

A PARCIALIDADE DO JUIZ NAS CONCEPÇÕES DE DUNCAN KENNEDY E DE RICHARD POSNER: UMA BREVE EXPOSIÇÃO

Mariana Azevedo Comello Oliveira¹

RESUMO: O trabalho pretende verificar os critérios de tomada de decisão tanto em Richard Posner, quanto em Duncan Kennedy. A partir dessa verificação dos critérios, pretende encontrar elementos que indicam, tanto no plano positivo, quanto no plano normativo (quando possível), notas que levam à defesa ou à admissão de um juiz parcial. A questão que se pretende responder nesse trabalho é, se nessas teorias funcionalistas, que se afastam de uma pretensão de conferir autonomia ao Direito, os juizes são ou devem ser parciais.

ABSTRACT: This paper aims to verify the criteria for decision making in both Richard Posner, as Duncan Kennedy. From this verification criteria, it wants to find elements that indicate both - the positive level, as the normative level (when possible) - notes that lead to the admission or a defense of a partial judge. The question that is present here is: if for those functionalists theories that deviate from a claim to an autonomy of the law, the judge is or should be partial.

Introdução

O objetivo deste trabalho foi identificar a parcialidade do juiz em dois autores que se contrapõem entre si e, ambos, se contrapõem à autonomia do direito. Eles são contra essa autonomia porque acreditam que o Direito não é um sistema metódico completo para resolver todos os problemas que a ele (Direito) são submetidos. Por isso, nessas visões, são importadas para o Direito outras propostas metodológicas, como as da economia e das ciências sociais.

Os autores escolhidos para essa tarefa foram:

a) Richard Posner, que formulou, primeiramente, uma teoria do direito capaz de explicar as propostas da análise econômica do direito desenvolvida pelos economistas da Escola de Chicago. Suas propostas serão melhor esclarecidas à frente. Posner começou a dar aulas em 1968, em Stanford e, em 1969, na Universidade de Chicago, até tornar-se, em 1981, juiz do

¹ Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu.

tribunal de apelação para a 7ª região (U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit), tribunal do qual foi presidente (chief Justice) entre 1993 e 2000. Hoje, continua dando aulas na Universidade de Chicago em meio período.

É um dos principais expoentes da Law and economics, uma corrente de pensamento jurídico segundo a qual os processos legais, mais do que assegurar direitos, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos. A teoria de democracia de Posner inspira-se no trabalho do economista austríaco Joseph Schumpeter. O livro fundamental de Posner é *Economic Analysis of Law* (1972), no qual lança as bases do programa de pesquisas de Law & Economics², e

b) Duncan Kennedy: nascido em Washinton em 1942, é um dos juristas responsáveis pelo movimento denominado Critical Legal Studies. É professor na universidade de Harvard, nos EUA, desde 1976, e, desde 1996, Carter (catedrático) Professor of General Jurisprudence.³

Começo com uma pergunta lançada por Posner que ao mesmo tempo que provoca os formalistas, dizendo que os juízes são humanos e se comportam de acordo com suas tendências, personalidade e etc..., também provoca a proposta de Duncan Kennedy porque, se admitirmos que os juízes são parciais, por que eles sempre têm que decidir em favor dos pobres em detrimento dos ricos?

Uma vez que os juízes são humanos, não podemos esperar por uma administração perfeitamente imparcial da justiça; e, se a predisposição é inevitável, por que se deveria considerar que uma administração da justiça que pende sutilmente para os ricos é mais indecorosa do que outra que pendesse para os pobres?⁴

Essa pergunta formulada por Posner é aqui utilizada, para os propósitos desse texto, como forma de expor o problema: a parcialidade do juiz. A resposta a essa questão não será dada

² Informações disponíveis no sítio da Universidade de Chicago: <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r> Acesso em: 1/7/2014.

³ Informações disponíveis no sítio da Universidade de Havrad: <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/10469/Kennedy> Acesso em: 1/7/2014.

⁴ Posner, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 206

pelas teorias da dogmática do Direito mais tradicionais (principalmente a processualista e a constitucionalista)⁵. Isso porque considero que nessas perspectivas o dogma da imparcialidade não é aberto à reflexão com a mesma dimensão que o viés analítico que assumirei evidência. Assim, irei utilizar dois pensamentos distintos para o esforço de refletir sobre a questão. Primeiramente, trabalharei com um dos autores, da escola dos *Critical Legal Scholars*, mais especificamente com alguns escritos de Duncan Kennedy sobre o tema: a parcialidade do juiz. Depois, trabalharei com a tese adversa: a análise econômica do Direito, especificamente, com alguns pensamentos de Posner expostos na obra “Problemas de Filosofia do Direito e na obra “Como os Juízes Pensam”, cuja evolução do pensamento do autor é retratada no texto de Aroso Linhares, intitulado “O pensamento tecnológico-social econômico – a análise econômica do direito (Law and Economics)”.

Tendo em conta a própria evolução no pensamento de Richard Posner, é de se observar que entre a publicação da primeira obra em referência, em 1990, e a publicação da segunda obra referida, em 2008, Posner parece deixar o eficientismo, como critério decisivo nas decisões judiciais e assumir uma postura mais pragmática (como ele a denomina).⁶

Por fim, nas considerações finais, procurarei encontrar as potencialidades e as fragilidades existentes em cada perspectiva analisada.

⁵ Uso o termo dogmático no sentido de uma verdade inquestionável, um dogma do direito, que pretendo desconstruir ao longo desse trabalho.

⁶ Para Aroso Linhares, importa acrescentar que esta orientação pelas consequências, iluminada por uma opção pragmática, se distancia uma vez mais da «lógica» de um consequencialismo utilitarista. Agora decerto porque se trata de defender que nem todas as consequências são possíveis. O problema não é de resto de um pragmatismo jurídico quanto o de um pragmatismo juridicamente relevante e (ou) juridicamente possível (adequado ao meio-milieu institucional do direito e aos policy judgments que este permite, ou mais rigorosamente, capaz de respeitar as «regras» do «jogo judicial»), numa palavra, o problema de um «pragmatismo limitado» (constrained pragmatism)... que se nos oferece simultaneamente como um «rule» pragmatism (the word that best describes the average american judge is «constrained pragmatist»), the pragmatic judge must play by the rules of the judicial game, just like other judges (...) [and] the rules permit the consideration of certain types of consequence but forbid the consideration of other types) (In Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social econômico – a “análise econômica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 30).

A visão de Duncan Kennedy

Antes de entrar propriamente no pensamento de Kennedy sobre a parcialidade do juiz, faço um breve enunciado de texto extraído das lições de Aroso Linhares sobre os CLS.

(...) na breve incursão que ensaiámos pelas modalidades do funcionalismo político, esta se nos impõe em último lugar: se é certo que as intenções partilhadas por este movimento (e pela escola e pela teoria que lhe sucederam) nos expõem, por um lado, sem equívocos, a uma compreensão do direito como política — e com esta tanto a uma denúncia do carácter insuperavelmente ideológico da jurisdição quanto à exigência de submeter as práticas e os discursos jurídicos a um «uso puramente instrumental (comprometido com «objectivos de esquerda), não o é menos que a concepção assim proposta se distingue, por outro lado, significativamente, de todas as modalidades do funcionalismo material que já considerámos (bem como daquelas que ainda iremos considerar).⁷

Essa breve nota de introdução serve a demonstrar *o carácter ideológico de jurisdição*, ou seja, uma jurisdição “parcialmente” comprometida com os projetos políticos de esquerda, no caso dos CLS. E no caso do outro funcionalismo aqui também tratado, uma denúncia que a pretensa neutralidade ideológica de uma teoria que se aproxima da ciência econômica acaba por camuflar uma ideologia: é em última análise a ideologia de não se ter uma ideologia.

Contextualizando Duncan Kennedy, no movimento e escola CLS, segue que ele, dentre outros autores como Roberto UNGER, Peter GABEL, Karl KLARE, Mark TUSHNET, Morton J. HORWITZ, Mark KELMAN, Dave TRUBEK e Robert GORDON, desenvolvem-se (estabelece o seu patrimônio de recursos-cânones) entre os finais dos anos 70 e a primeira metade da década seguinte... e corresponde a uma inequívoca concentração de forças em torno do compromisso transformador — se quisermos, a uma acentuação privilegiada do que KENNEDY virá a dizer *the left element (the left element means radical egalitarianism and participatory democracy)*. Essa, a primeira etapa da evolução dos CLS, mobilizando (entre muitos outros) os *founding fathers*. Em realidade, para Aroso Linhares, essa divisão em três

⁷ Aroso Linhares, José Manuel. Teoria do Direito: Critical Legal Studies. Artigo não publicado.

etapas, dentre as quais, Kennedy situa-se na primeira, não são como compartimentos estanques, fáceis de se identificar.⁸

Já, agora, entrando no cerne do problema proposto na introdução do presente *paper*, esclareço que Duncan Kennedy inicia o capítulo intitulado “A distinção entre Adjudication (decisão judicial) e legislação⁹, enfatizando uma importante e recorrente distinção feita em teoria política e em teoria jurídica, em particular, entre o processo de decisão judicial e o legislativo, acusando que grande parte da literatura especializada denega o elemento ideológico na formação das decisões judiciais, isolando-o no processo legislativo. Afirma, ainda, que examinará algumas formas em que o elemento ideológico toma parte nas decisões judiciais, ao contrário do que pensa a grande maioria dos juristas.¹⁰ Adverte que, há duas maneiras que as Cortes excluem ou deveriam excluir o elemento ideológico de suas decisões: a primeira delas é acreditar em um processo legislativo objetivo; a segunda, é que as decisões judiciais não podem ser pessoais (com base em valores pessoais).

Para os fins desse trabalho, que é contestar a imparcialidade do juiz, utilizando-se, para tanto, de dois referenciais teóricos não formalistas, o fato de Duncan Kennedy trabalhar com o elemento ideológico no processo de formação das decisões judiciais, penso, já apontar para a parcialidade do juiz nesse espaço teórico. Ainda aqui, é um pouco cedo, para afirmar se essa parcialidade é descritiva e ou normativa.

Mas, aprofundando um pouco mais no pensamento dos CLS e do próprio Kennedy, segundo Aroso Linhares, esse movimento tem por objetivo denunciar a concepção tradicional da *rule of law* e do constitucionalismo liberal — e esta concepção enquanto assimila a montante uma compreensão global da *societas* e do seu mega *market-place*, mas também enquanto se projecta a jusante numa institucionalização-conformação das práticas juridicamente relevantes (distribuindo papéis distintos à legislação e à jurisdição e confiando ao pensamento dogmático e metadogmático tarefas de legitimação imprescindíveis). De a denunciar em que termos? Reconstruindo-a sob as máscaras (mais unívocas ou mais complexas) do que se poderá dizer um *liberal legalism* ou uma *rationalizing legal analysis*: o que aqui e agora significa

⁸ Aroso Linhares, José Manuel. Teoria do Direito: Critical Legal Studies. Artigo não publicado.

⁹ Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 23.

¹⁰ Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 23.

comprometê-la aproblematicamente com um «falso concreto» e com a «conspiração colectiva» («inconsciente» embora) que o reproduz. Ora um «falso concreto» que se identifica (no seu núcleo) com a crença «reificada» (se não mesmo «fetichizada») na «necessidade» de um direito e de um pensamento jurídico livres da política, como tal iluminados pela possibilidade de um discurso racionalmente determinado (*law as reason*) — um discurso que «feche» as respostas e evite a abertura infinita das discussões filosóficas e ideológicas (*formalism as (...) a belief in the possibility of a method of legal justification that contrasts with open-ended disputes about the basic terms of social life*), na medida precisamente em que (confessada ou inconfessadamente) pressuponha a representação de uma «ordem inteligível» e a procura (persistentemente recomeçada) de uma «linguagem universal» (*formalism presupposes at least a qualified objectivism*).¹¹ A partir dessas considerações, já se vê um elemento de normatividade na proposta de parcialidade do juiz. Parcialidade no sentido de não se conformar, de ser progressista.

Sobre essa visão mais tradicional e formalista, Duncan Kennedy descreve: o que os legisladores fazem são as leis, enquanto que os Tribunais aplicam as leis aos fatos.¹² Essa visão mais tradicional e formalista, aparenta para mim estar ancorada em um conceito mais abstrato, um conceito iluminista: a separação dos poderes (das funções do Estado). Essa construção é fruto das teorias liberais, segundo acusa o autor. Nesse caso, o autor exemplifica, que no processo de decisão judicial, essa distinção de funções do Estado continua clara, mesmo quando se reconhece que as normas, para serem aplicadas, devem ser reconstituídas. Isso, porque, segundo ele, esse processo de reconstituição passa pela definição das palavras que integram o texto legal, processo esse que pode ser semântico ou dedutivo. Esse processo de busca pelo significado da terminologia não é compreendido pelos formalistas, como um processo de construção de normas: seria parte do método de aplicação das leis aos fatos, mesmo nos casos difíceis.¹³

Mais à frente, justifica essa teoria liberal. A decisão sobre valores é uma decisão política, subjetiva, e por ser política e subjetiva, deve ser feita por políticos eleitos com essa finalidade. Nessa perspectiva, na visão mais tradicionalista da Teoria do Direito, as decisões judiciais

¹¹ Aroso Linhares, José Manuel. Teoria do Direito: Critical Legal Studies. Artigo não publicado

¹² Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 26.

¹³ Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 26.

(*adjudication*) envolvem questões de significado e de fato, que são independentes da discussão sobre valores (objetividade).¹⁴

Esse esquema liberal, parece defeituoso para Duncan Kennedy, já que no mínimo, juízes frequentemente têm que resolver lacunas, conflitos ou ambiguidades encontrados no sistema. Para esse autor, quando isso acontece, os juízes que resolvem tais problemas constroem uma nova norma e a aplicam aos fatos, ao contrário da simples aplicação de normas preexistentes aos fatos.¹⁵ Para ilustrar essa assunção de ideologias pelos juízes da Suprema Corte Americana, Duncan Kennedy cita uma matéria jornalística (Boston Globe) em que os juízes do caso são classificados como: liberais, liberais moderados, moderados, conservadores moderados e conservadores.¹⁶ Tais tipologias parecem, ao meu ver, demonstrar o elemento ideologia em seus julgamentos e, portanto, afastar a tese formalista da imparcialidade.

Para Ana Margarida Simões Gaudêncio o projeto de Kennedy consiste em mobilizar a decisão judicial como parte do que designa por (*socio-legality*), usando os meios conceituais disponibilizados por diversas metodologias, com o objetivo de atrair uma audiência e provocar nela um impacto político-cultural de esquerda.¹⁷ Esclarece, na terminologia de Kennedy, que a *socio-legality* é compreendida como uma massa caótica de dados ou *input* ou fenômenos, que Kennedy recolhe e depois reconfigura como partes da sua representação da sua *adjudication*, incluindo as regras jurídicas, o discurso jurídico, os comportamentos dos operadores jurídicos institucionais e o comportamento social geral que parece sofrer o impacto de exercer o impacto sobre a *adjudication*.¹⁸

Agora, Kennedy está sendo normativo, está explicando como deve ser a formação de uma decisão judicial e aponta, segundo a autora citada anteriormente, seu critério: a *adjudication* deve provocar um impacto político-cultural de esquerda. Nesse momento, Kennedy sai da posição de fazer uma crítica à metodologia formalista, que sofre a influência da teoria política liberal e passa a dizer que uma decisão judicial não deve ser objetiva, não deve ser a simples aplicação de uma norma ao fato e livre de valores pessoais do decisor, mas, ao contrário,

¹⁴ Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 27.

¹⁵ Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 28.

¹⁶ Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998. P. 28.

¹⁷ Gaudêncio, Ana Margarida Simões. Entre o Centro e a Periferia. Tese de Mestrado. P. 151

¹⁸ Gaudêncio, Ana Margarida Simões. Entre o Centro e a Periferia. Tese de Mestrado. P. 151

normatiza, podendo-se dizer que a *adjudication* deve ser contaminada por valores pessoais, mas não quaisquer valores, mas aqueles tendentes a uma tomada de posição de esquerda. Aqui, a meu ver, ele deixa de ser meramente descritivo e passa a ser normativo sobre o que ele denomina *adjudication*. Portanto, o juiz não deve ser um mero ator tático¹⁹, atuando no plano judicial e cumprindo (aplicando) as tendências políticas que a maioria (no processo legislativo) decidiu sobre os valores de certa sociedade. Ao contrário, ele, o juiz, deve ser politicamente atuante, encontrando nos casos por ele apreciados as construções que reproduzem a hierarquia de uma sociedade desigual e as desconstruindo, aplicando uma “justiça distributiva e não retributiva” (essa terminologia não é empregada pelo autor e se diferencia da ideia de *policy*). Ilustrando esse pensamento, transcrevo trecho de Kennedy: *the judge is a cultural figure engaged in the task of persuading adversaries, in spite of the arbitrariness of values. More, he is at work on the indispensable task of imagining an altruistic order.*²⁰ (o juiz é uma figura cultural envolvida na tarefa de persuadir os adversários, apesar da arbitrariedade de valores. Mais, ele está trabalhando na tarefa indispensável de imaginar um fim altruísta). Aqui, nesse trecho, fica evidente que o juiz deve ser parcial, ele deve estar ideologicamente comprometido com um fim, que é ideológico (o altruísmo).

Kennedy, citado por Ana Margarida Simões Gaudêncio²¹, constrói sua proposta baseada em uma teoria das *policy*, que seria diferente: da argumentação consequencialista, que apela a um bem estar social ou eficiência ou crescimento econômico; da argumentação baseada na moralidade, fundada no axiológico e no razoável; e da argumentação fundada em Direitos (*rights*), que pressupõe a universalidade dos direitos. *Policy* foi introduzida no pensamento jurídico americano durante o período de “recepção” do direito inglês, enquanto um dos dois fatores que os juízes poderiam convocar no momento de decidir que regras adotar, particularmente em situações em que haveria uma regra inglesa que poderia ser ou não apropriada. Segundo uma distinção convencional entre abordagens liberal e técnica das questões jurídicas, a primeira atenderia ao objetivo das *rules* à intenção das partes à equidade das soluções, enquanto elementos legítimos no processo interpretativo, pelo que *policy* (conveniência, utilidade) se oporia de princípio à moralidade, então compreendida com base no

¹⁹ Conforme esclarece o Professor Doutor Aroso Linhares em suas aulas de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sobre os funcionalistas.

²⁰ Kennedy, Duncan. Form and Substance in private law adjudication. P 1778.

²¹ Gaudêncio, Ana Margarida Simões. Entre o Centro e a Periferia. Tese de Mestrado. P. 149.

paradigma da ética cristã; e a segunda, posterior, e fruto de uma formalização geral do Direito Americano, compreenderia *policy*, por vezes, como englobando todos os fatores não dedutivos e por outras o conjunto das razões instrumentais, não intrínsecas da escolha de regras. Nesse sentido, *policy*, seria por vezes, oposta à “justiça,” ou a moralidade ou a Direitos. Kennedy pretende utilizar o termo *policy* em sentido amplo, incluindo todos os valores não dedutivos.

Penso que quando se refere a valores não dedutivos, trata daqueles valores que não decorrem do precedente ou da lei, mas são valores do juiz que está comprometido com uma política altruísta.

Lembro que, segundo Aroso Linhares, a perspectiva de Kennedy difere da de Unger²², na medida em que:

- a) Kennedy está preocupado com uma especialíssima «teoria» das práticas jurídicas e das lutas políticas que nelas se manifestam (*theory is expressive, rather than determinative of the content of political struggle*) — uma «teoria» que, não certamente por acaso, encontra na exemplaridade microscópica do discurso judicial (se não na fenomenologia da decisão de casos difíceis) o seu núcleo decisivo (*critique of adjudication*). Está preocupado com a luta no nível microscópico, nas decisões judiciais. É por isso que ele defende que, já que no nível positivo (explicativo, descritivo), as decisões são parciais, que elas sejam tomadas a favor dos mais necessitados. Enquanto que
- b) Unger está preocupado com uma perspectiva condutora, um tratamento filosófico-político da relação direito/sociedade e da estrutura institucional macroscopicamente auto-reflexiva (do programa institucional) que deverá corresponder-lhe... No plano

²² Roberto Mangabeira Unger, em 1971 tornou-se um dos mais jovens professores da Universidade Harvard. Sua obra de filosofia, teoria social e direito é citada por intelectuais do porte de Jürgen Habermas, Richard Rorty, Cui Zhiyuan e Perry Anderson. Segundo este último, Mangabeira Unger, "como Edward Said ou Salman Rushdie, faz parte daquela constelação de intelectuais do Terceiro Mundo, ativa e eminente no Primeiro Mundo, sem ser assimilada por ele, cujo número e influência estão destinados a crescer". Para Anderson, Unger é "uma mente filosófica do Terceiro Mundo que vira a mesa para se tornar um sintetizador e profeta do primeiro mundo". Paralelamente ao desenvolvimento de seu projeto teórico, Mangabeira tem atuado na política brasileira desde a abertura política durante o regime militar, na década de 1970.3 Em 2007, após ter sido um crítico do primeiro mandato do presidente Lula, passou a integrar o ministério do governo federal, em outubro de 2007 e permaneceu até junho de 2009 como ministro de Assuntos Estratégicos.

Informações podem ser encontradas no sítio da Universidade de Havard. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/10910/Unger>. Acesso em 1/7/2014.

estrutural legislativo, o protagonista não é o juiz, mas o cidadão. Faz uma crítica reformista e pluralista, baseada em uma social-democracia desenvolvida, atuando na forma da sociedade se organizar. São as teses de Unger²³, como por exemplo o experimentalismo democrático, a revisão da própria forma de distribuir a propriedade, a eliminação do direito de sucessão (a propriedade não seria transferida pela herança).

Em linhas mais definidas, Aroso Linhares²⁴ sublinha que KENNEDY fixa como território privilegiado (aquele em que importa investir teoricamente!) o da fenomenologia crítica da decisão do juiz e o desta como um processo ideologicamente específico de criação do direito (judicial law making (...) is an ideologically oriented legal work (...) different from ideologically oriented legislative work).

Esse, acredito, ser o ponto central da discussão nesse texto: como Kennedy enfatiza e constrói sua teoria da *adjudication* – é um direito construído ideologicamente (há aí o conteúdo de parcialidade) pelo juiz, no momento de sua aplicação. Veja, a visão de Kennedy é duplamente parcial sobre a jurisdição: no aspecto positivo de sua análise, ele acredita que o *rule of law*, ao pretender uma neutralidade ideológica na aplicação do direito ao fato, está, em realidade, comprometido ideologicamente. Nesse caso, com a ideologia liberal; já no aspecto normativo de sua teoria, ele pensa que o remédio está também no comprometimento ideológico no processo de decisão judicial, mas uma ideologia específica – de esquerda e progressista.

Kennedy, ao iniciar sua construção da *Adjudication* (posso traduzir como uma teoria sobre como devem ser construídas a decisão judicial) inicia por uma crítica ao formalismo. Identifica que em seu método (o método do formalismo), a aplicação de leis postas (já construídas) sobre os fatos, em que a conclusão seria a decisão judicial, se esconde uma ideologia liberal. A ideologia liberal que separa, tanto na teoria política, quanto na teoria jurídica, as funções legislativas, das funções jurisdicionais. É formalista porque entende que todo o elemento ideológico deve ficar contido (preso) nas discussões e deliberações do legislativo e ao juiz caberia um papel formal de mero aplicador de leis (frutos de programas políticos, decididos pela maioria no legislativo) aos fatos.

²³ Para um maior aprofundamento sobre esse assunto ver em: Unger, Roberto Mangabeira. *Democracia Realizada: a alternativa progressista*. São Paulo: Editora Boitempo. 1991.

²⁴ Aroso Linhares, José Manuel. *Teoria do Direito: Critical Legal Studies*. Artigo não publicado

Ele entende que o formalismo atua de duas maneiras. A primeira delas é entendendo que o processo legislativo é objetivo, fruto de decisões racionais entre as diversas posições políticas e ideológicas (o que ele não acredita porque ele entende que o poder econômico pode ser transformado em poder político na formação das maiorias. Os lobbys da indústria tabagista, por exemplo, ilustraria esse movimento). A segunda maneira é a de que os formalistas pensam que os juízes atuariam impessoalmente, neutros em relação aos seus valores pessoais (Kennedy também não acredita nisso). Veja para o formalismos, as decisões políticas, que são subjetivas, devem ser tomadas pelos políticos que, segundo a democracia representativa, representariam os interesses da sociedade, enquanto que as decisões judiciais se limitariam ao significado dos enunciados normativos e aos fatos.

A partir dessas considerações, Kennedy, acredita que a rule of law (a prisão à legalidade em seu sentido formal – a lei está pronta e acabada, não podendo ser reconstruída pelo juiz) e o constitucionalismo liberal (esse constitucionalismo que defende a separação das funções do legislador e do juiz) assimila, acriticamente, a sociedade e sua racionalidade de mercado. Mas também faz com que essas práticas de diferenciar fortemente os papéis do juiz e do legislador institucionaliza e conforma com essa visão da sociedade e de sua racionalidade de mercado. Isso, para Aroso Linhares representa o pensamento fetichista do formalismo, que é a necessidade de conservar essas funções separadas, para que a sociedade não se transforme, para que as hierarquias sociais sejam conservadas. Ou seja, esse modelo de sociedade liberal, de mercado, de um lado reforça o modelo formalista, mas de outro a própria sociedade de mercado é reforçada por esse modelo formalista. Esse mecanismo fecharia, evitaria a abertura para as discussões filosóficas e ideológicas sobre o próprio modelo de sociedade de mercado. Quer dizer, esse modelo (de uma sociedade de mercado, de uma sociedade liberal) que tem um legislativo controlado pela maioria e pelo poder econômico, que defende a sociedade de mercado, também tem o controle sobre os juízes que somente podem aplicar as leis construídas por esse legislativo.

A visão de Posner

Conforme sublinha Aroso Linhares²⁵, em sua reconstrução da viragem pragmática de Posner, esse autor faz suas análises em dois planos: o primeiro plano é o positivo (descreve a realidade de como os juízes decidem). É nesse plano que o autor explica o processo de tomada de decisão judicial. Nesse campo, alguns conceitos são formulados por Posner e contrastados entre si. Cito:

- Casos fáceis/casos difíceis; Os casos fáceis são aqueles que para Posner a resposta jurídica do problema apresentado pode ser resolvido pela subsunção do fato à norma (numa lógica formalista). Não conduz à área aberta. Os casos, difíceis, por outro lado, não podem ser resolvidos somente com a metodologia do direito. Caso, em que se faz necessário, recorrer a outras metodologias. São indeterminados na própria lei. Indeterminação dos materiais jurídicos em si. O caso comporta mais de uma solução.
- casos de rotina/casos duros; A lógica aqui é parecida. O tratamento jurídico é aquele tratado com as metodologias tradicionais do Direito: a subsunção e a analogia. Enquanto que o tratamento não jurídico é aquele que requer a importação de metodologias de outras áreas do conhecimento humano, a análise empírica, por exemplo.
- tratamento jurídico/ tratamento não jurídico;
- aplicação do direito/criação do direito. Aqui a distinção se faz, no primeiro caso, pelo uso da subsunção e da analogia, enquanto que no segundo caso, a norma precisa de ser criada pelo juiz no momento da decisão.

Posner inicia sua lógica, reconhecendo que: como não se trata apenas de defender que a plausibilidade «pragmática» da opção formalista se esgota irrecuperavelmente no tratamento de tais casos de rotina — descobrindo neles problemas já cognitivamente assimilados pelo sistema (casos fáceis em que a subsunção e a analogia poderiam resolver), trata-se também e muito especialmente de esclarecer o papel que tais materiais jurídicos (jurisdicionalmente relevantes) desempenham quando confrontados com todos os outros casos (ditos difíceis ou duros), em que os problemas já não estão cognitivamente assimilados pelo sistema. Veja, nos casos fáceis ou de rotina, há para Posner uma aparência da suficiência dos recursos metodológicos do Direito. Mas quando esses casos de rotina são contrastados com os casos

²⁵ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 27.

duros, há a possibilidade de surgir incoerências: o que parecia perfeitamente assimilado pelo sistema, após esse contraste, deixa de se-lo.

Para Aroso Linhares, tais conceitos/contrastes são condições delimitadoras (e como desafio programático) da teoria positiva em questão. Tais conceitos/contrastes revelam uma autêntica regularidade estrutural (tão evidente quanto aproblemática). Não se trata apenas de confirmar o número limitadíssimo de decisões que «o direito»... ou «o direito» reconduzido a um acervo de materiais dados (normas, precedentes... mas também princípios e policies!) — convencionalmente tratados (submetidos às «vidas» sucessivas de um certo Método Jurídico e às pretensões de autonomia de outros tantos cânones e esquemas metódicos) — está afinal em condições de «determinar» ou de determinar satisfatoriamente («Law» in judicial setting is simply the material, in the broadest sense, out of which judges fashion their decisions). Como não se trata apenas de defender que a plausibilidade «pragmática» da opção formalista se esgota irrecuperavelmente no tratamento de tais casos de rotina — descobrindo neles problemas já cognitivamente assimilados pelo sistema (the routine cases are those that can be decided by legalist techniques), trata-se também e muito especialmente de esclarecer o papel que tais materiais jurídicos (jurisdicionalmente relevantes) desempenham quando confrontados com todos os outros casos (ditos difíceis ou duros).²⁶

Com isso Posner evidencia a impossibilidade de se resolver os casos, mesmo os casos fáceis, a partir de uma perspectiva interna do Direito. Penso que há aqui um distanciamento das teorias que defendem a autonomia do Direito. É a partir dessa lógica, que Posner definirá seu conceito de área aberta, como sendo a área em que o material jurídico não é capaz de fornecer, com segurança, um critério para a decisão judicial. É nessa área aberta que há a discricionariedade. A questão que se põe, agora, é a que, uma vez reconhecida a área aberta e a impossibilidade dos materiais jurídicos oferecerem uma resposta única (ou um critério interno de solução), qual a alternativa para a discricionariedade (senão arbitrariedade) nas decisões judiciais?

As conclusões a que chega Posner, segundo Aroso Linhares:

²⁶ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 27.

1) aquela que a discricionariedade do juiz (as an (...) exercise of legislative-like (...) discretion), sob fogo de intenções e de motivos, de constrangimentos e de estímulos, mas também de modelos operatórios não jurídicos — se não invocando modelos de assimilação-organização que (enquanto teorias compreensivas) excluem a possibilidade de um direito materialmente autónomo —, se verá constrangida a percorrer... e a vencer. Even if judges wanted to forswear any legislative, any political, role and be merely the «oracles» of the law (...) they could not do so (...). A combination of structural and cultural factors imposes a legislative role on our judges that they cannot escape.²⁷ Após essa reflexão, Posner parece chegar à seguinte conclusão: Os materiais jurídicos são indeterminados e oferecem-se-nos como um acervo-continuum intencional e prescritivamente indiferenciado (incompatível com as pretensões de unidade associadas à categoria de inteligibilidade sistema).

Compreendendo os elementos dessa primeira conclusão:

- a) O continuum em que os princípios se reduzem às políticas, as quais são, por sua vez, programas de fins;
- b) O continuum no qual a distinção entre precedentes/regras/princípios de política (princípios parece não ser utilizado como princípio, oriundo de valores de uma determinada comunidade e que, também normatiza o Direito, ou como uma categoria de normas jurídicas, mas como princípio político, orientado, portanto, aos fins) aparece reduzido ao contraponto regras/standards e ao espectro da indeterminação linguística. Ou, como melhor explica Aroso Linhares, a um processo de interpretação-assimilação do novum que (em função das marcas intensionais e extensionais dos tipos de enunciados pressupostos) oscila manifestamente entre dois pólos exemplares.²⁸ Os pólos em referência no texto são as regras e os standards.

2) Há um número reduzidíssimo de casos fáceis, sendo estes os únicos que se solucionam lógico-dedutivamente (com o uso exclusivo de materiais jurídicos). Aqui Posner parece admitir a metodologia tradicional do Direito.

²⁷ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 29.

²⁸ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 30.

3) Para solucionar os casos duros, o juiz opta por uma alternativa de decisão inscrita na (delimitada pela) área aberta e fá-lo quase sempre pragmaticamente, entenda-se, atendendo aos previsíveis efeitos empíricos dessa alternativa — se quisermos, a estes efeitos iluminados por um programa de fins (selecionado ou pressuposto), quando não já diretamente justificados por uma teoria compreensiva (a teoria que o juiz, mais ou menos conscientemente, privilegia, pela qual ao fim e ao cabo «ideologicamente» opta).²⁹ Veja aqui, também, um traço de parcialidade em Posner.

4) No que diz respeito ao problema dos tipos de racionalidade, o *modus operandi* do juiz expõe-nos assim a uma alternativa inescapável — desenhada pelas possibilidades da racionalidade lógico-dedutiva (para os casos fáceis) e pelas exigências da racionalidade finalística (*judges (...) decide cases by logic or instrumental reason*), as primeiras assimiladas pela «técnica» de aplicação do silogismo subsuntivo (lógica silogística formal: regra abstrata, fato, conclusão), as segundas reconduzidas à pragmática-*techné* de um teleologismo instrumental-estratégico (estratégia de meios e fins) (a uma *policy-analysis* prosseguida enquanto especificação de alternativas transitivamente diferenciadas).³⁰

A partir desse momento, cabe a pergunta: como o juiz deve se orientar na área aberta, nos casos difíceis? A resposta a tal pergunta foi, em um passado, a *Law and Economics*. Essa resposta acabava por conduzir a Teoria do Direito de Posner a uma pretensa neutralidade, já que estaria fundada em modelos de uma ciência (econômica, no caso), que libertaria o juiz de decidir arbitrariamente. Nesse caso, em se tratando do tema aqui proposto, a resposta à questão sobre a parcialidade ou não do juiz na Teoria desenvolvida por Posner seria a de um juiz imparcial, escudado pelas respostas da ciência. Entretanto, em tempos atuais, parece não ser essa a resposta de Posner e, conseqüentemente, a própria parcialidade ou imparcialidade do juiz para essa sua nova proposta deve ser revisitada. Veja:

Para Aroso Linhares, na virada pragmática de Posner, importa acrescentar que esta orientação pelas conseqüências, iluminada por uma opção pragmática, se distancia uma vez mais da «lógica» de um consequencialismo utilitarista. Agora decerto porque se trata de defender que

²⁹ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 30

³⁰ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 31.

nem todas as consequências são possíveis. O problema não é de resto de um pragmatismo jurídico quanto o de um pragmatismo juridicamente relevante e (ou) juridicamente possível (adequado ao meio-milieu institucional do direito e aos policy judgments que este permite, ou mais rigorosamente, capaz de respeitar as «regras» do «jogo judicial»), numa palavra, o problema de um «pragmatismo limitado» (constrained pragmatism)... que se nos oferece simultaneamente como um «rule» pragmatism (the word that best describes the average american judge is «constrained pragmatist», the pragmatic judge must play by the rules of the judicial game, just like other judges (...)[and] the rules permit the consideration of certain types of consequence but forbid the consideration of other types).³¹³²

Mais à frente, Aroso Linhares conclui sobre a nova proposta metódica de Posner: (...) Notas que nos bastam para sublinhar o carácter ideológico (não necessariamente político, muito menos partidário, mas ideológico, nesta sua unilateralidade seletiva) das representações que tal composição constrói — e o carácter não menos ideológico (no mesmo sentido) da escolha do juiz que a privilegia como método (a judge's choice to use it to generate outcomes in the open area is an ideological choice) —, mas também e ainda para exigir que a discussão da sua aptidão positiva, longe de se esgotar num exercício de adequação correspondencial ou na discussão dos enunciados descritivos e explicativos que o sustentam se exponha inevitavelmente a um critério de convergência ou de consenso (empiricamente experimentados).

Parece-me, aqui, claro que esse segundo Posner (pragmático e não utilitarista) aceita um comprometimento ideológico do Juiz, ao permitir que ele, o tomador de decisões, ao seleccionar o material (não estritamente o ortodoxo jurídico) escolhe entre *policies* mais ou menos consensuais. Um pouco mais à frente, encontra-se um espaço de liberdade para o juiz, que se conduzirá de acordo com aspectos ideológicos, de personalidade, de conhecimento tácito: Se o julgador optar por ouvir as recomendações do economic analyst (se entender que estas, com forte probabilidade, propiciam consequences that he likes), a sua tarefa há de cumprir-se reconstituindo (na perspectiva do mercado competitivo perfeito) as pretensões de valor das partes (tratando-assimilando a controvérsia como um contraponto ficcionado de pretensões de valor). Ora, isto na medida em que — dentro do campo de possibilidades criado pela

³¹ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 29.

³² Pela importância desse fragmento, repete-se no corpo do texto.

indeterminação dos materiais jurídicos (possibilidades que serão pragmaticamente mais extensas nas chamadas common law decisions) — se tratará ao fim e ao cabo de escolher a alternativa de decisão e o contexto de justificação que mais se aproximem de uma solução de market mimicking. Para que, na medida do possível, os legal entitlements em disputa sejam atribuídos ao rational maximizer que mais os valoriza...³³

Penso, a partir desse material bibliográfico, que Posner ao abrir mão de um único critério para a tomada de decisão judicial (a análise econômica do direito), passando a admiti-lo como uma das informações que o juiz do caso pode atender, ele, Posner, abre mão do escudo da pretensa neutralidade de uma ciência econômica, que sempre justificaria a decisão mais neutra, mais imparcial. Aqui, Posner parece reconhecer a parcialidade do julgador.

Posner admite, portanto, que nos casos difíceis o juiz é um formulador de políticas públicas³⁴, mas sujeito ao critério da razoabilidade. Mas, ao afirmar essa função e esse critério, não afirma o dogma da imparcialidade do juiz. Pelo contrário, ao longo de sua obra, “Problemas de Filosofia do Direito.”, procura desconstruir os métodos formalistas, em especial a analogia e a subsunção, mas traz em seu funcionalismo, agora pragmático, toda a carga de um juiz humano e sujeito, portanto, às suas crenças pessoais, que estarão impressas em suas decisões.³⁵

³³ Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado. P. 34.

³⁴ *O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências das opções alternativas: consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro – em suma, para a sociedade. Em contextos não comerciais, pode-se preferir descrever a análise como ética, não como de políticas públicas. Contudo, isso não alteraria a questão fundamental: os materiais estritamente jurídicos só são usados para ajudar a estabelecer uma orientação inicial e fornecer dados específicos, e como fontes posteriores de possíveis limitações.* Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 178.

³⁵ *Um juiz que concebe seu papel nos casos difíceis como o de um formulador de políticas públicas, e não o de canal de decisão sobre políticas públicas tomadas em outras partes do sistema político, não precisa, a esse propósito, ser um ativista judicial. A autoconstrução judicial, no sentido de hesitação em derrubar as decisões de outros ramos do governo, pode ser parte da concepção que o juiz tem da boa sociedade. Contudo, a autoconstrução judicial é uma teoria política, e não um resultado de raciocínio jurídico; não pode ser deduzida a partir dos materiais jurídicos ou, de outra maneira, rigorosamente (ou mesmo de modo bastante convincente) deles derivadas. Esses materiais podem determinar quão ampla é a área de discricionariedade do juiz, mas não irão determinar quão ousado ou tímido o juiz deve ser nessa área ao tomar decisões que incomodem outros seguimentos do governo.* (Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 177).

Essas considerações feitas por Posner revelam sua não conformação com o que ele denomina por *crenças exageradas na autonomia e na força do raciocínio jurídico*.³⁶ Entretanto, Posner, também, se posiciona contrariamente ao que ele entende por exagero contrário (o da indeterminabilidade e da subjetividade do Direito). É a partir desse momento que o autor inicia suas críticas e divergências mais contundentes, na obra *Problemas de Filosofia do Direito*, às teorias dos *Critical Legal Scholars*. Para essa escola, todo o Direito seria política num sentido estrito, sendo que para Posner, tal afirmação é feita de um modo não falseável, isso porque para os CLS *sempre que se encontra um juiz agindo de modo contrário a seus supostos interesses políticos, seu comportamento é explicado como se ele estivesse jogando areia nos olhos do público, forjando laços ideológicos ainda mais estreitos ao passar a impressão de ser imparcial*.³⁷

Uma diferença apontada por Posner em relação à sua proposta e a proposta dos CLS é a seguinte: mesmo que os motivos psicológicos que levam o juiz a aderir às regras do Direito sejam políticos, no momento em que ele, o juiz, adere à essas regras, ele está fazendo Direito e não política.³⁸ Ou seja, para Posner, o juiz pode ser orientado por consequências (esse é o espaço da política), mas não pode justificar suas decisões com considerações política-iedológicas. É por essa razão que Posner distancia sua proposta da dos CLS, já que, segundo ele, para os CLS a decisão judicial poderia muito bem ser tomada por um estudioso da ética, totalmente estranho ao Direito, mas comprometido ideologicamente.

Uma outra diferença seria que os CLS exageram a existência dos casos difíceis e menosprezam a existência dos fáceis, esquecendo que entre uma extremidade e a outra, há um campo enorme para a aplicação dos métodos da razão prática. Lembrando que para Posner, a razão prática cria um objetivo – o prazer, o bem viver, etc – e a escolha dos meios adequados para alcançá-los. Cita, como exemplos, os métodos: a indução, a dialética, a retórica, que são métodos por meio dos quais pessoas que não são crédulas articulam crenças sobre questões que não podem ser verificadas pela lógica ou pela observação.³⁹

³⁶ Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 205.

³⁷ Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 206.

³⁸ Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 206.

³⁹ Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 95.

Posner utiliza um trecho dos ensinamentos de Duncan Kennedy para, a partir daí, explicar suas diferenças em relação aos métodos do direito propostos por esse último. Em razão dos objetivos desse trabalho, que é o de contrastar as ideias de dois funcionalistas, que criticam as propostas da pretensão da autonomia do Direito, será transcrito o de Duncan Kennedy⁴⁰, citado por Posner, para depois serem demonstrados os pontos de discordância desse último autor.

Os professores ensinam absurdos quando convencem os alunos de que o raciocínio jurídico é diferente, enquanto método de se obter resultados corretos do discurso ético e político em geral (isto é, da análise de políticas públicas). É verdade que, no caso dos advogados, existe um corpus específico de conhecimento das regras em vigor. É verdade que os advogados dispõem de técnicas argumentativas especiais para descobrir lacunas, conflitos e ambiguidades nas regras, para questionar decisões judiciais amplas e limitadas, e para produzir argumentos sobre políticas públicas favoráveis e contrários. Contudo, trata-se aqui apenas de técnica argumentativa. Não existe nunca uma solução jurídica correta que não seja outra senão a solução ética e politicamente correta de um determinado problema jurídico.

Veja, por um lado, o pensamento de Duncan Kennedy transcrito por Posner, demonstra sua aproximação, em um primeiro momento, com o pensamento desse último autor, no que é referente à negativa da autonomia do Direito para resolver os problemas jurídicos. Já, no momento em que reduz todo o discurso jurídico a uma técnica argumentativa que o leva para considerações éticas e de política, independentemente do caso em estudo tratar explicitamente de questões ligadas às políticas públicas, parece haver um distanciamento. Posner distingue as posições do juiz das posições do legislador de forma mais extremada do que aparece no discurso de Duncan Kennedy.

⁴⁰ Kennedy, Duncan. *Apud* Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 209/210.

Posner critica a proposta de Duncan Kennedy, em suma, porque esse último parece dizer que a solução correta de todo problema jurídico, é a solução que chegaria um eticista que não soubesse nada de Direito. A meu ver, para Posner essas posições são diferentes: as posições do eticista e do juiz. *O juiz é e o eticista não, um tomador de decisões num sistema de governo, e esse tomador de decisões deve preocupar-se não apenas em fazer justiça no caso em questão, mas também em manter uma estrutura jurídica que inclua considerações acerca dos precedentes, da autoridade legislativa, da articulação por deliberações e assim por diante*⁴¹. Aqui, Posner retorna ao seu método de razão prática, distanciando o jurídico da ética, o que parece não fazer Duncan Kennedy. Esse, no meu pensar, é o maior ponto de divergência entre essas posições não formalistas do Direito.

Considerações finais

Quanto à Kennedy, retorno à pergunta formulada por Posner: *Uma vez que os juízes são humanos, não podemos esperar por uma administração perfeitamente imparcial da justiça; e, se a predisposição é inevitável, por que se deveria considerar que uma administração da justiça que pende sutilmente para os ricos é mais indecorosa do que outra que pendesse para os pobres?*

Na realidade, Kennedy está comprometido com um ideal vinculado às políticas de esquerda e penso que quer levar para o judiciário essa luta – uma luta ideológica. Mais, penso que essa característica está tão presente no autor, que ele formula sua teoria da decisão judicial estrategicamente. Explico: apesar das disputas e conclusões presentes no legislativo e dos direitos que são oriundos dessas disputas, em que vence o majoritário, o mais influente (política ou economicamente), o judiciário deve intervir de maneira a corrigir tais políticas majoritárias, aplicando também uma política, só que voltada para o altruísmo, para a alteridade.

A proposta estratégica de Kennedy, penso, que trás em si uma contradição com as propostas de uma sociedade democrática. Não, propriamente, com a sociedade liberal, por ele atacada. Isso, porque ele reduz todo o espaço de tensões políticas, tradicionalmente, existente no legislativo e, as tensões por ele proposta para o judiciário, em uma pauta ideológica única. Exemplo. Hoje,

⁴¹ Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 210/211.

no Brasil, o Congresso é majoritariamente comprometido com políticas de centro-esquerda. Nesse caso, o judiciário estaria acentuando essa posição e tornando-a permanente no tempo. Penso, que tais consequências da utilização da Teoria sobre a decisão judicial, no plano político, apresenta esse problema. Essa parcialidade comprometida ideologicamente, no plano jurídico, quando despe totalmente o Direito de qualquer pretensão a uma autonomia metódica, o subordina a política de tal forma que acaba por relegar a um plano ínfimo o papel do jurista.

Ao contrário do Posner pragmático, apesar de não concordar com as propostas de Kennedy pelas razões acima elucidadas, acho que há um critério definido para a tomada das decisões judiciais, por meio de sua proposta de política. Posner, por outro lado, quando se retira do efficientismo e caminha para a construção de seu pragmatismo não constrói elementos claros de controle das decisões judiciais. Digo isso porque os conceitos de Posner sobre conhecimento tácito e sobre sentido, deixam, no que ele chama de área aberta, ainda um grande espaço para a arbitrariedade na tomada das decisões judiciais. A área aberta continua aberta, quando o efficientismo não é mais seu critério de decisão. Em seu manifesto ao pragmatismo, Posner deixa claro que: *se não existe verdade objetiva, torna-se mais importante ainda manter as condições necessárias à indagação voluntária de que se necessita para contestar e invalidar todas as falsas alegações de que a verdade foi finalmente encontrada*⁴². No caso de Posner, o problema da área aberta por ele proposto e da parcialidade do juiz ao escolher as consequências possíveis (o caso citado do mercado dos bebês pode ser possível numa cultura americana, mas não numa portuguesa, por exemplo), acaba levando-o, ainda, a uma aproximação com a provisoriedade da verdade científica. Veja, a ciência trabalha com um concurso de teorias, com propostas de verdades também concorrentes. Isso não é um problema para a verdade científica. Na verdade, isso é uma solução de evolução. Agora, trazer a provisoriedade da verdade para o método de decisão do Direito, já que o juiz ao poder escolher entre consequências possíveis, acaba por escolher entre verdades possíveis, não condiz (combina) com a tendência de permanência das decisões judiciais no tempo (a coisa julgada). A decisão judicial não evolui no tempo como a decisão científica.

Assim, descritivamente, concordo que o juiz é parcial. Mas, todavia, não concordo com as propostas de parcialidade no plano normativo (ele descritivamente é parcial porque ele tem uma

⁴² Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. P. 623.

personalidade própria, um caráter, valores próprios e, também conhecimentos próprios que por si só já induzem a uma parcialidade).

É um trabalho preambular, mas, penso que apesar das propostas serem interessantes, elas, ambas e por razões diversas, não resolvem o problema dos limites do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

Aroso Linhares, José Manuel. O pensamento tecnológico-social económico – a “análise económica do direito (Law and Economics). Texto não publicado.

Aroso Linhares, José Manuel. Teoria do Direito: Critical Legal Studies. Artigo não publicado.

Gaudêncio, Ana Margarida Simões. Entre o Centro e a Periferia. Tese de Mestrado. Coimbra 2004.

Kennedy, Duncan. A critical of adjudication. E. Ed. Boston: Harvard University Press. 1998.

Kennedy, Duncan. Form and Substance in private law adjudication.

Posner, Richard A. Problemas de Filosofia do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

Unger, Roberto Mangabeira. Democracia Realizada: a alternativa progressista. São Paulo: Editora Boitempo. 1991.