabar sendo “qualquer coisa” que o sujeito solipsista que detém o poder (ou o grupo ou sistema parcial dominante) queira que seja. Um olhar mais profundo na narrativa de Cláudia, então, nos revelou que havia certo risco da ocorrência de um “totalitarismo moral” a partir da assunção de uma abordagem pragmática. Posner-pragmático, afinal, permanece a “temer a contingência”, mas em vez de tentar capturar e dominar os elementos fugidios da justiça, busca “fugir” de tais elementos por meio de uma tentativa de diluição dos conflitos morais. Desse modo, o problema da responsividade, característico da sua fase “análise econômica do direito”, volta a aparecer.

No item 5.2.4.4, exploramos tal risco ao avaliar em quais situações uma abordagem pragmática poderia incorrer em um *déficit* de responsividade do sistema jurídico ao seu ambiente. Concluimos que tal risco existe na presença de duas condições cumulativas: a) quando a estratégia de diluição dos conflitos morais por meio do recurso ao empirismo implicar na recusa do judiciário em responder a exigências de justiça que não possam ser formuladas ou criticadas por meio de uma referência aos fatos, remetendo-se tais controvérsias para o legislativo, e; b) quando o poder legislativo não conseguir absorver e processar adequadamente o pluralismo ético.

Já no item 5.2.4.5, utilizamos todo o conhecimento obtido ao longo do “percurso” para responder às perguntas norteadoras delineadas na introdução. Afastamos uma associação entre o pragmatismo e os ceticismos antigo e moderno (pós-modernismo). Explicamos em quais sentidos o pragmatismo poderia ser considerado “vazio de eticidade e de teoria”. Admitimos que, em algumas situações, uma abordagem pragmática poderá acarretar risco para projetos morais homogeneizantes e, conseqüentemente, para o Estado Democrático de Direito. O principal, contudo, foi que concluimos que o pragmatismo de Posner, com sua insistência a uma “investigação científica dos fatos”, é “útil” e nada banal.

Nesse caso, estamos preparados para responder à pergunta-problema. O que segue, então, é nossa tese.

Posner é um monstro?

Não, Posner não é um monstro. Posner é alguém que teme a contingência no direito, ou seja, o espaço de indeterminação.

Na sua fase “análise econômica”, ele tenta aprisionar os elementos fugidios da justiça por meio de uma unificação da ética em um critério axiomático (a maximização da riqueza) a ser mobilizado em estruturas rígidas de pensamento, o que implica uma tentativa de utilização da razão teórica (platônica) para objetos normativos.

Na sua fase pragmática, ele permanece “temendo a contingência”, mas modifica sua estratégia: em vez de tentar controlar (aprisionar) a ética em uma estrutura de raciocínio platônico, ele busca *escapar* (desviar, diluir, esvaziar) dos conflitos morais por meio do “recurso ao empirismo” (razão teórica/platônica).

Tal recurso consiste na “elucidação dos fatos” com auxílio das ciências naturais e sociais (incluindo a economia), em três níveis: 1) prova dos fatos concretos que originaram a lide; 2) lapidação das premissas fáticas que sustentam argumentos morais; 3) previsão das consequências que provavelmente seguirão a determinada decisão. Nesse ponto, o pragmatismo posneriano efetivamente consegue, em algumas situações, “esvaziar os conflitos morais” por meio da “elucidação dos fatos”, reduzindo complexidade.

Contudo, o problema de saber se tal estratégia de redução de complexidade é, em si, moralmente aceitável, é algo que o pragmatismo posneriano não consegue enfrentar no quadro de próprias premissas. O problema é que Posner parece pressupor que tal estratégia – tipicamente vinculada ao liberalismo clássico – irá favorecer a manutenção do pluralismo na sociedade, que, por sua vez, é algo “darwinianamente” necessário para a cooperação entre indivíduos, adaptação da sociedade e, em último nível, sobrevivência. Todavia, é possível visualizar objeções a tal pressuposto, no sentido de que, talvez, a estratégia de “esvaziamento dos conflitos morais” favoreça a homogeneização da sociedade, e não o reconhecimento da diversidade. Tais objeções, todavia, não devem ser utilizadas para “descartar”, de imediato, a proposta pragmática de Posner, mas sim para manter uma constante observação se a estratégia efetivamente têm “funcionado” para alcançar o seu “objetivo”.

Mas afinal, que “objetivo” é esse? Simplesmente evitar situações “catastróficas”. Em uma versão positiva: conseguir manter uma razoável paz social, uma razoável prosperidade econômica e um razoável senso de felicidade.

Ao fim, uma interpretação caridosa do pragmatismo de Posner aproveita aquilo que o “ponto forte” de tal abordagem: dar atenção aos fatos que circunscrevem um conflito jurídico. A análise econômica do direito, hoje, em conjunto com demais sociais e, inclusive, ciências naturais, deve fornecer aos juízes os insumos empíricos que eles precisam para, na prática, conseguirem ter uma boa percepção dos “fatos” que circundam uma demanda.

Isso significa que um reenquadramento da “análise econômica do direito”, pelo pragmatismo, coloca o “acento” nos fatos, não nos critérios normativos. Reduzindo-se a pretensão com o que pode se obter por meio das ciências sociais e naturais (de forma geral, por meio do empirismo), ocorre, na verdade, um destaque da função que tais ciências podem desempenhar para o equilíbrio do sistema.

Em um mundo de conflitos entre Jonas, Martha, Adam e Eva, às vezes, tudo o que precisamos é de uma Cláudia que consiga perceber que as premissas da discussão estão simplesmente equivocadas. Quando isso não for suficiente, aí sim, será imprescindível recorrer a abordagens moralistas – sabendo, obviamente, que estas não nos tiram do ciclo sem saída.

REFERÊNCIAS

- BALKIN, Jack M. Deconstructive practice and legal theory. **Yale Law Journal**, v. 96, [s.n.], 1986, p. 743-786.
- BALKIN, Jack M. Nested oppositions. **Yale Law Journal**, v. 99, n. 7, 1990, pp. 1669-1705.
- BALKIN, Jack M. The Domestication of Law and Literature. **Law & Social Inquiry**. Vol. 14, 1989, pp.787-822.
- BALKIN, Jack M. Too Good to Be True – The Positive Economic Theory of Law. **Columbia Law Review**. Vol. 87, 1987, pp.1447-1489.
- BALKIN, Jack M. Transcendental deconstruction, transcendent justice. **Michigan Law Review**, v. 92, n. 5, 1994, p. 1131-1186.
- BALKIN, Jack M. Understanding legal understanding: the legal subject and the problem of legal coherence. **Yale Law Journal**, v. 103, [s.n.], p. 105-176.
- BECK, James. There'll Always Be Posner. **Drug and Device Law**. 2010. Disponível em:<<https://www.druganddevicelawblog.com/2010/01/therell-always-be-posner.html>>.
- BIX, Brian H. Law and economics and the role of explanation: A comment of Guido Calabresi, The Future of Law and Economics. In: *European Journal of Law and Economics*, 2018.
- BLOMQUIST, Robert. F. Judge Posner's Pragmatism in Action. 1981-2011. **Valparaiso University School of Law. Legal Studies Research Paper Series**, 2012.
- CARNEIRO, Wálber. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista de Direito Mackenzie**. Vol. 12, n.1, 2018, pp.129-165.
- CARNEIRO, Wálber; PEARCE, Alessandra; OITAVEN, Daniel. Hard cases – Wálber Carneiro – Princípios e análise eco-lógica do direito. Canal Daniel Oitaven Pearce e Alessandra Oitaven Pearce. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YH5IU5wrfQA&t=9855s>>
- CAUDILL, David S. Freud and Critical Legal Studies: Contours of a Radical Socio-Legal Psychoanalysis. **Indiana Law Journal**. Vol. 66, n. 3, 1991, pp. 651-697.
- CHOI, Stephen; GULATI, G. Mitu. Mr. Justice Posner? Unpacking the Statistics. **New York Annual Survey of American Law**. Vol. 61, 2005, pp. 19-43. Disponível em: <<file:///C:/Users/aless/Downloads/SSRN-id647738.pdf>>
- CHOI, Stephen; GULATI, Mitu. Choosing the Next Supreme Court Justice: An Empirical Ranking of Judge Performance. **Southern Californian Law Review**. Vol. 78, 2004, pp. 23-45.

COSTA, Alexandre Araújo. Moral theology for hedgehogs. Ronald Dworkin's Theory of Justice. **Direito.UnB**, January – June, v. 01, i.01, 2014, pp. 191-2008.

COTTER, Thomas. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. **Georgetown Law Journal**. Vol. 84, n. 6, 1996, pp.2071-2142.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DEAN, Michelle. Stanley Fish on the impossibility of arguing with Trump supporters. **The Guardian**. Philosophy Books. 22 Jul 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/books/2016/jul/22/stanley-fish-donald-trump-winning-arguments-2016-election>>.

DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas. A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, número especial em memória do Profº Washington Peluso, 2013, pp.327-352

DOMNARSKI, William. **In the Opinion of the Court**. University of Illinois Press, 1996.

DOMNARSKI, William. **Richard Posner**. New York: Oxford University Press, 2016.

DONOHUE III, Jonh; AYRES, Ian. Posner's Symphony N.3: Thinking About The Unthinkable. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, 1987.

DWORKIN, Ronald. Darwin's New Bulldog. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006.

DWORKIN, Ronald. In praise of theory. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? **The Journal of Legal Studies**. Vol. 9, n.2, mar, 1980, pp. 191-226.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**. Vol. 25, No. 2, 1996, pp. 87-139.

DWORKIN, Ronald. Philosophy & Monica Lewinsky. **The New York Review**. 9 de março, 2000. Disponível em:
< <https://www.nybooks.com/articles/2000/03/09/philosophy-monica-lewinsky/>>

DWORKIN, Ronald. Pragmatism and law. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2006.

DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**. Vol.29, 1997, pp. 431- 456.

FARREL, Hery. Richard Posner has finally become a pragmatist. Crooked Timber. Set 2017. Disponível em: <<https://crookedtimber.org/2017/09/14/richard-posner-has-finally-become-a-pragmatist/>>

FISH, Stanley. Almost pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence. **University of Chicago Law Review**, Vol. 57, 1990, pp. 1448–49.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida. Às portas da lei'(?): reflexos do diálogo divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspectiva do Homem perante o Direito. **Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias**. Estudos e Ensaios, n.º 12, 2008, pp. 133-154.

GONDIM, Larissa. A política da tolerância e o reconhecimento da diferença. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas Letras e Artes da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. 2011.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**. Vol. 10, 1897. Disponível em: < <http://emoglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>>

HONNETH, Axel. **The struggle for recognition**. The moral grammar of social conflicts. The MIT Press: Cambridge, 1995.

HUFF, Darrel. **Como mentir com estatística**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

JAMES, William. Pragmatismo. Segunda conferência. O que significa o pragmatismo. In: CIVITA, Victor (ed.). **Os Pensadores**. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1974, pp. 09-22.

JAMES, William. Pragmatismo. Sexta conferência. Concepção da verdade no pragmatismo. O que significa o pragmatismo. In: CIVITA, Victor (ed.). **Os Pensadores**. Vol. XL. 1ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1974, pp. 23-37.

KELMAN, Mark G. Trashing. **Stanford Law Review**. Vol. 36, n.1/2. Critical Legal Studies Symposium, 1984, pp. 293-348.

LACERDA, Bruno Amaro. **Raciocínio Jurídico**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

LAKE, Peter F. Posner 's Pragmatist Jurisprudence. **Nebraska Law Review**. Vol. 73. N. 3, pp. 546-642.

LEAL, Fernando; WERNECK, Diego. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

LEITER, Brian. In Praise of Realism (and Against 'Nonsense' Jurisprudence)". **Georgetown Law Journal**. Vol. 100, 2012, pp.865-894.

LEITER, Brian. Objectivity, morality, and adjudication. In: LEITER, Brian. **Objectivity in law and morals**. Cambridge University Press, 2001.

LINHARES, José Manuel Aroso. Decisão judicial, realismo de complexidade e maximização da riqueza: uma conjugação impossível? **Boletim de Ciências Econômicas**. Vol.1753, 2014.

LINHARES, José Manuel Aroso. **O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade**. Sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo? Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

LINHARES, José Manuel Aroso. O pragmatismo interdisciplinar de Posner como “teoria” da decisão judicial. In: ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LLEWELLYN, Karl. **The Common Law Tradition: Deciding Appeals**. Boston: Little Brown & Co, 1960.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Ensaio de Teoria do Direito**. [S.l]: Saraiva, 2013.

MARTÍN, Cristina. "Googling" Your Way to Justice: How Judge Was (Almost) Correct in His Use of Internet Research in *Rowe v. Gibson*. **Seventh Circuit Review**. Vol. 1, n. 1, 2005.

MCWORTHER, John. The Genesis of ‘Isms’. (Palestra) Aspen Ideas Festival. The Aspen Institute, 2009. Disponível em:

MINDA, Gary. Jurisprudence at Century’s End Author. **Journal of Legal Education**. Vol. 43, No.1 (March 1993), 1993, pp. 27-59.

MINDA, Gary. Law and Economics. In: **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End**, 83-105. New York; London: NYU Press, 1995.

MISAK, Cheryl. Making Disagreement Matter: Pragmatism and Deliberative Democracy. *The Journal of Speculative Philosophy*. **New Series**. Vol. 18, n.1, 2004, pp. 9-22.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de C. **Ordem Jurídica, Poder Político, e Economia**. Belo Horizonte: Arraes: 2019.

MYSTAL, Elei. Richard Posner is Retiring. **Above the Law**. Set 2017. Disponível em: <<https://abovethelaw.com/2017/09/richard-posner-is-retiring/>>

NEDEL, Antônio. **Uma tópic jurídica**. Clareira para emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, Castanheira. “Entre o Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, vol. LXXIV.

NEVES, Castanheira. **Metodologia jurídica**. Problemas Fundamentais. Coimbra editora: 1993.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

NUSSBAUM, Martha C. **A fragilidade da bondade**. Fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NUSSBAUM, Martha C. Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law. **Harvard Law Review**. Vol. 107, n. 3, 1994, pp. 714–744.

NUSSBAUM, Martha C. Still Worthy of Praise. **Harvard Law Review**. Vol. 111, n. 7, 1998, pp. 1776–1795.

NUSSBAUM, Martha. "Only Grey Matter"? Richard Posner's Cost-Benefit Analysis of Sex (reviewing *Sex and Reason* by Richard A. Posner), **University of Chicago Law Review**. Vol. 59, n. 4, art. 9, 1992, pp. 1689-1715.

O'NEILL, Onora. **Em Direção à Justiça e à Virtude**. Uma exposição construtiva do raciocínio prático. [S.l]: Editora Unisinos, 2005.

PAGANINI, Gianni. **A querela sobre o ceticismo antigo e moderno: algumas reflexões sobre Descartes e seu contexto**. Sképsis, ano IV, nº7, 2011, pp. 88-113.

PEIRCE, Charles S. Como tornar claras nossas ideias. **Collected Papers**. Universidade da Beira Interior V, pp. 388-410. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-peirce-how-to-make.pdf>>

POPKIN, Richard. **The History of Skepticism**. From Savonarola to Bayle. Revised and expanded edition. New York: Oxford University Press, 2003.

PORTO, Ronaldo. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard A. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication. **Hofstra Law Review**. Vol.8, n. 3, 1980, pp. 487-507.

POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993 (1 ed. impressa).

POSNER, Richard A. The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman. **The Journal of Legal Studies**. Vol.9, n.2, mar.1980, pp.243-252.

POSNER, Richard A. Utilitarianism, economics, and legal theory. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 8, n. 1, jan. 1979, pp.103-140.

POSNER, Richard. **A failure of capitalism: the crisis of 08' and the descent into depression**. Harvard University Press, 2009.

POSNER, Richard. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review**, Vol.73, n. 1, 1998, pp.2-22.

POSNER, Richard. An Affair of State: an exchange. **The New York Review**. 27 de abril, 2000. Disponível em: < <https://www.nybooks.com/articles/2000/04/27/affair-state-exchange/>>

POSNER, Richard. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. Entrevista concedida a Adam Liptak. **The New York Times**. Set 2017. Disponível em:<<https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html>>

POSNER, Richard. An Interview with Judge Richard A. Posner. Entrevista concedida a Joel Cohen. **ABA Journal**. 1 de Julho, 2014. Disponível em: <https://www.abajournal.com/magazine/article/an_interview_with_judge_richard_a_posner>

POSNER, Richard. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**. Vol.29, 1997, pp.377-388.

POSNER, Richard. **Divergent Paths**. The academy and the judiciary. Harvard University Press: 2016. P. X-XII.

POSNER, Richard. How I Became a Keynesian. **The New Republic**. 23 de setembro, 2009. Disponível em:<<https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>>

POSNER, Richard. **How Judges Think**. Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard. Judge Richard Posner speaks to NPR. Entrevista concedida a Nina Totenberg. **NPR**. 5 de julho, 2012. Disponível em:<<https://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2012/07/05/156319272/federal-judge-richard-posner-the-gop-has-made-me-less-conservative>>

POSNER, Richard. Judge Richard Posner speaks to NPR. Entrevista concedida a Nina Totenberg. **NPR**. 5 de julho, 2012. Disponível em:<<https://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2012/07/05/156319272/federal-judge-richard-posner-the-gop-has-made-me-less-conservative>>

POSNER, Richard. **Justice for Pro Se's**. [S.l]: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2018.

POSNER, Richard. **Law and Literature**. 3rd. Harvard University Press: 2009

POSNER, Richard. **Law and Literature: A Misunderstood Relation?** Cambridge: Harvard University, 1989.

POSNER, Richard. **Law, pragmatism and democracy**. Harvard University Press, 2003

POSNER, Richard. **Overcoming law**. Harvard University Press: Cambridge, 1995.

POSNER, Richard. **Reflections on judging**. Harvard University Press: Cambridge, 2013

POSNER, Richard. The ethical significance of free choice. A reply to Professor West. **Harvard Law Review**, 99, 1986, pp. 1431-1448.

POSNER, Richard. **The Federal Courts**. Challenge and Reform. 2nd print. Harvard University Press: 1999. P. XIV e XV.

POSNER, Richard. The Problematics of Moral and Legal Theory. **Harvard Law Review**. Vol. 111, n.7, 1998. Pp. 1637-1717.

POSNER, Richard. The regulation of the Market in Adoptions. **Boston University Law Review**. Vol. 67, 1987, pp. 59-72.

POSNER, Richard. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**. Vol. 63, 2007, pp. 9-14.

POSNER, Richard. What is obviously wrong with the Federal Judiciary, yet eminently curable. Part I. **Green Bag 2D**. Vol. 19, pp. 187-200. P. 1. Disponível em: <http://greenbag.org/v19n2/v19n2_articles_posner.pdf>

POSNER, Richard; LANDES, Elizabeth. The Economics of the Baby Shortage. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 7, n. 2, 1978, pp. 323-348

POSNER, Richard; LANDES, William. **The Economic Structure of Tort Law**. Harvard University Press: 1987.

POSNER, Richard; SANDEL, Michael. Can markets corrupt social values? **New Economic Thinking**. 17 de dezembro, 2008. Disponível em:<https://www.youtube.com/watch?v=s_1k7UsPXpI&t=15s>

RORTY, Richard. Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress. **Annual Dewey Lecture in Law and Philosophy**, 2006. Disponível em:<<https://www.law.uchicago.edu/recordings/richard-rorty-dewey-and-posner-pragmatism-and-moral-progress>>

RORTY, Richard. More than Compromise. **Dissent**. Vol. 50, n. 4, 2003, 99-101.

RORTY, Richard. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in Law and Society**. Vol. 89, 1991.

ROSA, Alexandre Morais da. Para você que acredita em verdade real, um abraço. **Conjur**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco>>

RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

RUSSEL, Bertrand. **Power: a new social analysis**. London: Routledge, 1996.

SANDEL, Michael. **What Money Can't Buy. The moral limits of markets**. [S.L]: Penguin, 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio: Zahar. 1984.

SCHURIG, Alessandra. **Se a metafísica não existe, tudo é permitido? Um diálogo entre a verdade, o direito e a contingência na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SCHWARTZ, Barry. Sobre a nossa perda de sabedoria. Ted Talks. Disponível em:<https://www.youtube.com/watch?v=IA-zdh_bQBo>.

SULLIVAN, Michael; SOLOVE, Daniel J. Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. **The Yale Law Journal**. Vol. 113, n. 3, 2003, pp. 687-741.

SUSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements Commentary. **Harvard Law Review**. Vol. 108, 1994, pp. 1733-1772.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do Cisne Negro**. O impacto do altamente improvável. Rio de Janeiro: Bestbusiness, 2019.

TAMANAHA, Brian Z. A Socio-Legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications. **Fordham Law Review**. Vol. 75, n. 3, 2006, pp. 1255-1274.

TAMANAHA, Brian Z. **Law as a means to an End**. Threat to the Rule of Law. Cambridge University Press, 2006.

TAMANAHA, Brian Z. Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociological Studies, and the Fact-Value Distinction. **American Journal of Jurisprudence**. Vol. 41, 1996, pp. 315-356.

TAMANAHA, Brian Z. The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory. **William & Mary Law Review**. Vol. 56, n. 6, 2015, pp. 2235-2278.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo social**. Vol. 27, n.2, São Paulo, Julho/Dezembro, 2015.

TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? Revista Eletrônica do Curso de Direito – Puc Minas Serro, 2011.

TEUBNER, Gunther; PEARCE, Alessandra; OITAVEN, Daniel. Hard cases – A normative turn of legal autopoiesis? Canal Daniel Oitaven Pearce e Alessandra Oitaven Pearce. 2020. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=k8fYLB1M3ho&t=5317s>>

UNGER, Roberto Mangabeira. **The self awakened**. Pragmatism Unbound. Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

WAALS, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WARNER, Richard. Legal pragmatismo. In: PATTERSON, Dennis (ed.) A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. 2.ed. [S.l]: Backwell Companions to Philosophy, 2010, pp.406-414. P. 406.

WEST, Robin. Authority, autonomy and choice: the role of consent in the moral and political visions of Franz Kafka and Richard Posner. **Harvard Law Review**. Vol.99, 1985, pp. 1985, pp. 324-428.

WEST, Robin. Economic Man and Literary Woman: One Contrast. In: **Mercer Law Review**. Vol. 39, 1988, pp. 867-878.

WEST, Robin. Law's emotions. **Richmond Journal of Law and The Public Interest**. Vol. XIX. P.iv, 2016, pp. 340-362.

WEST, Robin. Sex, Reason, and a Taste for the Absurd. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Vol.659, 1993.

WEST, Robin. Submission, choice and ethics: a rejoinder to Judge Posner. **Harvard Law Review**. Vol. 99, n. 7, 1986, pp. 1449-1456.

WESTBROOK, Robert. **Democratic Hope: Pragmatism and the Politics of Truth**. Ithaca: Cornell UP, 2005.

WHITE, James Boyd. What can a lawyer learn from literature? **Harvard Law Review**. Vol. 102, 1989, pp. 2014-2047.

ANEXO I

A) CITAÇÕES RECUADA

1 INTRODUÇÃO

3. (...). oppositions which also involve a relation of dependence, similarity, or containment between the opposed concepts (...) a historian asserts that Thomas Jefferson and Alexander Hamilton had opposed political philosophies (...) opposition of cultural or value-oriented themes (...) arise in oppositions between historical movements or events, interpretive statements, claims of value, or other products of culture (...) Vernon Parrington argued that American intellectual history can be seen as a dialectic between Jeffersonian and Hamiltonian philosophies (...) a conceptual opposition is coherent, real, or useful in some contexts.

6.A. (...) rational reconstruction is not merely a criterion or test; it is also a purpose for interpreting and an attitude expressed towards the object of interpretation. The attempt to see the point of doctrines, the attempt to envision ourselves as sympathetic advocates for these doctrines so that we can apply them, is the hallmark of the interpretive attitude I call rational reconstruction. (...). Rational deconstruction attacks what rational reconstruction defends. (...). Rational deconstruction resembles the sculptor's tools that allow her to uncover the statue buried in a block of marble. The sculptor constructs a work of art, but she must do so by eliminating what is inconsistent with her artistic vision. To create she must eliminate; to construct, she must deconstruct. So too the rational reconstructor only achieves her goal by the use of rational deconstruction. (...). In order to tell what is anomalous and what is central to our story, we need the tools of rational deconstruction. Through rational deconstruction we decide that two parts of the existing corpus cannot live together (...) and that we must choose between them. (...). There is no rational reconstruction, in other words, without rational deconstruction, just as there is no cup without the void it encloses, and no statue without the space that surrounds it. (...). (...) when we criticize a work of art as badly conceived and executed, we do not describe it in its best light. (...) we seek to expose its flaws, blindnesses, and incoherences. This is not rational reconstruction but rational deconstruction.

6.B. (...) Dworkin's own practices of argument in *Law's Empire*; his theory of interpretation is undermined by attending to what he actually does, rather than what he says he is doing. Although Dworkin insists upon the primacy of constructive interpretation, he does not practice what he preaches, nor could he, given the multiple purposes of understanding. When he describes and criticizes the work of the Critical Legal Studies movement, for example, constructive interpretation and interpretive charity are thrown out the window. Rather, his quite understandable purpose is to point out the inaccuracies and flaws in theories whose conclusions cast doubt on his own. Dworkin may justly be criticized for failing to offer the strongest account of CLS positions before attacking them, which is merely to say that he employs the principles of constructive interpretation and charity inconsistently and opportunistically. But there is a more important objection: he has failed to acknowledge that having offered the strongest account of a position, an important and distinct purpose in understanding is to recognize the flaws and mistakes in the object of interpretation. In legal understanding, this is the moment of rational deconstruction.

6. C (...) deconstruction always depends on reconstruction, even though this reconstruction may be subject to further deconstructive critique (...) theoretical (re)construction always depends on the tools of deconstruction.”

8. The psychoanalyst engages in a process similar in many ways to deconstruction. The psychoanalyst reverses the privileging of the conscious over the unconscious as the

explanation of human behavior. The psychoanalyst also performs a deconstructive reversal by focusing on seemingly marginal or unimportant elements of the patient's experience, such as everyday events, free associations of ideas, and dream material, to understand the deeper connections that are the key to unconscious motivation. (...). Like psychoanalysis, deconstructive readings of texts offer the possibility of emancipation from customary ways of thinking. Deconstruction operates by a momentary reversal of privileging (...), just as the act of uncovering repressed material liberates the psychoanalytic patient.

2 AS CRÍTICAS À 1ª FASE DE POSNER (ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO)

2.1 Ronald Dworkin contra Posner: A inadequação da maximização da riqueza como elemento descritivo e normativo da prática jurídica

19. (...) this example is analytically the same as Dworkin's but it illustrates more realistically than his how a system of wealth maximization would operate in a common law setting, and it makes less plausible his argument that wealth is not a 'component of value' in some reasonable sense of this expression.

24. Wealth is measured by what people are willing to pay, in money or its equivalent, but no one can pay what he does not own, or borrow if he has nothing to pledge or if others have nothing to lend.

31. If economic analysis makes someone's initial right to his own labor depend upon whether he would purchase the right if assigned to another, that right cannot be "derived" from economic analysis unless we already know who initially has the right. This appears to be a serious circle. We cannot specify an initial assignment of rights unless we answer questions that cannot be answered unless an initial assignment of rights is specified.

34. Still, hypocritical and incoherent as our political ethics may frequently be, we do not permit degrading invasions of individual autonomy merely on a judgment that, on balance, the invasion would make a net addition to the social wealth. And whatever the philosophical grounding of this sentiment, it is too deeply entrenched in our society at present for wealth maximization to be given a free rein.

36. The strongest argument for wealth maximization is not moral, but pragmatic. Such classic defenses of the free market as chapter of Mill's "On Liberty" can easily be given a pragmatic reading. We look around the world and see that in general people who live in societies in which markets are allowed to function more or less freely not only are wealthier than people in other societies but have more political rights, more liberty and dignity, are more content (as evidenced, for example, by their being less prone to emigrate) - so that wealth maximization may be the most direct route to a variety of moral ends. (...) It may be impossible to lay solid philosophical foundations under wealth maximization, just as it may be impossible to lay solid philosophical foundations under the natural sciences, but this would be a poor reason for abandoning wealth maximization...

41. Did judges who developed the fault system in negligence or the system of strict liability suppose that their decisions would advance average total utility? Were these judges uniformly utilitarians, who would therefore count that an advantage? Does this explanation hold good only for a certain group of cases at a particular point in the development of the common law?

Is it plausible to suppose that judges throughout some extended period held the same theory of social value? Is it plausible to suppose, for example, that they were utilitarians indifferently before, during, and after the academic popularity of that theory of social justice? That only scratches the surface of the kind of account that would be needed to give a weak instrumental explanation of judicial behavior along wealth maximization lines, but it is enough, perhaps, to suggest how far short the present literature falls.

2.2 JACK BALKIN CONTRA POSNER: O PROJETO DE DOMINAÇÃO ACADÊMICA DOS ESTUDOS INTERDISCIPLINARES PELA “LAW AND ECONOMICS”

66. (...) are not propositional, but experiential and performative; not language-free, but language-bound and language-centered; not reducible to other terms - especially not to logical outline or analysis - but expressing their meanings through their form; not bound by the rule of noncontradiction but eager to embrace competing or opposing strains of thought; not purely intellectual, but affective and constitutive, and in this sense integrative, both of the composer and of the audience, indeed in a sense of the culture in which they work.

67. One way to put what is troubling is to think of what is missing from this book. As I, at least, read through it I have no sense of the kind of life one associates with the reading of literary texts: no sense of a mind responding and learning, no sense of puzzle and illumination, no sense of joy or pleasure in the reading itself, no sense indeed of the presence of another mind with whom the author is engaged. I do not feel that Judge Posner is reporting on his own actual engagement with a particular text, nor that he is showing us that he has learned anything of real value to him from any of them, nor indeed that any of the texts is especially important to him. It is obvious that he has read a good many literary texts, but from what he says here it is far from clear why he has done so.

76. I've changed my views a lot over the years. I'm much less reactionary than I used to be. I was opposed to homosexual marriage in my book *Sex and Reason*, published in 1992, which was still the dark ages regarding public opinion of homosexuality. Public opinion changed radically in the years since. My views have changed about a lot of things. I've become much more concerned with long prison sentences; softer on drugs; more concerned with consumer protection, the environment and economic inequality; less trustful of purely economic analysis—the last partly because of the crash of 2008 and the ensuing economic downturn. That shook some of my faith in economic analysis. And developments in psychology have required qualification of the “rational choice” model of economic behavior. So my views have changed a lot. You don't want a judge who takes a position and feels committed to it because he thinks it's terrible to change one's mind.

79. (...) is largely a consequence not of the government's overregulating the economy and by doing so fettering free enterprise, but rather of innate limitations of the free Market – limitations rooted in individuals' incentives, irresponsible monetary policy adopted by conservative officials inspired by conservative economists who thought that easy Money was no problem if it did not lead to serious inflation, and in excessive, ideologically motivated deregulation of banking and finance compounded by lax enforcement of the remaining regulations.

85. The liberals favor abortion and women's rights and greater equality and a mild socialism. They disapproved of Soviet-style communism, but very quietly, with maybe a soft spot for East Germany or Yugoslavia. They are internationalists, multiculturalists, environmentalists,

and sometimes vegetarians. They are against capital punishment, and so it might be said of them unkindly and perhaps unfairly that they pity murderers more than fetuses. They are for the theory of evolution when the question is whether creationism should be taught but against the theory of evolution when the question is whether there is a biological basis for differences in behavior between men and women. They want to regulate cigarette smoking out of existence, but they want to permit smoking of marijuana. They are for the strongest possible public measures for safety and health, but they are against quarantining people who are infected by the AIDS virus. They are secular, consider sexual practices morally indifferent, and fear the religious right; they are, in short, "PC," and, of course, they vote Democratic. Other moral philosophers hold the opposite of each of these positions. They pity fetuses, but not sea otters or harp seals. They are against multiculturalism - unless it is religious. They object strenuously to governmental efforts to discourage cigarette smoking and alcohol imbibing but are vigorous supporters of the "war against drugs." Some of them expound an orthodox Catholic view in a manner incomprehensible to the secular mind. John Finnis's criticisms of homosexuality come packaged in such sentences as - I quote virtually at random - "[T]he union of the reproductive organs of husband and wife really unites them biologically." I do not know what this means, or how it distinguishes sterile marriage from homosexual coupling (the distinction Finnis is particularly interested in drawing), or whom he hopes to persuade. It may seem unfair of me to quote Finnis out of context, but the context is dominated by equally strange sentences, which read as if they had been translated from medieval Latin, and which make me wonder whether Finnis would agree with Aquinas that masturbation is a worse immorality than rape.⁴⁰⁹

90. Holmes's theory of contract law points us to the core of pragmatic adjudication or, more broadly, of legal pragmatism: a heightened concern with consequences or, as I have put it elsewhere, "a disposition to ground policy judgments on facts and consequences rather than on conceptualisms and generalities." But this formulation is incomplete and unspecific. Additional structure is needed, along with qualification, detail, and examples. I try to respond to this need in subsequent chapters through an examination of specific cases and issues, but the following generalizations may be useful:

1. Legal pragmatism is not just a fancy term for ad hoc adjudication; it involves consideration of systemic and not just case-specific consequences.
2. Only in exceptional circumstances, however, will the pragmatic judge give controlling weight to systemic consequences, as legal formalism does; that is, only rarely will legal formalism be a pragmatic strategy. And sometimes case-specific circumstances will completely dominate the decisional process.
3. The ultimate criterion of pragmatic adjudication is reasonableness.
4. And so, despite the emphasis on consequences, legal pragmatism is not a form of consequentialism, the set of philosophical doctrines (most prominently utilitarianism) that evaluate actions by the value of their consequences: the best action is the one with the best consequences. There are bound to be formalist pockets in a pragmatic system of adjudication, notably decision by rules rather than by standards. Moreover, for both practical and jurisdictional reasons the judge is not required or even permitted to take account of all the possible consequences of his decisions.
5. Legal pragmatism is forward-looking, regarding adherence to past decisions as a (qualified) necessity rather than as an ethical duty.
6. The legal pragmatist believes that no general analytic procedure distinguishes legal reasoning from other practical reasoning.

⁴⁰⁹ *Idem.* P. 1685.

7. Legal pragmatism is empiricist.
8. Therefore it is not hostile to all theory. Indeed, it is more hospitable to some forms of theory than legal formalism is, namely theories that guide empirical inquiry. Legal pragmatism is hostile to the idea of using abstract moral and political theory to guide judicial decisionmaking.
9. The pragmatic judge tends to favor narrow over broad grounds of decision in the early stages of the evolution of a legal doctrine.
10. Legal pragmatism is not a supplement to formalism, and is thus distinct from the positivism of H. L. A. Hart.
11. Legal pragmatism is sympathetic to the sophistic and Aristotelian conception of rhetoric as a mode of reasoning.
12. It is different from both legal realism and critical legal studies.

2.3 ROBIN WEST CONTRA POSNER: A CONTRAPOSIÇÃO DO HOMEM ECONÔMICO EM DETRIMENTO DA MULHER LITERÁRIA

96. Posner argues that consent morally legitimates all; Kafka illustrates what a world so legitimated might look and feel like. In both worlds, good and evil, and right and wrong; lose all meaning when all that matters is whether and to what extent people get exactly what they think they want. Yet Kafka's world is tragic and ironic, while Posner's theoretical world is a satisfied and apparently happy one (...). Franz Kafka's fictional world resembles Richard Posner's ideal world in one remarkable respect: most of what happens to Kafka's fictional characters is fully consensual, as is most of what happens to Posner's actors. Kafka's characters, like Posner's actors, consent to a wide range of legal, personal, and market transactions. First, Kafka's characters expressly consent to all sorts of humiliating and degrading commercial, employment, and sexual transactions. Second, like Posner's actors, Kafka's characters voluntarily assume risks of future losses and thereby impliedly consent to losses caused by wealth-maximizing transactions. Third, Kafka's characters, like Posner's, hypothetically consent to the authority of a wide range of nonmarket legal norms, from the norms of criminal law and procedure to the rule of law itself. As a consequence of the ever-present consent of the actors, in both worlds the distinctions between fate and choice, freedom and bondage, and power and servitude are blurred or nonexistent... And yet Kafka, more than any modern writer, tells stories about victims, and Posner, more consistently than any modern theorist, defines the problem of victimization out of existence (...) Kafka depicts a world of expressly consensual employment that is not so unproblematic. In Kafka's writings, expressly consensual employment not only lacks positive moral value, but it is generally portrayed as humiliating, repulsive, tragic, or fatal.⁴¹⁰

105. But now assume with Professor West that Kafka's works should be read literally, as tracts on entrepreneurship, suicide, and so forth. When read so, what do they tell us about the ethical significance of free choice in our society? They are not realistic; read literally they provide as much insight into American life in the 1980s as would *Dracula* or *The Cask of Amontillado*.

106. Professor West finds problematic much easier choices than those discussed thus far. The easiest choices are hard in Professor West's version of Kafka's fictive world, because its citizens do not like to make choices; they crave submission to authority. If this is what most Americans want, we shall have to rethink our national commitment to free markets and

⁴¹⁰ WEST, Robin. Authority, autonomy and choice: the role of consent in the moral and political visions of Franz Kafka and Richard Posner. *Op.cit.* P. 390.

popular government. But, as it happens, the characters in Kafka's fiction are not typical 1980s Americans. Reflecting their creator's deep neuroticism and his particular historical situation as a German-speaking Czech Jew living in Prague during the twilight of the Austro-Hungarian Empire, during World War I and its turbulent aftermath, and during the early years of the Czechoslovakian republic (Kafka died in 1924), Kafka's characters are marked by an extraordinary submissiveness.

107. If Professor West believes that Americans have the same desire to be ruled with an iron hand as that expressed by some of Kafka's fictitious characters - if she believes that we have "cravings for judgment and punishment by noble authority" - if she believes that the citizens of the freest society in the history of the world are "attracted to the authoritarian structure of law", to "the authoritarian structure of fate", and to "the power and punitive authority of the state" - if our world, like Kafka's, "is peopled by excessively authoritarian personalities" - then I see why she is troubled by a philosophy that assumes that people are on the whole competent judges of their selfinterest. But if she believes these things, she lives in a different world from yours and mine⁴¹¹.

113. He tells Nussbaum that "when my mother died at 89 two years ago, having been completely senile for several years, I, age 51 then, felt no grief," though he did feel a slight anxiety for his father, who, as it turned out, "recovered quickly enough from his grief." The passing of Nussbaum's own mother presents the issue again. Posner asks Nussbaum if she remembers T. S. Eliot's comment about Hamlet, that his upset at his mother seemed excessive in relation to its object, and says, "I have the same reaction to your upset at your mother's death. I hope that does not seem brutal." The same inability to empathize comes up again in their correspondence with a reference to a mutual colleague who is sad at losing his mother. This makes no sense to Posner since the mutual colleague had disliked her. "I will exhibit my emotional simplicity (if not insensitivity)," he writes, "by asking why [our mutual colleague] is sad about his mother, since he dislikes her so much. Shock, fearful coming of age, full of premonitions, etc., but why sad?" And when a mutual acquaintance dies at the age of eighty, Posner writes that he liked her "but I find it hard to understand the depth of emotion occasioned by her death. It seems that when a person dies at 80 the survivors should accept it with equanimity. We could use more of the stoic virtues." He explains why he did not seem more sympathetic to the news of Nussbaum's mother's death, writing, "I was characteristically insensitive in not realizing that your mother's death would be a heavy blow to you. My own mother as I mentioned died at almost 90 after years of senility, and I had not seen her in the last year and a half of her life as she no longer recognized me, and it is an odd feeling not to be known to one's own mother. Of course I did not hold this against her; nevertheless in these circumstances her death could not be felt as a loss; obviously your situation is different." When Nussbaum writes that her late mother was a wonderful mother, he is at a loss to understand. He asks, "what was wonderful about your mother? I don't think there was anything wonderful about mine although I loved her very much when I was a child and indeed until I was about 20."

114. nothing that happened in my circle of acquaintances should have come as a shock to me, but my capacity to be shocked appears unimpaired. I must have had a sheltered childhood, which makes it difficult for me to understand, except in the most arid purely cognitive sense, what is going on in the world."

⁴¹¹ *Idem*. P. 1448.

115. open a glimpse into a world of strong emotion that I barely know except from books that I don't take quite as seriously as you do. I know people have secret lives but the awareness is rarely brought home to me.

2.4 MICHAEL SANDEL CONTRA POSNER: O RISCO DE MONETIZAÇÃO DAS VIRTUDES

125. a market economy is a tool—a valuable and effective tool—for organizing productive activity. A market society is a way of life in which market values seep into every aspect of human endeavor. It's a place where social relations are made over in the image of the market.”

126. If the only advantage of affluence were the ability to buy yachts, sports cars, and fancy vacations, inequalities of income and wealth would not matter very much. But as money comes to buy more and more—political influence, good medical care, a home in a safe neighborhood rather than a crime-ridden one, access to elite schools rather than failing ones—the distribution of income and wealth looms larger and larger. Where all good things are bought and sold, having money makes all the difference in the world⁴¹².

128. It may turn out—as economic reasoning suggests—that two incentives work better than one. But it could also turn out that the monetary incentive undermines the intrinsic one, leading to less reading rather than more. Or to more reading in the short run but for the wrong reason. In this scenario, the market is an instrument, but not an innocent one. What begins as a market mechanism becomes a market norm. The obvious worry is that the payment may habituate children to think of reading books as a way of making money, and so erode, or crowd out, or corrupt the love of reading for its own sake⁴¹³.

135. So to decide where the market belongs, and where it should be kept at a distance, we have to decide how to value the goods in question—health, education, family life, nature, art, civic duties, and so on. These are moral and political questions, not merely economic ones. To resolve them, we have to debate, case by case, the moral meaning of these goods and the proper way of valuing them. This is a debate we didn't have during the era of market triumphalism.

137. I don't think it fits the American psyche. I think Americans are too individual and there's too much emphasis (...) getting ahead. The fact that there's some trickiness involved in exploiting inherent psychological weaknesses of people... I think that's regarded as just how things are done (...) It's like the guns, right? (...) It's ridiculous, but that's part of an individualist tradition in America, and there's no way Americans can be converted (...).

2.5 LUHMANIANOS CONTRA POSNER

154. Federal judges are falling behind. The problem is not caseload; it is case content. Judges aren't coping well with the increased complexity, mainly but not only scientific and technological, of modern society. In Chapter 3 I quoted Daniel Arbes's remark that we live “in a world of increasingly complex, fragmented, and ubiquitous information.” The “we”

⁴¹² *Idem.* P. 12.

⁴¹³ *Idem.* P. 50.

includes judges. But we judges are not inhabiting this new world comfortably (...) Legal formalism is tightening its grip on the judiciary at a time when legal realism has never been more needful. We are complexifying the judicial process when we should be simplifying it, and neglecting the unavoidable complexities pressing in on us from outside the legal culture when we should be embracing and overcoming them.

176. Pragmatism is both for and against common sense.

177. While skeptical and relativistic, the pragmatist rejects skepticism and relativism.

178. The pragmatist believes in progress without pretending to be able to define it.

179. It is a philosophy of betterment – which is not to say that the pragmatist judge is necessarily an activist.

180. The pragmatist, or at least my kind of pragmatist (...) is empirical (...). At the same time he is skeptical about claims that we can have justified confidence in having arrived at the final truth about anything.

3 AS CRÍTICAS À 2ª FASE DE POSNER (PRAGMATISMO)

3.1 DWORKIN (POR TODOS) CONTRA POSNER: O PAPEL DA TEORIA MORAL NO DIREITO

193. describes law as interpretive, compares the task of the judge to that of the writer of a chapter in a chain novel, requires that new decisions fit in with the earlier ones, speaks reverently of the living past, denies that judges should adjust rights to changed views of policy, is revolted at the thought of law as a policy Science, is not much interested in facts or in the social or natural sciences, insists even that judges have a moral obligation to keep faith with their predecessor, that adherence to prior decisions conceived of as commitments is essential element of justice.⁴¹⁴

213. The secular humanist and the Mormon elder do agree that genocide, slavery, and baby torture are wrong, but there is nothing interesting, or even relevant, about such agreement, for it cannot be stretched to cover contested moral questions. Dworkin thinks, to the contrary, that to show that morality is a distinct, independent dimension of our experience, and that there is wide agreement about some moral propositions, helps us to resolve moral issues. It does not, as we would quickly discover by asking a Serb whether the Serbs have committed genocide in Bosnia and a pro-lifer whether abortion is a form of baby torture⁴¹⁵.

222. Everyone agreed that the grandson had acted immorally and should not, as a matter of sound moral principle, be rewarded. The issue was whether his immorality was a legal defense to his claim under the wills statute, which made no mention of a murdering heir. The answer was that it was a defense. No inference could be drawn from the draftsmen's failure to write it into the statute, because they hadn't foreseen such a case. To interpret the statute as entitling murderers to inherit from their victims would have disserved the intentions of testators, the principal interest that the statute protects; it would have been a goofy in-

⁴¹⁴ POSNER, Richard. **Overcoming law**. *Op. cit.* P. 11

⁴¹⁵ POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. P. 1656.

terpretation. So I repeat: there was no moral issue in Riggs. The issue was whether a proper interpretation of the wills statute, proper in the nonmoral sense of conforming to some notion of draftsmen's intentions, permitted the moral result⁴¹⁶.

224. Posner offers his own reflections about how and why the training of all academic lawyers and philosophers in Western university (...) somehow makes them, as a monolithic group, unfit for moral persuasion. And he points out that some educated people have been guilty of moral crimes. This won't do. If a decent general account of the impact of moral argument or theory on conduct and belief were possible, it would be inordinately complex and discriminating. It would distinguish between immediate and delayed impact; it would chart the variety of ways in which the latter might be mediated through the various institutions of popular culture; it would take account of the quality of argument as well as the skill and reputation of the arguer; and it would notice the thousands of other cultural and psychological variables on which any such impact would depend. "Does moral argument ever change people's minds?" is, in short, a very poorly framed question, and much work would be needed to make it into a respectable one⁴¹⁷.

231. He advises judges not to become embroiled in disputes that have no practical significance, and to remember to ask, in evaluating a decision, what "practical, palpable, observable" difference it will make. But that unimpeachable advice does not help them to decide what "practical, palpable, observable" differences are desirable and which are not. He "aspires to make things better for the present and the future," without telling us how to decide whether and when "things" are "better." He says that "what judges mainly need is a better understanding of the practical consequences of their decisions". Of course judges need that, but that cannot be all that they need when there is a dispute, as there often is, about which consequences are desirable, or tolerable, or intolerable⁴¹⁸.

232. I happen to belong to what I earlier described as the school of "outrage," and it is natural for the members of that school to ask about the balance of harms; it is when a governmental policy inflicts severe and seemingly gratuitous injury on a group (women, say, or blacks) that the juices of outrage are likely to flow

242. uma teoria sobre a moralidade é somente um componente da totalidade de nosso conhecimento teórico sobre o mundo, e o fato de não existir um ponto de vista arquimediano que nos coloque é uma espécie de exílio cósmico não nos tornas incapazes de avaliar tal componente de um ponto de vista externo dele próprio. 'Exílio' de um componente não é sinônimo de 'exílio cósmico.'⁴¹⁹

3.2 PRAGMATISTAS CONTRA POSNER

249. Se solicitado a aceitar uma abordagem utilitária, kantiana ou religiosa a questões morais, o pragmatista não conformista vai querer saber quais são as prováveis consequências das várias abordagens para os assuntos no quais está interessado. Se não gostar das consequências de uma abordagem em particular, se, em outras palavras, suas intuições morais se chocarem

⁴¹⁶ *Idem.* p. 1707.

⁴¹⁷ De todo modo, Posner, que costuma defender o empirismo e as ciências sociais, demonstra que, às vezes, ele também tenderá a proclamar "*claims*" destituídos de evidência empírica, contrariando seus próprios conselhos para os acadêmicos.

⁴¹⁸ DWORKIN, Ronald. Reply, p. 434.

⁴¹⁹ *Idem.* 47.

com os ensinamentos de uma teoria moral, ele seguirá suas intuições. Não se impressionará, por exemplo, com os argumentos utilitários para o infanticídio ou a eutanásia ou o argumento kantiano para nunca mentir ou os argumentos católicos de que o aborto viola a lei natural. Vai querer saber das consequências de ele acreditar em qualquer dessas coisas antes de abandonar suas crenças atuais, por mais que estejam baseadas na “razão”.⁴²⁰

250. [O pragmatismo ortodoxo] está tentando, portanto, descrever seu tipo de pragmatismo como anti-filosófico. Por vezes, me rendi a essa tentação, mas estava errado ao fazê-lo. Uma coisa é ignorar a corrente principal ou ainda toda a filosofia, como muitos fazem. Outra coisa é atacá-la. Este é um movimento dentro da filosofia, apesar de heterodoxo. A filosofia não tem fronteiras fixas; se alguém impulsionar sua carreira escrevendo contra a filosofia, de que mais se poderia chamá-lo a não ser de filósofo?⁴²¹

251. A ênfase no pragmatismo cotidiano traz para o centro da discussão a crítica mais comum de o pragmatismo como um guia de comportamento: sua falta de limites morais. Mesmo ao pragmatismo filosófico falta uma valência política e, portanto, é igualmente compatível com visões sociais reacionárias e revolucionárias. O pragmatismo parece se reduzir ao “Atenha-se aos fatos, senhora”, levando-nos direto para o hiato criado pela valorização dos fatos. É bem verdade que o pragmatismo, do tipo filosófico ou cotidiano, e seja o primeiro ortodoxo ou não ortodoxo, não possui limites morais. Mas vejo isso não como uma crítica, mas como um passo essencial para reenfocar a teoria legal e política. O pragmatismo nos ajuda a ver o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho. Se a ação política for para ser restringida, isso tem que ser por fatores psicológicos, profissionais e institucionais em vez de por uma conversa que leve a um consenso moral e político. Devemos aceitar a pluralidade irreduzível de metas e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea como a dos Estados Unidos, e prosseguir a partir desse ponto⁴²².

252. O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usado nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalho duro e avançar⁴²³.

3.2.1 Stanley Fish contra posner: a impossibilidade de um “pragmatismo normativo”

256. In other treatises on jurisprudence the argument is built up step by step into what promises to be a magnificent edifice (or empire), but here is "no edifice" (p 69), only the repeated attempt to lay still another foundation that is almost immediately found to be as "rotten" as the last one (p 392).

257. When Posner says that "[a] judicial holding normally will trump even a better-reasoned academic analysis because of the value that the law places on stability" (p 95), he seems to accord both a privilege and an independence to "reason" that he elsewhere withholds. Would it not be truer to his larger argument to replace "better-reasoned" with "differently reasoned," and recognize that the desire for stability is itself a reason, and one no better or worse than the academic reasons that are put forward in the context of institutional norms? And finally in this

⁴²⁰ *Idem*. P. 31. Tradução nossa.

⁴²¹ *Idem*. P. 31. Tradução nossa.

⁴²² *Idem*. P. 43. Tradução nossa.

⁴²³ P. e tradução

short list of occasional but not fatal lapses or slips, it really will not do, in the context of the book's informing spirit, to contrast "persuasion by rhetoric" to "the coolest forms of reasoned exposition" (p 149). Reasoned exposition (which will have different shapes at different times in different disciplines) is itself just one form of rhetoric, cooler perhaps if the measure of heat is a decibel count, but impelled by a vision as partisan and contestable as that informing any rhetoric that dares to accept that name.

258. Let me try to focus my criticism by returning to the moment when Posner declares that of the three kinds of objectivity, the third-conversational objectivity-is attainable in the law, but, he adds, "that isn't saying much" (p 31). It seems to me, however, that in the following pages he sometimes thinks that too much follows from having said "that." Indeed, in my view anything that would be said to follow from the fact of "conversational objectivity" would be too much, for it would be to confuse a pragmatist account of the law with a pragmatist program.

259. A pragmatist account of the law speaks to the question of how the law works and gives what I think to be the right answer: the law works not by identifying and then hewing to some overarching set of principles, or logical calculus, or authoritative revelation, but by deploying a set of ramshackle and heterogeneous resources in an effort to reach political resolutions of disputes that then must be framed (this is the law's requirement and the public's desire) in apolitical and abstract terms (fairness, equality, "what justice requires") (...) A pragmatist program, in contrast, asks the question "what follows from the pragmatist account?" and then gives an answer, but by giving an answer pragmatism is unfaithful to its own first principle (which is to have none) and turns unwittingly into the foundationalism and essentialism it rejects.

260. first dismiss the myth of objectivity as it is embodied in high sounding but empty legal concepts (the rule of law, the neutrality of due process) and then replace it with the myth of the "actual facts" or "exact discourse" or "actual experience" or a "rational scientific account." That is, go from one essentialism, identified with natural law or conceptual logic, to another, identified with the strong empiricism of the social sciences (...) The advocate or jurist who moves from the conceptual apparatus codified in law to the apparatus of statistical methods and behaviorist psychology has not exchanged the perspective-specific facts of an artificial discursive system for the real, unvarnished facts. Rather, he has exchanged the facts emergent in one discursive system –one contestable articulation of the world – for the facts emergent in another.

262. Law emerges because people desire predictability, stability, equal protection, the reign of justice, etc., and because they want to believe that it is possible to secure these things by instituting a set of impartial procedures. This incomplete list of the desires behind the emergence of law is more or less identical with the list of things Posner debunks in his book, beginning with objectivity, and continuing with determinate rules, value free adjudication, impersonal constraints, the right of privacy, freedom of the will, precedent, intention, mind, judicial restraint, etc. Repeatedly he speaks of himself as "demystifying" these concepts in the service of "the struggle against metaphysical entities in law" (p 185), and he writes deprecatingly of the delusions, pretensions, and false understandings with which actors in the legal culture deceive themselves. But the result of success in this struggle, should Posner or anyone else achieve it, would not be a cleaned-up conceptual universe, but a universe deprived of the props that must be in place if the law is to be possessed of a persuasive rationale. In short, the law will only work – not in the realist or economic sense but in the

sense answerable to the desires that impel its establishment – if the metaphysical entities Posner would remove are retained; and if the history of our life with law tells us anything, it is that they will be retained, no matter what analysis of either an economic or deconstructive kind is able to show.

263. Once a pragmatist account of the law (or anything else) has shown that practice is not after all undergirded by an overarching set of immutable principles, or by an infallible and impersonal method, or by a neutral observation language, there isn't anything more to say ("[t]o say that one is a pragmatist is to say little" (p 28)), anywhere necessarily to go. You certainly can't go from a pragmatist account, with its emphasis on the ceaseless process of human construction and the endless and unpredictable achieving and reachieving of conversational objectivity, to a brave new world from which the constructions have been happily removed. Indeed, if you take the anti-foundationalism of pragmatism seriously (as Posner in his empiricism finally cannot), you will see that there is absolutely nothing you can do with it.

265. As an analyst or observer of the law, you may know that those resources cannot finally be justified outside the culture's confines; but, as a practitioner, justification from the outside is not your business (you are not a philosopher or an anthropologist). As a practitioner, you take your justifications where you can get them. One place you will not get them is in the practice of describing the practice for which you are seeking a justification. The mistake both Rorty and Posner make (albeit in different ways) is the mistake of thinking that a description of a practice has cash value in a game other than the game of description. You may find (as Posner, Rorty, and I all do) that it is with pragmatist categories that one can best describe the law; but that does not mean that it is with pragmatist categories that one can best practice the law or that with a pragmatist description in place you have a new source of justification; and, indeed, there is no reason to think that the results of an effort at description can be turned into a recipe either for performance or the act of justifying.

266. the problem, as Fish described it to me, is that we aren't all working from the same facts. He gave, as an example, an analysis of the recent coverage of the mass shooting at the Pulse Club in Orlando. "If you were just reading [newspaper] front pages, you wouldn't think that they were writing about the same event, because in the one case, the case of the New York Daily News, the villain was the National Rifle Association, who was practically accused of pulling the trigger", he said. "On the other side, the New York Post Side, this was an event which was one more round in the long-running battle between Isis and the United States." Those two accounts, Fish says, obviously can't coexist, but two communities believe them so fervently they cannot be dissuaded by presenting a set of competing facts. Fish points out that this is true of many communities of conspiracy theorists, those who believe that the Holocaust didn't happen, or that Lyndon Johnson was behind the Kennedy assassination. "The question is, 'Could you show to those people a set of facts that would lead them to abandon what we consider to be their outlandish views?'" said Fish. "The answer to that question is no, because all people who have a story to which they are committed are able to take any set of counter-evidence and turn it back, within the perspective of the story they believe in." The facts, in other words, are not things people can easily agree on.

3.2.2 Richard Rorty contra Posner – O equivocado abandono da “crença” no progresso moral

275. Dewey saw no point in dividing the various tactics we use to persuade our fellow citizens into the rational ones and the others. What difference in practice one can imagine him asking is this different supposed to make? The question of whether it was rational to let Galilean mechanics to undermine Christian faith or whether that was the result of passionate, irrational Holbachian and Voltairean polemic does not seem worth raising. Neither does the question of whether the suffragettes achieved victory through the use of reason or by virtue of passionate single mindedness (...) We know the sorts of things that moral philosophers, poets, novelists, economists, and lawyers have achieved, and we know how they did it. We're in a position to evaluate their contributions to culture and to consider how they might best make further contributions. Is any purpose served by separating them into rational sheep and nonrational goats? Posner seems to think that such separation is essential to doing good sociology.

276. They're wrong. All I can say is people who don't, people who think that Darwin was not scientific progress are wrong. There are great many of them. They may be the majority, they may take over and so on. They are still wrong. In exactly the same sense, the people who thought the sodomy was wrong were wrong. We've made progress. Darwin was progress. The the idea of, to judge that we have made progress is to take an attitude toward the course of human events; to ask for a criterion be it utility or anything else is to try to rise above human events and inspect it from some non-human point of view.

277. It would be silly to think that the stunning news that some Nobel Prize winners in physics and biology are self interested in devious academic politicians impugns their claims to have discovered new truths. It seems equally wrong to think that Dworkin sometimes exaggerated claims for academic moral philosophy gives us reason to doubt that Rawls has added to our stock of moral truth. The aggressive tactics of bulldogs like Huxley and Dworkin should not be held against the people who's newly discovered truths they helped to disseminate. Nor should one infer epistemic feebleness from the fact that as things are presently going, Rawls' work is impotent to advance the cause of social justice. That would be like inferring the epistemic feebleness of Darwin's theory from the increasing popularity of creationism. The main reason that positivism still seems attractive and pragmatism counterintuitive, I think, is our resistance to the idea that criteria of rationality are just "a fancy dress of workaday social norms."

4 POSNER CONTRA POSNER

281. If science can be thought formalistic because of the deductive structure of scientific theories, and pragmatism is taken to be antiscientific and antitheoretical, the fusion of pragmatic rejection of legal formalism with economic analysis of law will seem oxymoronic (...). Some pragmatist are hostile to science, and more broadly to theory (...). They are heirs of Emerson and Whitman, famous mockers of consistency. But nothing "in" pragmatism justifies a hostile attitude toward science. When science is viewed as delivering ultimate truths, and thus as a secular restatement of platonism or monotheism, the pragmatists's hackles rise; but that is not the only light in which to view science.

283. I realize i've gotten a not entirely welcome – though not entirely undeserved – reputation as a maverick, naysayer, scoffer, gadfly, faultfinder – in short a committed candid critic of the American legal system, and in particular of the federal judiciary, the branch of the system that I know best, having been a federal court of appeals judge for the past 34 years, and that I

hammer most frequently. My just-published book *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary* (2016) will cement that reputation.

283. JC: I'm certain someone's asked you this before, but do you write to influence how society thinks?

RAP: No, not really. I enjoy writing. It's sort of obsessive, I guess. If people read it, fine. But I'm not particularly interested in changing things. I don't see the things I write as influential, but maybe it has some impact on the way people think.

(...)

JC: Getting back to an earlier question: When you write articles, say, questioning the government's "competency" post-Katrina or the government's competency in terms of national security, is your goal to influence public opinion?

RAP: Out of the blue I was asked by the *New York Times* to do a book review of the report of the commission that analyzed the failure of intelligence that allowed the 9/11 attacks to occur. I reviewed it, and got interested in it. A classmate of mine from Yale who had a lot of contacts with people in the intelligence community told me he'd sent a copy of my review to every single U.S. senator. He wanted me to meet a lot of people—CIA officials, FBI, NSA, etc. It was really fun getting to know those people and learning about national security intelligence, and I wrote about it, and I thought I had good ideas for reform. So I would have been happy to have some influence, but eventually, having said all I had to say about the subject, I dropped it.

288. My intent, in this edition as in the earlier *The Federal Courts: Crisis and Reform*, published in 1985, is to describe, and as best I can explain, the system; to evaluate the proposals for improving it; and to make my own proposals for improvement (...) I hope this book makes a practical contribution to the improvement of the federal courts. But I also hope it advances the cause of scientific judicial administration.

289. Institutions whether public or private don't look the same from the outside as from the inside. To outsiders they present a smooth, untroubled countenance—self-assured, impervious. The insiders, who create the façade, know (many of them) better; for all institutions are troubled to a greater or lesser extent. That is true of the federal judiciary. Judges have had roughly two thousand years of experience in trying, with considerable success, to awe the laity, project a selfcongratulatory aura, conceal their failures and inadequacies. As an insider I know how to pull back the curtain, and I think it will actually help the institution for me to do so (...) So there is much to criticize in the judicial profession and therefore much room for improvement (...) My goals in this book are to explain and document the separation, identify the areas in which federal judicial performance is deficient, and explain what the law schools can do to remedy, or more realistically to ameliorate, these deficiencies.

289. What is odd is that most of the criticism I receive is of my writings or speeches about the judicial process, as exemplified by this article. Criticisms of my judicial opinions are rare, even though I have written more than 3100 published opinions in my 34 years as a federal appellate judge.

301. I plead guilty to having written the majority opinion (affirmed by the Supreme Court) upholding Indiana's requirement that prospective voters prove their identity with a photo ID — a type of law now widely regarded as a means of voter suppression rather than of fraud prevention.

304. Common sense has a place in adjudication. What could be more absurd than to require as a matter of interpretation of the Fair Labor Standards Act that donning and doffing times during lunch breaks be measured daily for each poultry worker for purposes of calculating overtime pay (a modest fraction of an hour's wage) due each worker twice every day?

308. "I wanted to review all the staff attorney memos before they went to the panel of judges," he said. "I'd sit down with the staff attorney, go over his memo. I'd make whatever editorial suggestions — or editorial commands — that I thought necessary. It would be good education for staff attorneys, and it would be very good" for the litigants without lawyers.

5 MARTHA NUSSBAUM PARA COMPREENDER POSNER: O CONFLITO ENTRE RAZÃO PLATÔNICA E RAZÃO ARISTOTÉLICA

337. Let's be happy that the law is indeterminated, because it creates space for creativity, intuition and justice, right? Otherwise law would be a terribly closed system. It is a kind of fatherly authority that these people are invoking that the law has to have inbuilt criteria for deciding conflicts. No, it has not. It has procedures, it has arguments, it has all kind of resources, but it does not give you any clue for the final decision. I think we must see that there is this inevitable gap, this inevitable indeterminacy. And we should welcome this, we should greet this as a chance for creativity and for finding better solutions.

356. The economic and pragmatic approaches to law might seem incompatible on the ground that the former wants to replace one formal theory (the jurisprudence of Cicero, Coke, Blackstone, Langdell and Frankfurter) with another (economic theory, with (...) efficiency and wealth maximization), while the latter insists on the inadequacy of theory to capture what it means to do law.

357. At century's adolescence end our intellectuals distrust theory perhaps more than any earlier age has. We hear, wherever we turn, the injunctions and disclaimers of the post-modernists, the pre-structuralists, the deconstructionist, the critical legal students, the critical race scholars, and a thousand other battalions of the anti-theory army. Some say that theory is phony, and others that it is oppression, and many that it is both. I shall concentrate, however, not on the, let's say, more erudite and fantastical members of the anti-theory horde, even within law schools, but on relatively mainstream critics. That is why I have taken the Chicago School, and particularly Judge Posner and Professor Sustain, as examples.

361. He disparages pretty much everything about the teaching and practice of law. He writes to Larry Kramer, "Modern scholarship! Ugh! The vast bulk of modern scholarship, in law as in certain other embattled fields of the humanities such as English literature, is bullshit." Critical theory can be blamed. He writes, "If it lasts, there really is no God. The entire cerebral cortex of bright people like Frank Michelman has been destroyed by fumes emanating from Paris." The larger issue, which pops up several times in the correspondence, is that for him the whole field of academic law is weak. Pulling no punches, he tells Kramer, who was then trying to sort out his career path, that "academic law is a very defective field, full of bullshit and capable of turning capable people into bullshitters.

374. His argument appeals not to transcendent standards, but rather to human experience and human happiness. But it looks like a good ethical argument. It is, in fact, a committed and

well-reasoned ethical argument of the sort Aristotle would favor, and in an area - human liberty - in which Posner's "deepest values" might appear to his reader to lie.

376. it is only because the skeptic has already given upon the distinction between good reasons and mere causes that all beliefs to him look equal. (...). For although we rarely, if ever, find universal agreement on normative matters, we do in the vast majority of cases find ourselves able to decide that this is better than that, that this is good and that bad.

384. I shall attempt to pin down what his own view actually is and show how closely his critique of moral theory parallels well-known (and discredited) strategies used by ancient Greek skeptics and contemporary postmodernists.

385. The Pyrrhonists considered that both the dogmatists and the Academics asserted too much, one group saying "Something can be known," the other saying "Nothing can be known." Instead, the Pyrrhonians proposed to suspend judgment on all questions on which there seemed to be conflicting evidence, including the question whether or not something could be known.

399. The realists' quest for certainty in law In view of the relish with which the Realists lambasted conceptual and rule formalist bromides of judges and legal scientists, it is easy to think that their intention was to demonstrate the inherent indeterminacy of law and the inevitable influence that politics has on judicial decisions. A number of Realist works can be read in this way. But most Realists hoped that the social scientific study of law would lead to reforms that enhance the functioning of law.⁶⁰ They challenged conceptual and rule formalist accounts of the nature and extent of legal certainty, but not the proposition that law should be substantially certain. Holmes, their intellectual hero, energetically advocated objective tests to make the law more predictable, and insisted "that the efforts of law must always be directed to narrow the zone of uncertainty as far as possible."⁶¹ Llewellyn urged that "What law needs is a manageable degree of certainty and predictability – enough to get on with."

402. It is not surprising, therefore, that in his theory of democracy, Posner is not interested in promoting methods for the community to develop shared ideals. Rather, the pressing need is for a set of elite managers to serve as efficiency experts, whose goal is to find the most efficient means to achieve our inherited ends. Posner's view has significant consequences for thinking about the nature of democratic community. Since people are not encouraged to make any effort to form a community on the basis of shared ideals, the dominant normative ideals of society are left to drift haphazardly. Society becomes little more than the collective actions of atomistic individuals. Thus, as with the market, Posner views the equilibrium that emerges from individuals who pursue their own private interests as sufficient to generate the larger social ethos.

407. There must be at least one approach dedicated to testing, questioning, and challenging the empirical claims of each of these schools, without any favorites. This approach must strive to set aside values and get to the facts of the matter about law in a way that allows us to critically evaluate law, as well as the claims made by each of the competing schools, so that informed decisions can be made in the course of molding law to serve the purposes we choose.

B) CITAÇÕES NOS RODAPÉS

11. the value in dollars or dollar equivalents of everything in society. It is measured by what people are willing to pay for something or, if they already own it, what they demand in money to give it up. The only kind of preference that counts in a system of wealth maximization is thus one backed up by money—in other words, that is registered in a market.

12. “What we may call the efficiency theory of the common law is not that every common law doctrine and decision is efficient... The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society...The “economic theory of law” and the “efficiency theory of the common law” should not be confused. The former tries to explain as many legal phenomena as possible through the use of economics. The latter (which is included in the former) hypothesizes a specific economic goal, that of economic efficiency in the Kaldor-Hicks sense, for a limited subset of legal rules, institutions, and so forth”.

13. A strong theory need not claim that judges must pursue wealth maximization as the only standard of their decisions in all cases at law, or even in all common law cases or all tort cases-although, of course, the more scope the claim has, the more interesting it is. But the theory must claim that judges should pursue wealth single-mindedly over some class of cases specified independently of the instrumental claim itself. The strong thesis need not suppose (of course, it need not deny) that in every case a judicial decision that maximizes social wealth will improve the true goal. But it must show why, if in some cases wealth maximization will not have that desirable effect, it is nevertheless wise strategy to pursue wealth maximization in all cases within the scope of the claim.”

14. This may seem a bold challenge to conventional wisdom, which holds that wealth is a value, even if not the only and most important value. But it is actually a play on words, for Dworkin defines a component of social value as ‘something worth having for its own sake’, and no one values wealth for its own sake. To argue, however, that wealth is not a social value because it is not an end in itself is to adopt an eccentric definition of social value... I am not misusing English language by thus attaching the term social value to a mediate rather than an ultimate goal.

15. The argument has the form of a strong instrumentalist claim of the causal variety. It has very wide scope. It specifies a set of features of society-individual rights, agreeable virtues, and humane instincts-that can plausibly be taken to be components of value. It then suggests that the "right" mix of these will be best obtained by a single-minded attention to wealth maximization as a standard for political decisions, including judicial decisions. The trouble begins, however, when we ask what arguments he might offer to support this strong and wide instrumentalist claim.”

16. “[Wealth] is conducive to happiness, freedom, self-expression, and other uncontroversial goods”

21. I want to defend the Kaldor-Hicks or wealth-maximization approach, not by reference to Pareto superiority as such or its utilitarian premise, but by reference to the idea of consent that I have said provides an alternative basis to utilitarianism for the Pareto criterion. The notion of consent used here is what economists call ex ante compensation. The concept of ex ante compensation provides an answer to the argument that the wealth-maximization criterion, applied unflinchingly in market settings such as my plant-relocation example, would violate the principle of consent.

22. Wealth maximization as an ethical norm has the property of giving weight both to preferences, though less heavily than utilitarianism does, and to consent, though less heavily than Kant himself would have done. Also, as explained in my previous article, it gives weight to the human impulse, apparently genetically based, to share wealth with people who are less effective in producing it... The system of wealth maximization consists of institutions that facilitate, or where that is infeasible approximate, the operations of a free market and thus maximize autonomous, utility-seeking behavior... It is consistent, however, with a desire, rooted in the principles of autonomy and consent, to minimize coercion.

26. The instrumental claims for wealth maximization are more plausible if they are harnessed to one of the nonmeritocratic-patterned theories of justice, such as utility or maximin, than to anything else”.

27. My arguments against the normative limb of economic analysis also call any such motivational claim into question. I did not argue that maximizing social wealth is only one among a number of plausible social goals, or is a mean, unattractive, or unpopular social goal. I argued that it makes no sense as a social goal, even as one among others. It is preposterous to suppose that social wealth is a component of social value, and implausible that social wealth is strongly instrumental towards a social goal because it promotes utility or some other component of social value better than would a weak instrumental theory. It is, therefore, bizarre to assign judges the motive either of maximizing social wealth for its own sake or pursuing social wealth as a false target for some other value. But a straightforward motivational explanation makes no sense unless it makes sense to attribute the motive in question to the agents whose behavior is being explained.

28. Happiness is a good, but if pursued with total disregard for any other good it leads to the absurdities emphasized by me... utilitarianism can be purge of its absurdities by the substitution of wealth for happiness as the social maximand... we continue to give great weight to happiness as the goal of social institutions, but we allow the pursuit of happiness to be limited by other ethical principles... In my utilitarianism paper these principles... were justified were justified by reference chiefly to moral intuition. In a subsequent paper (unpublished, but available in draft form to Dworkin and Kronman) I locate these ethical principles in the idea of consent which I derive from the Kantian ethical tradition

30. A. In cases like this, where wealth effects are importante, economic analysis does not predict a unique allocation of resources unless the initial assignment of rights is specified. Yet this result is hardly fatal to the positive economic theory of law. At worst, it narrows the domain of the theory: it makes it a theory that the law seeks to optimize the use and exchange of whatever rights people start out with.

B. a more important point, however, is that the economic theory of law is a theory of rights as well as of exchange. As we shall see, rights can be derived from the theory itself; they do not have to be postulated”

32. Dworkin ignores the fact that if Agatha were free she almost certainly could – not would – have a greater output of detective stories than if she were a slave. People have an incentive to work harder when they work for themselves than when they work for other people... [this] presumably show [she] could produce detective stories and have time left over for gardening. If so, she could and would buy her freedom... the point is that wealth maximization leads to a determinate solution in the Agatha-Sir George case once it is assumed that she could produce more if she were free than if she were a slave. Since she would retain her freedom if given it

from the forts, and would purchase it if she began as Sir George's slave, the initial assignment does not determine the final assignment. Transaction costs are therefore minimized by making her free in the first place. Thus freedom is the wealth maximizing initial assignment.

39. The question is whether a practice that tells judges never to look to utility, but only to wealth maximization, will produce more utility than rules that tell judges to take utility expressly into account in some cases, like the cases I describe, when the overall utility effects are likely to be very great."

40. A weak instrumental claim argues merely that sometimes improvements in social wealth cause improvements of other sorts. But the weak instrumental claim-that sometimes this will be so-is insufficient to argue that judges should accept wealth maximization as the single test for change in the common law, or even in some particular branch or division of the common law. That argument requires the strong thesis that judges who accept such a single test will produce more of what is independently valuable, like the amelioration of povert. If the normative limb of economic analysis does not include at least some strong instrumental claim of that sort-if it rests only on the weak and unelaborated claim that sometimes pursuing wealth will lead to other good results-then the normative limb of the theory is boring and misleading: boring because no one will dispute the claim, and misleading because the theory should then be named, not after wealth, but after the so-far unspecified true goal that wealth is taken sometimes to serve.

42. The common law is largely a product of a period (the nineteenth century) in which economic values were an important part of the prevailing ideology. Also, the common law tends to regulate behavior in areas and by means where redistribution is difficult to accomplish and where, therefore, the only way for a group to increase its wealth is to support policies that lead to an increase in the wealth of the society as a whole.

50. wealth maximization as a unifying normative principle of tort law that could be used by judges to decide future cases, as Landes and Posner clearly think it should.

51. The point of this example is simple: the dimension of fit-the choice of what to explain and what to leave unexplained in an interpretive theory, has a normative component. Landes' and Posner's choices are tied to their assumption of risk neutrality; this is not a purely descriptive or simplifying assumption, but one which is convenient to their political agenda and to the particular conclusions they would like to reach".

54. In tort law, we can classify positions as relatively individualist or relatively communalist. A position is relatively individualist if it tends to limit the defendant's liability, or deemphasizes the defendant's responsibility for an injury to the plaintiff. A position is relatively communalist if it tends to expand the defendant's liability, or emphasizes the defendant's responsibility to others. Since the late nineteenth century, American political conservatism has generally been individualist in economic matters; it has (at least in comparison with American liberalism) viewed freedom of contract as a fundamentally important value and resisted attempts to regulate it.²⁴ Moreover, there is a clear analogy between individualist attitudes toward economic regulation and tort duties. In tort law, economic individualism implies a preference for lower standards of liability negligence (as opposed to strict liability), market solutions to problems of duty (in preference to non-disclaimable duties), and defenses such as custom, contributory negligence, assumption of risk, and the fellow servant rule

55. This argument reflects three different aspects of the ideology of economic individualism: (1) the preference for free-market solutions and the assumption that the market works perfectly in providing commodities to those persons who value them; (2) the emphasis on the plaintiff's responsibility to take care of herself as an alternative to imposing responsibility on the defendant to take care of the plaintiff; and (3) the preference for individual rather than societal decisionmaking about the necessity and extent of expenditures for personal security.

56. Indeed, one suspects that the authors chose to assume risk neutrality for reasons quite apart from mere simplicity. The assumption of risk neutrality is central to the economic theories of the Chicago school of economics and to its conservative ideology. In particular, it allows a facile move from utility maximization to wealth maximization. The claim that people are risk neutral – that the marginal utility of income is constant instead of decreasing – allows Landes and Posner to assume that a dollar in the hands of a rich person creates as much utility as a dollar in the hands of a poor person.' Thus, it simultaneously avoids the conclusion under their theory that any rule of tort law could be justified either on grounds of income redistribution or risk spreading: there is no efficiency gain in income redistribution because extra income is as valuable to the rich as to the poor. There is no efficiency gain from risk spreading because all persons are assumed to be risk neutral."

58. The fact that a scholar of such importance and with such political views as Judge Posner is writing a book on law and literature at this moment in the history of the legal academy is no mere coincidence. It is part of a larger dispute over the terms and conditions of legal scholarship in an increasingly interdisciplinary era in which law and economics has established itself as prominent (and often politically conservative) force.

59. Yet to establish economics as a master discipline requires that Posner must do for economics what earlier generations of legal scholars attempted to do for law. To preserve the authority of economics (and thus law) now requires the preservation of the autonomy of economics from politics and from other disciplines. If economics is not a science, if it is just another form of politics, economic debates could become just as contestable and political as legal ones. Moreover, to provide a secure foundation for the authority of law, economics must be able to explain law in economic terms without any substantial assistance or competition from other disciplines. Posner's strategy thus requires him to subordinate the authority of other disciplines that might claim to speak as forcefully about law as economics does"

60. We could begin our deconstruction, then, by focusin on an especially marginal element of this book – the dust jacket. On the dust jacket one finds a very pleasant Picture of Judge Posner smiling, which is in marked contrast to the photograph on the dust cover of his last book, *The Economic Structure of Tort Law*, in which he appeared to be frowning... Perhaps this signifies the dismal seriousness of economics as opposed to the carefree nonseriousness of literature... Yet if, as semiotic tells us, meaning is constructed in a system of differences, perhaps the dust jacket is slyly signifying that the difference between law and economics and law and literature is the difference bewteen Judge Posner serious and Judge Posner smiling, between the really rigorous thinking that economics demands and the sort of daydreaming we do in an overstuffed chair with a novel in one hand and a glass of brandy in the other... Yet, if if we are to search through this book for the most meaningless, insignificant item that we could wrench out of context, we should not be content to stop with the dust jacket... There, on the dedication page, we find these fascinating words: 'for my Mother who initiated me into the pleasures of literature, and my Father, who encouraged me to go to law school'. If meaning is inscribed in a system of differences, what a wealth of differences is buried in this

innocent passage. The Mother, the feminine, who initiated the Young Dick Posner into pleasure (literature). The Father, the masculine, who encourages Young Dick Posner (be firm and steadfast!) to go (travel, Journey) to law school (an arduous endeavor, surely). Father and Mother, masculine and feminine, work and pleasure, reason and emotion, public (Journey to a school of law) and private (initiation into mysteries), serious and nonserious, law and literature.

61. The ideological function of the reason/passion distinction is to identify certain attitudes and beliefs with reason itself – it is a method of denying the existence of one's own passions or prejudices by clothing them in the garb of Science, natural law, biological necessity, economic analysis, reasoned elaboration, neutral principles, or what have you. In this way one becomes the apostle of reason, and one's adversaries are seen as childish, immature, unrealistic, hotheaded, unscientific, or simply illiterate... the undesirable characteristics of nonreason are projected away from what is identified with reason (law) and projected onto what law is opposed to (politics). In this way, the troubling aspects of law are seen as outside of law. One thus avoids recognizing that law might share any of the disagreeable characteristics associated with passion – that a system of law could also be unreasonable, prejudicial, or oppressive in character”

62. Similar problems of omission and selective description occur in Posner's treatment of one of the most prominent forms of poststructuralist theory today – deconstruction.

63. Posner's strategy in this book now becomes clear: it is to reinterpret literature and literary theory in a way that is not relevant to political and social issues. The more that literature has to do with power or social ordering, the more potentially relevant it would be to law, and the greater its potential competition with economics. The more literature and literary theory are seen as trivial, apolitical, and merely forms of entertainment, the more easily they fit into Posner's ideological scheme. This, it is no wonder that throughout this book, where literary interpretations threaten to speak about politics, they are dismissed as bad interpretations, and where literary theory threatens to merge with social criticism, it is dismissed as bad theory, or at least out of the mainstream of critical practice.

66. They are not propositional, but experiential and performative; not language-free, but language-bound and language-centered; not reducible to other terms - especially not to logical outline or analysis - but expressing their meanings through their form; not bound by the rule of noncontradiction but eager to embrace competing or opposing strains of thought; not purely intellectual, but affective and constitutive, and in this sense integrative, both of the composer and of the audience, indeed in a sense of the culture in which they work. Texts of this sort are not coercive of their reader, but invitational: they offer an experience, not a message, and an experience that will not merely add to one's stock of information but change one's way of seeing and being, of talking and acting”.

68. Social science speaks to an audience that is in principle omnipotent, able to implement the policy it recommends without constraint from the will of others. That is a fine thing to do, but it is not law: the lawyer is never in an omnipotent position but always speaks to circumstances defined and regulated by a set of authoritative texts which it is her task to identify and interpret. These texts have made choices for her, and for her audience, that constrain present freedom; indeed that is their very purpose. Social science cannot interpret those constraints; if it did it would be doing law. Just as the social scientist can appear as an expert in a trial, so social science can appear as an expert in debates about policy as they arise in the lawyer's life; but in both cases the expert testimony must be made sense of, and translated, and

accommodated to new circumstances, and this is the task of the lawyer. The activities by which she performs this task are not scientific but literary in kind: they are arts, or what the Greeks would call *technai*, and it is these arts that we teach and practice. To look at law as a science is to reduce everything to policy; this in turn is to erase these arts of mind and life, and with them the whole system of distributed authority that is a constitutional or legal culture

69. All of Posner's criticism of modern literary theory can be seen as stemming from his larger goal of domestication, or as he sees it, preserving the purity of literature from the assaults of polemicists who want to take literature and literary theory from the realm of the entertainment, and empower critical force. It is not surprising that Posner argues that reading literature will not help us to understand the political and social issues of the day or make us better persons"

70. But the political and epistemological aims of postmodernism clash. If objective textual interpretation is impossible, Robin West is wasting her time trying to show that Kafka's fiction contains a radical message; she must have put it there herself.

Mas os objetivos políticos e epistemológicos do pós-modernismo se chocam. Se a interpretação textual objetiva é impossível, Robin West está perdendo tempo tentando mostrar que a ficção de Kafka contém uma mensagem radical; ela mesma deve ter colocado tal mensagem lá.

72. The rise of interdisciplinary studies also involves a challenge to legal authority, but of a quite different sort. Interdisciplinary studies pose a challenge to the ability of lawyers to understand and resolve legal problems in wholly legal terms... These challenges to the authority of law and the autonomy of legal discourse are related historically. They were united in the attacks on the legal process school of the 1950s. Posner was influenced both by the Scholl and by the attacks made on it... Posner's embrace of law and economics must be understood in this light. The attacks on the legal process Scholl convinced many scholars of Posner's Generation that law could not retain its autonomy from politics merely by insisting that legal discourse was unrelated to political discourse... The failure of legal process theory thus made clear to Posner that law could not preserve its authority and autonomy from politics on its own. It needed help from some outside source. This explains to a large degree the turn to economic analysis as a means for settling disputes about the answers to legal questions. Posner thus rejected the position of his intellectual Fathers – the legal process scholars – by abandoning the Project of establishing the authority and autonomy of law through legal concepts alone. Yet, interestingly, he reinstated their Project by establishing the source of autonomy and authority in economics, which he saw as the 'hardest' of the social sciences... The legal process school had argued that law was not politics; it was a neutral, apolitical craft of reason. Posner now argued that law was not politics; it was economics, and economics was not politics, it was a neutral, apolitical science of reason.

80. an old-fashioned liberal, who believed in controlling business ups and downs through heavy-handed fiscal policy (taxing, borrowing, spending)."

82. is an especially difficult read for present-day academic economists, because it is based on a conception of economics remote from theirs (...) The dominant conception of economics today, and one that has guided my own academic work in the economics of law, is that economics is the study of rational choice. People are assumed to make rational decisions across the entire range of human choice, including but not limited to market transactions, by employing a form (usually truncated and informal) of cost-benefit analysis. The older view was that economics is the study of the economy, employing whatever assumptions seem realistic and whatever analytical methods come to hand. Keynes wanted to be realistic about

decision-making rather than explore how far an economist could get by assuming that people really do base decisions on some approximation to cost-benefit analysis (...) We have learned since September that the present generation of economists has not figured out how the economy works. The vast majority of them were blindsided by the housing bubble and the ensuing banking crisis; and misjudged the gravity of the economic downturn that resulted; and were perplexed by the inability of orthodox monetary policy administered by the Federal Reserve to prevent such a steep downturn; and could not agree on what, if anything, the government should do to halt it and put the economy on the road to recovery. By now a majority of economists are in general agreement with the Obama administration's exceedingly Keynesian strategy for digging the economy out of its deep hole. Some say the government is not doing enough and is too cozy with the bankers, and others say that it is doing too much, heedless of long-term consequences. There is no professional consensus on the details of what should be done to arrest the downturn, speed recovery, and prevent (so far as possible) a recurrence. Not having believed that what has happened could happen, the profession had not thought carefully about what should be done if it did happen.

89. The word that best describes the average American judge at all levels of our judicial hierarchies and yields the greatest insight into his behavior is “pragmatist” (more precisely, as I shall explain, “constrained pragmatist”). It is not all that is left after legalism, extreme attitudinalism, and the compulsion of comprehensive theory are rejected as being inadequately descriptive of judicial behavior. But it is a lot. Brian Tamanaha estimates that more American judges fit the pragmatist label than any other, but it would be more accurate to say that most American judges are legalists in some cases and pragmatists in others; for remember that legalism is a pragmatic tactic, though it need not be only that

95. It is clear, at least to me, that these divergent phenomenological depictions of our inner lives lie at the root of Posner's and my divergent conclusions about the ethical significance of choice.

97. “Consensual acts of commerce, labor, or sexual intercourse are not morally good simply because they are not coerced: a bad trade is still bad, even if it is not theft; a bad job is still bad, even if it is not slavery; and bad sex is still bad, even if it is not rape... The consensual contract between a sadistic employer and a submissive employee is not a morally good relationship, even if the employee would have worked for less. Relationships such as these are harmful for both the submissive and the dominant party. It is immoral to participate in such consensual transactions and immoral for the community to tolerate them.”

99. The hunger artist himself expresses the point; he knows that he has been abandoned by his fickle public and not compensated either *ex post* or *ex ante* for his eventual failure: The artist simply fasted on and on, as he had once dreamed of doing, and it was no trouble to him, just as he had always foretold, but no one counted the days, no one . . . knew what records he was already breaking, and his heart grew heavy. And when once in a while some leisurely passer-by stopped, made merry over the old figure on the board, and spoke of swindling, that was in its way the stupidest lie ever invented by indifference and inborn malice, since it was not the hunger artist who was cheating, he was working honestly, but the world was cheating him of his reward. The failure of Georg's friend is similarly uncompensated, either *ex post* or *ex ante*. In a moment of pained self-enlightenment, Georg perceives this truth clearly: His friend in St. Petersburg ... touched his imagination as never before. Lost in the vastness of Russia he saw him. At the door of an empty, plundered warehouse he saw him. Among the wreckage of his

showcases, the slashed remnants of his wares, the falling gas brackets, he was just standing up. Why did he have to go so far away”!

103. an unusually enigmatic writer, Kafka has frequently been pressed into the service of political causes by people not much interested in literature, who find in his writings a precocious description of the police state and other contemporary deformities. Professor West gives us a reduced-form version of the politically engaged Kafka; she gives us Kafka the investigative reporter for the Washington Post, writing sensitively if weirdly about such things as poverty, the exploitation of women, consumer tastes, and the perils of being an entrepreneur. She diminishes Kafka. The target of her attack is Pareto, misnamed Posner; the principal casualty, however, is Kafka

104. In some of my academic writings, I have defended under the name of "wealth maximization what many consider an extreme version of classical liberalism. In particular, I have defended the proposition that transactions that raise the aggregate wealth of society are entitled to respect even if they are not Pareto-superior because there are uncompensated losers. But Professor West's attack is on mainstream liberalism, and mainstream liberalism is therefore what I shall defend here

108. Actually, Professor West has misunderstood the incident in *The Trial* between K. and the washerwoman. The woman is talking with K. when she sees a law student (!), who she says may some day be a big shot. She goes over to the student, who begins kissing her. K. intervenes, but the student picks the woman up bodily and makes off with her. K. is about to attack the student (he does in fact rabbit-punch him) when the woman tells him to desist because the student is only obeying the orders of the Examining Magistrate. The student, puffing with fatigue, carries her up the stairway of a tenement (...) This passage depicts not the exploitation of women but a mordant reverie about desire and diffidence. K. would like to believe that in yielding to the law student the woman is acting under compulsion, but he gradually realizes that this is not true, that the student and she are playing with him. (Notice also that K., not the woman or her husband, is depicted as the victim in this episode.) Most of the compulsion in *The Trial* is inside K.'s head.

109. economists do not presume that choices made by mentally incompetent people are value maximizing”. Depois, muda o foco do argumento e questiona: “Who among us would like to be ruled by people who thought that the administration of an insane asylum provided a model for governing the United States?”, concluindo que “Professor West and I do not have to undergo a psychiatric examination before we can buy a tomato.

131. “The use of cash incentives to get people to lose weight or read books or be sterilized reflects the logic of the economic approach to life, but also extends it. When Gary Becker wrote, in the mid-1970s, that everything we do can be explained by assuming that we calculate costs and benefits, he referred to “shadow prices”—the imaginary prices said to be implicit in the alternatives we face and the choices we make. So, for example, when a person decides to stay married rather than get a divorce, no prices are posted; rather, the person considers the implicit price of a breakup—the financial price and the emotional price—and decides the benefits aren’t worth it. But the incentive schemes that abound today go further. By putting an actual, explicit price on activities far removed from material pursuits, they take Becker’s shadow prices out of the shadows and make them real. They enact his suggestion that all human relations are, ultimately, market relations. Becker himself made a striking proposal along these lines, a market solution to the contentious debate over immigration

policy: the United States should scrap its complex system of quotas, point systems, family preferences, and queues and simply sell the right to immigrate. Given the demand, Becker suggests setting the price of admission at \$50,000, or perhaps higher.”

132. When we decide that certain goods may be bought and sold, we decide, at least implicitly, that it is appropriate to treat them as commodities, as instruments of profit and use. But not all goods are properly valued in this way. The most obvious example is human beings. Slavery was appalling because it treated human beings as commodities, to be bought and sold at auction. Such treatment fails to value human beings in the appropriate way—as persons worthy of dignity and respect, rather than as instruments of gain and objects of use

133. Paying people to be healthy can backfire, by failing to cultivate the values that sustain good health. If this is true, the economist’s question (“Do cash incentives work?”) and the moralist’s question (“Are they objectionable?”) are more closely connected than first appears. Whether an incentive “works” depends on the goal. And the goal, properly conceived, may include values and attitudes that cash incentives undermine.

137. Pragmatism has become the philosophy of the age by shrinking. In the hands of many of its votaries, it has been turned into another version of senility masquerading as wisdom. They think they have grown up. In fact, they have fallen down. As we have lost confidence in large projects, whether of theory or of politics, we have been taught how to live without them rather than how to recover and remake them in other, more promising forms. This doctrine of shrinkage, of retreat to more defensible lines, of standing and waiting, of singing in our chains, is the dominant philosophy of our time, expressed in the writings of professors as well as in the climate of educated public discussion. And many of its most influential formulations use the label “pragmatism.”

155. Autonomy refers to law’s self-sufficiency, and has two aspects. The first is law’s autonomy from Society – the idea that law has its own internal logic and therefore that When it changes it does so in response to the promptings of its inner nature, like a caterpillar turning into a moth, rather than in response to political and economic pressures. Thus conventional legal history tells the story of how modern legal doctrines evolved from ancient ones, rather than how, at Every stage of history, legal doctrines have been shaped by the needs of Society or the pressures of powerful groups within it. The second aspect of autonomy is the Independence of legal thought from Other disciplines, such as economics.

156. is therefore forward looking, valuing continuity with the past only so far as such continuity can help us cope with the problems of the present and of the future. ‘We create the past from a sense of what can be done in the present.’ The pragmatists remembers Santayana’s dictum that those who forget the past are condemned to repeat it; but he also remembers T.S. Eliot’s admonition ‘Not fare well/ But fare forward, voyagers,’ and Ezra Pound’s slogan, ‘Make it new!’ and Talleyrand’s quip about the Bourbon Kings – that They had learned nothing and forgotten nothing. The pragmatista is not afraid to say that a little forgetting is a good thing. Forgetting emancipates us from the sense, which can be paralyzing, of belatedness.

157. To get at the implications of this point, it is necessary to pry apart the Realists’ critiques of formalism. As indicated earlier, classical non-instrumental views of law overlapped with conceptual formalism, which is an account of the content and logical interconnections of legal principles and concepts. But non-instrumental views of law did not espouse rule formalism,

which is an account of judging. These two kinds of formalism, accordingly, must be considered independently. One may deny that legal rules and principles have any predetermined content yet believe that judges mechanically deduce the outcomes from a given set of legal rules and principles. Conversely, one may accept that legal rules and principles have predetermined content, yet admit that they cannot mechanically or deductively lead to outcomes in specific cases. Other permutations are possible, which need not be covered here. The Realists were complete skeptics of conceptual formalism. They were adamant that there is no necessary content to legal rules, principles, and concepts. This argument directly bears upon, and denies, the central claim of classical non-instrumental views of law. (...) Dewey thus insisted that “There is of course every reason why rules of law should be as regular and definite as possible.” A key implication of Dewey’s observations is that a consistent legal instrumentalist can be led by instrumental considerations to adopt a formalist position on adhering to rules. There is no question that Holmes, for similar reasons, was committed to certainty and predictability in law, as was Pound, and both thought that legal rules possess a binding quality that ought to be respected by legal officials, especially judges.

159. Dworkin is interested in precisely those difficult cases, those cases of genuine novelty, where the methods that he espouses for deciding cases don’t work; where only pragmatic methods will (...) Whenever a case cannot be decided by reference to precedent or some clear statutory text, the judicial task is inescapably normative. But the use of economics to guide decision in the open areas of law ought to be discussable without immersion in the deep waters of political and moral philosophy.

173. A donkey is a service animal. It has patience and charm but lacks magnificence—as does, or should, law, which is not an art or a science, but a service

174. because pragmatism has no precise meaning, one is not always sure what is at stake in debates over it”.

194. A claim of law (...) is tantamount to the claim, then that one principle or another provides a better justification of some part of legal practice

195. Before he sits on his first case, he could build a gigantic, over-arching theory good for all seasons. He could decide all outstanding issues of metaphysics, epistemology and ethics and also of morality, including political morality... He could weave all that and everything else into a marvelously architectonic system. When a new case arises, he would be very well prepared. From outside – beginning, perhaps, in the intergalactic stretches of his wonderful intellectual creation – he could work steadily in toward the problema at hand: finding the best available justifications for law in general, for American legal and constitutional practice as a species of law, for constitutional interpretation, for tort, and then, finally, for the poor Woman who took too many pills and the angry man who burned his flag.

197. Of course I do not mean, by calling attention to the constant threat of justificatory ascent, that the threat will Always or even often materialize. Most of the time it will not, at least in a serious and time-consuming way, and we can cheerfully proceed on the footing of what we might call very local priority – in effect, looking no further in our interpretive arguments than the statutes or cases directly dealing with the matter at hand.” Mas a possibilidade está sempre lá, podendo qualquer argumento “evidente” ser desafiado “by a new and potentially revolutionary attack from a higher level” e não haveria “a priori or wholesale test for deciding when it will be required”

199. And think of how we acquire our moral views. We acquire them mostly in childhood, when moral instruction that appeals to reason takes a back seat to parental example, experience, and religion. Once engrained in us, a morality is difficult to change. Sometimes it is changed, but by a very different type of moral advocate from the academic moralist - by what I call the "moral entrepreneur." Moral entrepreneurs typically try to change the boundaries of altruism, whether by broadening them, as in the case of Jesus Christ and Jeremy Bentham, or by narrowing them, as in the case of Hitler. They don't do this with arguments, or at least good arguments (...) They teach us to love or hate whom they love or hate. The techniques of arational persuasion, prominently including the example of their way of life, that moral entrepreneurs employ are not a part of the normal equipment of scholars. More precisely, I should say "of the vast majority of scholars"; for there are examples of moral entrepreneurship in the modern academy, even the modern legal academy, the outstanding example there being Catharine MacKinnon (...) A good deal of moral and immoral behavior is explicable without regard to moral categories. This suggests that moral theory may not have a large domain. It may be little more than a primitive amalgam of psychology, sociology, economics, and biology. And moral discourse may to a considerable extent be a mystification rooted in a desire to feel good about ourselves - to feel that we are more than just monkeys with big brains, that we are special enough for God to take a particular interest in us

200. What scholars can do - but this owes nothing to moral theory - is to criticize moral codes by showing that they lack functionality, instrumental efficiency, or rationality. I gave some examples earlier; here are two more. A social scientist might point out that norms against polygamy and homosexuality are functional in societies that place a high value (for practical reasons, be it added) on companionate marriage, but are anachronisms when, as may be happening in the wealthy nations today, society moves away from companionate marriage. Or he might point out that while the kind of vengeance-promoting code of "honor" found in Homeric Greece and other primitive societies, and in the American South and West in the nineteenth century, is functional in societies in which the state is very weak, its survival in parts of the modern-day American South is dysfunctional, causing more violence than it deters. I would like to see an entirely different kind of constitutional theorizing.

201. It would ask such questions as, what difference has it made for press freedom and police practices in the United States compared to England that we have a judicially enforceable Bill of Rights and England does not? How influenced are judges in constitutional cases by public opinion? How influenced is public opinion by constitutional decisions? Are constitutional issues becoming more complex, and if so, what are the courts doing to keep abreast of the complexities? Does intrusive judicial review breed constitutionally dubious statutes by enabling legislators to shift political hot potatoes to the courts? What is the effect of judicial activism on judicial workloads and is there a feedback loop here, activism producing heavy workloads that in turn cause the judges to become restrained in order to reduce the number of cases and thus alleviate the workload pressures? Does the Court try to prevent the formation of interest groups that might obtain constitutional amendments that would curtail the Court's power or abrogate some of its doctrines, or to encourage the formation of interest groups that will defend the Court's prerogatives? And what role do interest groups play in constitution-making and -amending? In the appointment of Supreme Court Justices? In the reception of Supreme Court decisions by the media and through the media the public? Above all, what are the actual and likely effects of particular decisions and doctrines? Did *Brown v. Board of Education* improve the education of blacks? Did *Roe v. Wade*³ retard abortion law reform at the state level? What effect have the apportionment cases had on public policy? Did the

Warren Court's decisions expanding the constitutional rights of criminal defendants contribute to the increase in the crime rate in the 1960s and 1970s and provoke a legislative backlash, increasing the severity of sentences? These questions have not been entirely ignored,³² but the literature on them is meager, and law professors have contributed very little to it

202. Some constitutional and other legal issues cannot be resolved so, and then the judge has two choices. One is to say that if public opinion is divided on a moral issue, judges should refuse to intervene, should leave resolution to the political process. The other is to say, with Holmes, that while this is ordinarily the right way to go, every once in a while an issue on which public opinion is divided will so excite the judge's moral emotions that he simply will not be able to stomach the political resolution that has been challenged on constitutional grounds, and would feel immoral in rejecting the challenge. That is the position in which the first Justice Harlan found himself in *Plessy v. Ferguson*¹ and in which Holmes found himself from time to time - showing that moral skeptics, moral relativists, have the same moral emotions as everyone else and differ only in not thinking that moral disagreements can be resolved by moral reasoning

203. Moral dilemma' is the term we use to describe a moral issue that moral theory cannot resolve. When was the last time a moral dilemma was resolved? Moral theory is like a system of mathematics that has never gotten beyond addition.

204. Moral argumentation is too weak an intellectual tool to dislodge moral convictions. (Here may be where Dworkin and I crucially disagree.) Twenty-five years of inconclusive debate about the political morality of antiabortion laws illustrate the limitations of argument in settling moral debate. This does not show that there are no moral truths, for there are unresolved scientific debates older than the abortion debate, yet undoubtedly (or so I would argue) there are scientific truths. The seeming interminability of the abortion debate-not only the lack of resolution but the lack of any progress toward a resolution (I mean an intellectual, not a political, resolution)- shows only that either the morality (or immorality) of abortion is not one of the moral truths or that we lack the tools for determining whether it is one of them.

205. Modern moral philosophers are not seers, prophets, saints, or even rebels. They are professionals, and their moral values are those of their professional set. Specifically, they are humanities professors, and their moral values are similar to those of other humanities professors. Moral values are rules of social cooperation adapted to the particular society or subculture in which a person finds himself. Moral philosophy has become as thoroughly professionalized as accounting. The modern moral philosopher is a life-time academic: he never leaves school. (How odd it is to think that the people who have never left school should be society's moral preceptors.) He takes no professional risks until he gets tenure. After that he takes few professional risks; he never takes any serious personal risks. He lives a comfortable bourgeois life, with maybe a touch of the bohemian. He either thinks Left and lives Right, or he thinks Right and lives Right. I do not mean to criticize. I like academic people; I consider myself basically one of them; I am as unheroic as they; I am the same kind of comfortable bourgeois. I just don't think that they (that we) are a likely source of moral entrepreneurship. Modern moral philosophers are not moral innovators, and they are not moral heroes, either, or the makers of such heroes. Being teachers and intellectuals, moral philosophers exaggerate the importance of instruction, analysis, culture, and intelligence to moral improvement and moral behavior

207. I am not a moral skeptic, that is, one who believes that moral truth is unknowable. It is a moral fact of our society, and of societies like ours, that infanticide is immoral unless, perhaps, the infant is acephalic or otherwise profoundly defective; but I shall assume a normal baby. Anyone who practiced infanticide (so defined) in our society would be confidently adjudged immoral by almost everyone one might ask, and if he claimed that infanticide was permitted by his private morality, emphasis would fall on the word "private." With respect to such a claim, I might even consider myself a kind of moral realist, believing that there is a "fact of the matter," though only a local fact, in the same way that the sentence "It is 35 degrees Fahrenheit in Chicago today" asserts a local fact

209. If moral relativism means that the criteria for pronouncing a moral claim valid are local, that is, are relative to the moral code of the particular culture in which the claim is advanced, so that we cannot call another culture "immoral" unless we add "by our lights," then I am a moral relativist. But I do not embrace the "vulgar relativism" that teaches, self-contradictorily, that we have a moral duty to tolerate cultures that have moral views different from ours. Nor am I a moral relativist in the "anything goes" sense more accurately described as moral subjectivism and discussed next.

211. Even without any metaphysical grounding, there could be a universal moral law in the sense of a set of principles that all competent adults always and everywhere recognize as duties, and from which solutions to specific moral issues could perhaps be deduced or otherwise convincingly derived. There could be; but there doesn't appear to be a universal moral law that is neither a tautology (such as "Don't murder") nor an abstraction (such as "Don't lie all the time") too lofty ever to touch ground and resolve a moral issue, that is, a moral question on which there is disagreement. The moral emotions are universal; but, as we shall see, they have no moral content.

213. The same physical act-killing another human being, for example-may be unquestionably moral in some circumstances and unquestionably immoral in others. Abortion is abortion whether the mother's life is endangered or she just does not want to have another girl baby, but it does not follow that the morality of abortion is the same in the two cases. Making slaves of captives when the only alternative would be to kill them does not have the same moral valence as a system of chattel slavery. Infanticide has a different moral valence in a society on the edge of starvation than in one that has the material resources to support all infants. Often it is possible to show that a society's practice is inconsistent with its premises-the practice might be to sacrifice virgins in order to prevent drought, and it might be shown that the sacrifice had no effect on the likelihood of a drought.

214. Almost no one, except a few philosophers of "metaethics," worries about the philosophical status of these opinions. Few people puzzle about whether their convictions are reports of mind-independent facts or only projections of emotions onto a morally neutral world. But many people do worry about whether their convictions are sound: they think it very important to arrive at the truth of these matters and to act out of a sense of that truth..They want to reflect on their convictions and to satisfy themselves that these convictions are not inconsistent with the more general principles or ideals that they endorse on other occasions... True, many other people are impatient with reflection of that character: they know what they think and do not wish to be troubled with doubts or suggestions that they are inconsistent or lack principle. They do not want any "theory" before they march or vote or war, and they ridicule those who do. Posner sides with them, but he shouldn't misunderstand the motives and assumptions of more reflective people.

215. He assumes that their sole motive is to convince everyone else in the world that they are right and time and again he says that disagreement proves that moral theory has failed. But that is much too crude... Reflective people want to satisfy themselves. They also want to satisfy other people, whose interests are affected by what they do, that they are acting out of tested conviction and with integrity. So they try to explain their convictions in a way that displays reflection, sincerity, and coherence, even when they have no hope of converting others to those convictions... (...) People turn to these sources not with the expectation of finding definitive answers - they know that the sources will disagree among themselves - but rather for rigorous tests of their convictions, for fresh ideas if they find that their convictions need repair, and, often, for theoretical guidance they can follow in reworking their opinions into more accurate and better-supported convictions

217. He thinks that the difference between moral judgment or reasoning, which occupies ordinary people, and moral theory, which tempts only a caste of deracinated academics, is a difference in kind. But the difference can be defended, if at all, only as an elusive matter of degree (...) ons into more accurate and better-supported convictions. I have described this process of reflection as one of "justificatory ascent."¹ It is impossible for anyone to stipulate in advance, through some a priori distinction between "reasoning" and "theory," how far the process of ascent should continue: it should continue until the puzzle or conflicts that prompted it have been resolved, and that point is not knowable in advance. So it is in principle impossible to say where moral judgment ends and moral theory begins

218. Many moral principles have no backing from law. Lying is not a tort or a crime, and charity is not a legal duty. The law is indifferent to most promise-breaking. Seduction is no longer a tort in most states, and adultery has in practice been almost entirely freed from legal s tions. On the one hand, then, the law does not in general enforce morality. On the other hand, the law prohibits or attaches sanctions to a great deal of morally indifferent conduct, such as fixing prices, trading securities on inside information, hiring an illegal alien when no else is available to do the work, driving with your seatbelt unfastened, breaking a contract involuntarily, or inflicting injury in the course of a hazardous but so- cially necessary activity even though the injury could have been avoided only by discontinuing the activity. One can give reasons for the laws that impose sanctions for these behaviors, but the reasons owe nothing to moral intuitions or theories.

Muitos princípios morais não têm respaldo do direito. Mentir não é um delito ou crime, e a caridade não é um dever legal. A lei é indiferente à maioria das quebras de promessa. A sedução não é mais um delito na maioria dos estados, e o adultério foi, na prática, quase totalmente isento de sanções jurídicas. Por um lado, então, o direito, em geral, não impõe moralidade. Por outro lado, a lei proíbe ou impõe sanções a muitas condutas moralmente indiferentes, como fixação de preços, negociação de valores mobiliários com base em informações privilegiadas, contratação de estrangeiro ilegal quando não há mais ninguém disponível para fazer o trabalho, dirigir com o cinto de segurança desapertado , quebrar um contrato voluntariamente ou infligir ferimentos no decorrer de uma atividade perigosa, mas socialmente necessária, mesmo que o ferimento só pudesse ser evitado com a interrupção da atividade. Pode-se dar razões para as leis que impõem sanções a esses comportamentos, mas as razões não devem nada a intuições morais ou teorias.

219. "[W]e have no choice but to ask [judges] to confront issues that, from time to time, are philosophical. The alternative is not avoiding moral theory but keeping its use dark." Substitute te "teachers" for "judges," "pedagogical" for "philosophical," and "education" for

"moral" - so that the passage reads, "[W]e have no choice but to ask [teachers] to confront issues that, from time to time, are pedagogical. The alternative is not avoiding education theory but keeping its use dark" - and the emptiness of Dworkin's actual claim becomes evident..... It is worse than empty. It is misleading. It suggests that moral issues are inescapable in the practice of adjudication. They are not. If I am right that there is no necessary or organic connection between law and morality, then judges need not take sides on moral questions because the rejection of legal positivism creates the need, or because law and morality are continuous, or because morality gives law its content, or because judges have been directed to apply the moral law".

223. In a recent article, he accused me of ignorance because I supposed that judges are interested in questions of fairness. I replied by citing several discussions of fairness in judicial opinions in the area of law I had been discussing and in the law review literature discussing those opinions. (I might also have cited a study of products liability decisions that concluded that "fairness was developed 8% more frequently than efficiency, and fairness controlled in the decision 24% more frequently." Much later, however, he shifts his attack. He admits that "it may seem that the judge is plunged into the domain of moral theory," but insists that a careful study of the record will show that I (and presumably all the scholars I cited) have been tricked into thinking that judges use moral terms in a moral way. But in what other way could they use them? He doesn't say, and he undermines his suggestion that judges use moral terms in a non-moral way immediately after he has made it, when he explains why judges do appeal to morality so often. They do so, he says, "to be impressive," in order to "speak a language that the laity... is more likely to understand," and, finally, because there is a "considerable overlap between law and morality." All of these explanations assume, of course, that judges use moral terms in the same sense that you and I do, that is, to refer to moral concepts. Directly after these apparently decisive concessions, Posner switches to the offensive. He accuses "Dworkin and his allies" of trying to bring the law fully into accord, in every respect, with what we take the moral law to require, and compares us, charmingly, to the Afghan fundamentalists who decapitate. But, of course, no one has to subscribe to the absurd claim that the law should enforce all and only moral obligations in order to think that moral convictions are sometimes - even often - relevant in deciding what the law is..... Posner's discussion of racial segregation is even more seriously marred by his need to disguise his own appeals to moral theory. He first declares that the arguments the courts used (and others he says it should have used) were actually "nonmoral" arguments. For example, he says that the Brown Court rested its judgment on the "non-moral" finding by psychologists "that segregation impaired the self-esteem" of blacks. But that "nonmoral" argument presupposes that blacks are the political equals of whites and deserve equal respect, and in the same discussion he declares that this presupposition was, in a highly controversial moral claim... He adds that the Court's opinion would have been even more effective - and more "honest" - if it had simply declared that "everyone knows" that "the Equal Protection Clause was in some sense intended, or should be used, to prevent" racial segregation in schools and other public places. That would of course have been a lie the Justices were aware that many very distinguished jurists did not "know" that the Equal Protection Clause "was in some sense intended, or should be used, to prevent" segregation - and it is unclear how that lie would have contributed to 'honesty'".

224. Moral subjectivism, as I use the term, is the view that there are no criteria of validity for a moral claim (...) Morality, in this view, is relative to the beliefs of each individual, so that an individual acts immorally only when he acts contrary to whatever morality he has adopted for himself. I am sympathetic to this position. If a person decides to opt out of the morality of his society, the way an Achilles or an Edmund (in King Lear) or a Meursault or a Gauguin or an

Anthony Blunt did, or for that matter as the conspirators against Hitler did, there is no way to show that he is morally wrong, provided that he is being consistent with himself. Even if inconsistent, he can be morally wrong only if consistency with oneself, whatever exactly that means, is a tenet of his personal moral code (...) The most that can be said about such a person is that he is acting contrary to the morality of his society and therefore many people will think him wrong (...) My version of moral subjectivism is consistent with moral relativism in its sense of rejecting transcultural moral truths. There is no inconsistency in saying that all moral truths are local and then adding that one's own morality is hyperlocal, being limited to oneself.

225. Emotivism is the view that moral claims are simple statements of preference or aversion and therefore cannot be falsified or confirmed even in principle. I have the same reaction to emotivism as to moral skepticism: strictly, I think it is false, but I agree that many moral claims are just the gift wrapping of theoretically ungrounded (and ungroundable) preferences or aversions.

227. [Posner] is actually moved by a different "moral stance" from any of those that he formally endorses. He offers a glimpse of this different stance when he declares that "relativism suggests an adaptationist conception of morality, in which morality is judged - nonmorally, in the way that a hammer might be judged well or poorly adapted to its function of hammering nails - by its contribution to the survival, or other goals, of a Society".

228. The assumption that Darwinian pragmatism is Posner's intuitive but hidden conviction dissolves all the mysteries I have been describing. It explains his reluctance to condemn anything as immoral that is the natural and unexamined expression of genuine moral convictions. It explains his fascination with the biologists' stories of how altruism and morality arose. It explains why he is such a fickle moral relativist. He is strongly drawn to the spirit of relativism, which instructs us to respect moral codes in force, but not to its condemnation of our natural impulse to call moral codes that differ from our own wrong. He is also unwilling to denounce moral rebels as immoral: their rebellion is also natural and, as he insists, may have Darwinian value. ("In fact," he says, "we need some immoralists, or at least amoralists." Of course, the immoralists' or amoralists' victims do not need them. The "we" in question is the human race, which is still evolving and needs mutations for the purpose.) The hypothesis explains why he wants "elite" judges to use their constitutional power to strike down what offends them viscerally - what they cannot "stomach" - but not to attempt to pale this over with any sickly cast of theory.⁷² It explains why he suddenly abandons his relativism when he declares that "unshakable" moral codes may not settle what is morally right: the opposite view would block the kind of "adaptationist" process he thinks is the only true progress. It explains why he resists any skepticism or cynicism about morality: he understands that morality has its natural, evolutionary force only so long as it feels like morality. So he declares that there is a local "fact of the matter" about moral claims, as there is about the temperature in a particular city, and that he is a "kind" of moral realist. But he is at the same time wary of any but an instrumental justification for the morality people create, and so, pages later, he insists that he is not "sliding into" the very realism that he here embraces. The Darwinian hypothesis explains, above all, the distinction we found so troubling earlier between "ordinary" untutored moral reasoning, on the one hand, and "academic" moralism, on the other. Posner is anxious to protect what strikes him as natural, and "unreflective" means "natural" to him. He is equally anxious to ward off anything that smells not of nature but of the lamp: he thinks that academic theory is unnatural, interventionist, written by people who haven't really lived, and (however he might protest its innocuousness)

in the end dangerous. He calls for the death of moral theory, but, like all of philosophy's would-be undertakers, he only means the triumph of his own theory. For his arguments show the opposite of what he intended: they show that moral theory cannot be eliminated, and that the moral perspective is indispensable, even to moral skepticism or relativism. Posner is himself ruled by an inarticulate, subterranean, unattractive but relentless moral faith.

234. whatever large theoretical issues justificatory ascent throws their way. of course they will not agree. That is why we have dissenting opinions and good classroom arguments. I only mean that law is theory drenched, and that reflective lawyers understand that even though they do not agree on what theory it is drenched in”.

236. The reality of what is independent of my own will is embodied, for philosophy, in the conception of 'truth'. The truth of my beliefs, in the view of common sense, does not depend, in most cases, upon anything that I can do. It is true that if I believe I shall eat my breakfast tomorrow, my belief, if true, is so partly in virtue of my own future volitions; but if I believe that Caesar was murdered on the Ides of March, what makes my belief true lies wholly outside the power of my will. Philosophies inspired by love of power find this situation unpleasant, and therefore set to work, in various ways, to undermine the commonsense conception of facts as the sources of truth or falsehood in beliefs... This gives freedom to creative fancy, which it liberates from the shackles of the supposed 'real' world.

Pragmatism, in some of its forms, is a power-philosophy. For pragmatism, a belief is 'true' if its consequences are pleasant. Now human beings can make the consequences of a belief pleasant or unpleasant. Belief in the moral superiority of a dictator has pleasanter consequences than disbelief, if you live under his government. Wherever there is effective persecution, the official creed is 'true' in the pragmatist sense. The pragmatist philosophy, therefore, gives to those in power a metaphysical omnipotence which a more pedestrian philosophy would deny to them. I do not suggest that most pragmatists admit the consequences of their philosophy; I say only that they are consequences, and that the pragmatist's attack on the common view of truth is an outcome of love of power, though perhaps more of power over inanimate nature than of power over human beings.

238. It could even be objective. To the pragmatist, “objective” does not mean corresponding to the way things really are, no one knows the way things really are. It means capable of commanding agreement among all members of a group subscribing to common principles. In the Community of Chess players, moving a rock diagonally is objectively wrong, while in the Community of scientists, disbelieving certain kinds of data is objectively wrong... Economic analysis of law almost by definition denies law's autonomy. But if the emphasis is laid instead on the traditionalist's desire for impersonality and objectivity, for a government of laws and not men, for methods of inquiry and analysis that can generate reasonable thought not always compelling answers to even the most difficult legal questions, for finding principles of order in the luxuriant efflorescence of legal doctrine, the suggestion has a greater merit. On this plane, the antithesis of formalism is not the economic approach to law; it is the deep skepticism about the desirability or even the existence of legal rule that is characteristic of some versions of legal realism and critical legal studies.”

246. The last thing a merchant wants is a debate with a customer over fundamental issues, the kind of debate that upsets people by challenging their way of life(...) Markets are a means of enabling potentially antipathetic strangers to transact peaceably with one other; and a superficial relationship, in which all deep issues are bracketed, is the most productive basis on which to deal with strangers.

252. O espírito pragmático do comerciante “médio” é exatamente o espírito descrito por Holmes: “If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience (...) What constitutes the law? (...) it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or not coincide with the decisions (...) But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. (...) The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.

269. “[Posner] writes, I quote, ‘even if scientific realism is rejected in favor of the view that science yields “objective” results only because scientists happened to form a cohesive likeminded community. Even if that is we accept the view of consensus is the only basis on which truth claims can or should be accepted because consensus makes truth rather than truth forcing consensus, moral theorists are still up against the brute fact that there is no consensus with regard to moral principles from which answers to contested moral questions might actually be derived.’ Posner is claiming that even if we give up the idea of truth-forcing consensus, the crucial difference between science and morals remains. I would rejoin that what remains is only the difference between moral theory and scientific theory. This difference is compatible with saying that morality and physics have made progress in exactly the same way. True beliefs have gradually replaced false beliefs. As I said earlier, I agree with Posner and Dewey that we are never going to get agreement on moral principles from which answers to contested moral questions might actually be derived. We will never have principles that bear on particular cases in the straightforward and uncontroversial way in which physical theory bears on particular observable events, but that asymmetry between physics and morality does nothing to impugn the existence of moral progress. For both moral and scientific progress are matters of agreement about practices, not about principles.”

271. For I would say about criteria of rationality, what Posner says about moral principles, namely “they are just the fancy dress of workaday social norms that vary from society to society.” In the 16th century, for example, it was only rational to test astrophysical and biological theories against scripture. We can rightfully claim to be more rational than most of Copernicus’ contemporaries if that means simply that our beliefs about what to test against what and more generally of what is relevant to what are true whereas many of their beliefs about relevance were false. But that’s just another way of saying our social norms are better than their social norms. Most of us do not read Genesis literally and would oppose bringing back the lash and the stocks. We’ve made progress on both fronts, but there is no neutral, nonparochial standpoint to which we can repair to show that we’ve done so. Our judgments of progress and of rationality will remain as parochial as our judgments of everything else.

272. intellectual history is, in part, the history of the rejection of old norms for new ones, so the question inevitably arises, “ What makes the prevailing norms the right ones? How do we know that the assertions and actions they apparently justify really are justified? ” Pragmatism provides a way to answer this question: we can turn our norms of justification on themselves... We assess how well our norms work by using those very norms... There is no external standard of evaluation: our norms of justification neither have nor need a ground outside themselves. This is the distinctive pragmatic claim about justification.”

318. I pay very little attention to legal rules, statutes, constitutional provisions,” Judge Posner said. “A case is just a dispute. The first thing you do is ask yourself — forget about the law — what is a sensible resolution of this dispute?” The next thing, he said, was to see if a recent Supreme Court precedent or some other legal obstacle stood in the way of ruling in favor of that sensible resolution. “And the answer is that’s actually rarely the case,” he said. “When you have a Supreme Court case or something similar, they’re often extremely easy to get around.”

319. One clerk recalled that “the most salient feature of Dick’s process was that he would draft his opinions the night after the oral argument (or maybe within two nights); and those drafts would look just like the finished opinions, but no authorities cited for anything—just ‘[citations]’ every place where he wanted them. It then fell to the clerk to go find authority to support what he had said.” Usually this wasn’t difficult, because the propositions for which he wanted support were straightforward. But sometimes the clerk would become convinced that Posner had the facts or law wrong, and would send back a memo to that effect. A few times a year a typical clerk would convince Posner to change the rationale or outcome of a case in this way, and that was always a source of surprise and satisfaction. One clerk used to refer to changes in the rationale as field goals, and to changes in the outcome as touchdowns.

321. I asked him about his critics, and he said they fell into two camps. Some, he said, simply have a different view of the proper role of the judge. “There is a very strong formalist tradition in the law,” he said, summarizing it as: “Judges are simply applying rules, and the rules come from somewhere else, like the Constitution, and the Constitution is sacred. And statutes, unless they’re unconstitutional, are sacred also.” “A lot of the people who say that are sincere,” he said. “That’s their conception of law. That’s fine.” He said he had less sympathy for the second camp. “There are others who are just, you know, reactionary beasts,” he said. “They’re reactionary beasts because they want to manipulate the statutes and the Constitution in their own way.”

326. In declaring himself a pragmatist and tagging himself with any number of related attributes, Posner has confused his readers as to what positions he is committed to and where. To a certain extent, this is no accident, as it is part of Posner's project itself. His later works themselves display conscious effort to attain omniscience that is designed to capture the hearts and minds of an audience wider than simply those who adhere to the dogmatic economic analyses of law and to engage a wide variety of individuals who hold otherwise incongruous views. These works are built to survive the test of time. Part of Posner's pragmatism consists in this rhetorical maneuver, and it frames his methodology as well as his meta-ethical stance.

326. B. That such an ardent advocate of the law-and-efficiency hypothesis has shifted to a more pragmatic understanding of law is evidence that the contemporary law and economics movement is in flux. The shift in tone in Posner's current jurisprudence is, I believe, the outgrowth of a conscious strategy developed to insulate his movement and his place in history from the criticism of the academic left and right. Posner offers pragmatism as a middle

ground between the right, which he feels exaggerates the formalist nature of American law, and the left, which he feels exaggerates its indeterminacy.

351. "It is also undeniable, however, that there were large mythical components to these non-instrumental views; they invoked abstractions and offered accounts of law and judging that, in hindsight, appear patently implausible."

376. Jhering envisioned a generally cohesive society with laws that matched, so he construed the incessant struggles surrounding law in positive terms, as an engine of healthy legal change. Dewey believed that the proper social ends to be served by law could be identified by sound judgment and with the assistance of social science. Pound and most Legal Realists were secure in the faith that beneficial balances among competing interests could be found or that socially optimal ends could be arrived at in law. The critical difference between then and now lies not in the existence of conflicts among groups, which was also present at a high level at the close of the nineteenth century. The critical difference is that in the intervening period, faith in the existence of common social purposes, or in our collective ability to agree upon them, has progressively disintegrated. This is the key point. The notion that law is an instrument was urged by its early proponents in an integrated two-part proposition: Law is an instrument to serve the social good. The crucial twist is that in the course of the twentieth century, the first half of this proposition swept the legal culture while the second half became increasingly untenable. As the century wore on, the seemingly inexorable penetration of moral relativism, combined with the multiplication of groups aggressively pursuing their own agendas, convinced in the rightness of their claims, dealt a deep wound to the notion of a shared social good. This book traces out the myriad worrisome implications of this twist. Rather than represent a means to advance the public welfare, the law is becoming a means pure and simple, with the ends up for grabs.

382. Beginning to philosophize with the idea of sorting out impressions and grasping which are true and which are false, so as to be free of disturbance, he fell into a disagreement, with equal weight on both sides. Being unable to sort this out, he suspended judgment: and as he was suspending judgment, there followed, as it just happened, freedom from disturbance in the sphere of belief ... The skeptic's experience is, in fact, the same as what is reported about the painter Apelles. For they say that as he was painting a horse, and trying to represent the foam on its coat, he was so unsuccessful that he gave up and flung at the picture the sponge on which he had been wiping the paints off his brush. And the sponge made the effect of the horse's foam. So, too, skeptics used to hope to get freedom from disturbance through sorting out the discrepancies in impressions and thoughts; but proving unable to do this, they suspended commitment. And as they were suspending, freedom from disturbance, as if by chance, followed them as a shadow follows a body.

385. [What this approach to the meaning of concepts] fails to address, [however], is the distinction as well as the relation between the difference a concept makes to an understanding of part of reality and the difference it makes to our efforts to master and to change our situation: between our theoretical or contemplative and our political or reconstructive practices.

389. The postmodernist, or the Objectivist, might respond to this analysis by insisting that the pragmatist's own argument indicates that even the scientist will see the "facts" through a tradition colored (hence value-laden) lens. Once again, the initial pragmatist retort is "yes but so what"; there is no other way-to deny this critically important and routinely used distinction

by reference to the impossible is arbitrary. The best we can do is insist, as Dewey and James repeatedly did, that scientists strive to maintain an attitude of disinterested and impartial inquiry and cultivate a sense of critical self-reflection.

391. Second, even when the results of economic analysis are inconclusive, or the policymaker concludes that other values are more important than, say, economic efficiency, economic analysis still performs a useful function by adding strength to the web of beliefs underlying the policymaker's decision.

407. [What makes sociolegal studies distinct, the legacy it inherits from the Realists, the essence of its scientific identity as well as the crucial role it can and should serve in the context of today's thoroughly normative jurisprudence, is that it involves the normatively empty] disinterested pursuit of knowledge about law, grounded in close observation and critical testing. This is the greatest service sociolegal studies can provide to legal theory as well as society. If sociolegal studies do not fill this function, it does not deserve to carry the banner of science; and, more important, legal theory will be impoverished