

O PRAGMATISMO JURÍDICO E A REVISÃO DOS PRAZOS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO PETROLÍFERA: LIMITES E POSSIBILIDADES DO ARGUMENTO PRAGMÁTICO

José Vicente Santos De Mendonça¹
We must think things not words.²

RESUMO

O presente trabalho visa à análise da hipótese de extensão do termo contratual da concessão petrolífera, em face da ausência de sondas no mercado, em consideração ao princípio do pragmatismo. Para tanto, o autor apresenta os contornos do pragmatismo jurídico; e, em enfoque crítico, indica possível caminho para a harmonização desse princípio com a tradição brasileira. Segundo o texto, deve o pragmatismo funcionar como argumento de reforço ou de descarte da decisão; não se admitindo, contudo, que sua aplicação se dê sem *standards*. Ao balizar a decisão da autoridade judicante, o pragmatismo serve como guia à interpretação da norma, inclusive a regulatória, asseverando-se como último passo de justificação da decisão.







¹ Mestre e Doutor em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor permanente do mestrado e do doutorado da Universidade Gama Filho (RJ). Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro. Contato: jose.vicente@terra.com.br. Agradeço à professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro pelas sugestões quanto ao enfoque do artigo.

² HOLMES, Oliver Wendell. Law in science and science in law. In: Harvard Law Review. Vol. 12, 1899, pp. 443-463. Consultamos a coletânea The Essential Holmes: selections from letters, speeches, judicial opinions and other writings of Oliver Wendel Holmes, Jr. Chicago: University of Chicago Press, 1997.



PALAVRAS-CHAVE

Pragmatismo; contratos de concessão petrolífera; extensão do prazo.

ABSTRACT

On the present study, the author analyzes the hypothesis of extending the contractual term of oil and gas extraction and production agreements, upon the inexistence of drilling equipments, as per the adoption of a pragmatic approach. Accordingly, an overview of the legal pragmatism is provided, and through a critical point, a path for the harmonization of the pragmatic principle with the Brazilian tradition is indicated. On the text it is sustained that the pragmatism shall work as an argument to reinforce/justify a decision or to discard it, not being admitted that the pragmatism is applied without standards. In this regard, the pragmatic approach shall guide the interpretation of the rule – regardless if such rule is transcribed in a formal legal text or in a regulatory provision – as a last step for legitimizing the judiciary decision.

KEYWORDS

Pragmatism; oil and gas concession contracts; term extension.

Introdução

Este artigo tem dois objetivos. O primeiro deles é o de apresentar, a uma audiência composta por operadores do Direito não necessariamente familiarizados com Filosofia e teoria do Direito, algumas ideias relacionadas a um tema que está no centro do debate jurídico contemporâneo: o pragmatismo aplicado ao Direito.

O segundo objetivo é o de, a partir de uma rápida apresentação do pragmatismo jurídico, analisar os limites e possibilidades do uso do argumento pragmático aplicado à questão da revisão dos prazos dos contratos de concessão de petróleo. Explica-se: nos últimos





(

tempos, tornou-se comum a alegação de que, dada a inexistência de sondas petrolíferas no mercado internacional, a ANP haveria que rever os prazos de muitos de seus contratos de concessão. Por mais que estivessem dispostas a pagar, as concessionárias simplesmente não conseguiriam obter sondas, daí que, como é público, muitas hajam formulado requerimentos à agência alegando, dentre outros motivos, a desinteligência prática de se obrigá-las a devolver as áreas à União, perdendo todos os investimentos já realizados, em favor de nova licitação que resultaria numa nova concessionária *também* incapaz de operar. Em muitos casos, a ANP acolheu o argumento pragmático, ampliando o prazo contratado da primeira etapa do contrato de concessão (a fase exploratória).

Como derivação desse segundo objetivo, é de se pensar na formulação de um "princípio" do pragmatismo jurídico que possa ser útil à resolução de outros casos inseridos no marco constituído por aquela série de regras estatais, princípios, melhores práticas internacionais da indústria etc. que, em conjunto, hoje são conhecidas como *lex petrolea*⁴.

O percurso a ser percorrido é o seguinte: num primeiro momento (item 1), apresentaremos o tema do pragmatismo junto à Filosofia, e, sem demora, junto ao Direito. A parte a seguir (item 2), que é a principal, parte do caso concreto e propõe um modelo de "princípio" do pragmatismo jurídico baseado em alguns *standards*. Uma nota de encerramento conclui o artigo.





³ Sem entrar em detalhes metodológicos, é fácil ver que estamos usando o termo princípio de modo bastante diferenciado àquele que, hoje, tornou-se padrão no discurso jurídico – qual seja, o de norma jurídica aplicável de forma gradual, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas (outros princípios e regras em sentido contrário) permitam. Neste texto, deve-se entender "princípio" como critério ou guia de decisão de casos envolvendo a matéria. É essa a razão das aspas.

⁴ BRANDÃO, Clarissa. Lex Petrolea. In: Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. Rio de Janeiro, vol. 2. A rigor, *lex petrolea* é expressão que se refere às melhores práticas internacionais da indústria do petróleo, numa adaptação do consagrado termo *lex mercatoria*. Ela não incluiria, assim, os comandos jurídicos nacionais. Usamos a expressão no sentido mais lato possível.



1. O pragmatismo na Filosofia e no Direito: brevíssimas palavras

O termo "pragmatismo" é noção confusa⁵. Claro que não possui a carga emotiva de palavras como "liberdade" ou "igualdade", mas carrega suas próprias complicações: a maioria das pessoas, quando ouve falar no assunto, pensa numa "atitude prática", num posicionamento pedestre em relação aos problemas da vida⁶. E o pragmatismo não é isso, embora, sob certo aspecto, talvez seja parte disso: não uma filosofia propriamente dita – corpo doutrinário, fechado e autorreferente, defendendo-se de críticas lançadas por gerações de filósofos profissionais –, mas uma *forma de se fazer filosofia*⁷.

O pragmatismo é uma filosofia da realidade, da ação, da experimentação. Filha de um tempo e de um lugar – o século XIX nos Estados Unidos –, reagindo a um inimigo demarcado: o realismo e o racionalismo hegemônicos na academia anglo-saxã do final daquele século, talvez seja a filosofia mais adaptativa à modernidade. Há quem







⁵ PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 6-7. FAERNA, Ángel Manuel. *Introducción a la teoría pragmatista del conocimiento*. Madri: Siglo Veintiuno de España Editores, 1996, p. xi.

⁶ Na introdução à obra que organizou, Morris Dickstein afirma que as qualidades associadas ao "pragmatismo" no discurso comum ganham, em geral, nossa entusiástica aprovação. Políticos e experts eleitorais têm-no em alta conta, como "arte do possível", associada a certa aversão à ideologia e à tendência às negociações e aos compromissos recíprocos - isso seria verdade, ao menos, para a sociedade americana, que é a que Dickstein relata. Quem adota uma perspectiva pragmática em diplomacia e em política externa vai-se imaginar negociando diferenças e chegando a resultados concretos, em vez de se aferrar a imperativos morais inflexíveis. "Eu sou um pragmático, um solucionador de problemas", dizia um conselheiro de campanha, nos Estados Unidos, para explicar sua aproximação aparentemente contraditória a dois tipos de problemas distintos. No Brasil, não é muito diferente. Afirmar que alguém é um pragmático significa, em regra, dizer que se trata de um político ou juiz "resolvedor de problemas", "gente que faz": em vez de se deter em supostas questiúnculas – formais, ideológicas, "burocráticas" –, o pragmático preocupar-se-ia, antes de tudo, com o resultado. Cf. DICKSTEIN, Morris. Introduction. In: DICKSTEIN, Morris. (Org.) The revival of pragmatism: New essays on Social Thought, Law, and Culture. Durham e Londres: Duke University Press, 1998, p. 2.

⁷ JAMES, William. What Pragmatism Means. In: HAACK, Susan (org.). *Pragmatism, old & new: Selected writings.* Nova Iorque: Prometheus Books, 2006, p. 291 e 293.



nela veja ecos do ceticismo de Hume, do positivismo, do darwinismo. Seu propósito, na medida em que caiba falar disso numa filosofia tão multifária, é o de resgatar o valor da experiência: num mundo cindido em dualismos anódinos – objetos mentais *versus* mundo extramental, teoria *versus* prática, cultura humanística *versus* cultura científica –, o pragmatismo quer depurar nossa compreensão de conceitos viciadamente abstratos que a filosofia nos inculcou. Como há continuidade, e não separação, entre teoria e prática, depurar nossos conceitos de muitas das noções vagas e estéreis que a filosofia fez correr em nossa consciência cotidiana – e isso por intermédio de um apelo a que olhemos para as consequências concretas da adoção desta ou daquela proposição – é, ao mesmo tempo, contribuir para que o pensamento possa ser mais eficaz, e a conduta, mais inteligente. 8-9

Boa síntese do pragmatismo filosófico, em suas teses essenciais, é a que foi feita por Thamy Pogrebinschi. Segundo a professora, a "matriz pragmatista" – o núcleo de ideias do movimento, tal como representado por seus autores clássicos – pode ser reconduzida a três afirmações, o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo. O antifundacionalismo é "a ideia de que as verdades são criadas, não encontradas; situadas, não objetivas; mutantes, não eternas; parciais, não absolutas" É a rejeição, sistemática e constante, de verdades apriorísticas, dogmas, abstrações metafísicas.





⁸ FAERNA, Ángel *Manuel. Introducción a la teoría pragmatista del conocimiento.* Madri: Siglo Veintiuno de España Editores, 1996, pp. 6-9.

⁹ Interessantes exemplos de como o pragmatismo pode servir a uma conduta mais inteligente são, na opinião de Alfonso Morales, o *new deal* e a ajuda americana ao Japão e à Europa depois da Segunda Guerra. Nesses momentos, segundo este autor, os argumentos pragmáticos superaram alegações fundacionalistas acerca dos conceitos de mercados livres e direitos absolutos de propriedade, em prol de preocupações em reconciliar interesses reais e solucionar problemas concretos com os instrumentos então disponíveis. Cf. MORALES, Alfonso. Foreword. In MORALES, Alfonso (org.) *Renascent pragmatism: Studies in Law and Social Science.* Hants: Ashgate, 2003, p. xvi.

¹⁰ BRINT, Michael; WEAVER, William. Introduction. In BRINT, Michael; WEAVER, William (orgs.). *Pragmatism in law and society*. Boulder, São Francisco, Oxford: Westview Press, 1991, pp. 1-6, aqui, p. 1.



Quanto ao consequencialismo, é a prioridade das consequências do ato, teoria ou conceito. Para o pragmatismo filosófico, o significado e a verdade de teorias e conceitos devem ser buscados por intermédio de uma análise da diferença que façam para a realidade. Ou seja, por um processo mental de adiantamento e avaliação de suas consequências. Já o contextualismo não causa maiores dúvidas. É o destaque do contexto – social, político, histórico, cultural – na investigação filosófica e científica. Justamente porque o método pragmatista preza a diferença prática que as teorias possam fazer, e só é possível perscrutar uma diferença prática a partir de um contexto real, assim o contextualismo assume importância como traço do pragmatismo.

A matriz pragmatista se completa: se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, devemos apreciá-las a partir de suas consequências, as quais só adquirem sentido dentro do contexto – social, político, histórico, cultural, pessoal – na qual estão inseridas. Os deuses estão mortos; é hora de se preocupar com as consequências concretas de nossos conceitos, juízos e ações, praticados por nós em nosso único mundo. Ou, como na anedota contada por Louis Menand, um dia acordamos num lugar estranho e não sabemos como fomos parar lá. Então, construímos uma escada para explicarmos como foi que chegamos naquele local. O pragmatista é o sujeito que se pergunta se aquele é um bom lugar; o não pragmatista é a pessoa que se põe a admirar a escada¹¹.

Mas chega de filósofos. Falemos de advogados.

Pois advogados *sempre* são pragmatistas. Recebem o cliente, ouvem o relato, e, já nesse momento, recortam dados e circunstâncias, imaginam argumentos, tudo para apresentar o caso do modo mais propício a vencer a causa. Há um raciocínio completamente focado





¹¹ MENAND, Louis. *An Introduction to Pragmatism*. In MENAND, Louis. (Org.) *Pragmatism: a reader*. Nova Iorque: Vintage Books, 1997, pp. xi-xxxiv, aqui, p. xxxiv.

(

à produção de uma consequência específica: o estado de convencimento da autoridade¹². Juízes e demais julgadores, embora regulados por certa pretensão de correção¹³, também atuam, por vezes, como pragmatistas convictos. Projetam consequências, optam por uma delas, e, depois, vão buscar, no momento de qualificar e descrever circunstâncias fáticas e provas, e no de articular argumentos, aqueles que melhor conduzam à decisão escolhida¹⁴. Compreensivelmente, nenhuma das duas categorias de operadores institucionais do Direito gostaria de assim ser percebida¹⁵: não são meros engenheiros da persuasão, ou "decididores" *ex post*, mas lidam com um tipo especial de racionalidade — a racionalidade jurídica —, desenvolvem teses, articulam princípios, destacam coerências sistemáticas, sublinham







¹² Mesmo na advocacia preventiva o raciocínio é o mesmo: trata-se de adequar práticas e procedimentos, de modo a evitar qualquer tipo de sinalização negativa por parte das autoridades controladoras. Sobre o tema, v. SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Making your case: the art of persuading judges.* Saint Paul: Thomson/West, 2008.

¹³ Sobre a pretensão de correção, consultar ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. *In Isegoría*. V. 21. Madri: Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto de Filosofía, p. 23-35, nov. 1999.

¹⁴ Nesse sentido, trecho de voto do ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 111.787, publicado no Diário de Justiça, do dia 13 de setembro de 1991 (RTJ 136/1292): "Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la." Conferir, ainda, a opinião do chanceler James Kent: "Eu vejo para onde a justiça e o bom senso está, e, então, sento e procuro as autoridades até esgotar meus livros; de vez em quando, surpreendo-me embaraçado por uma regra técnica, mas, quase sempre, encontro princípios que se adaptam à minha visão daquele caso...". KENT, James. An Unpublished Letter of Chancellor James Kent. In The Green Bag, vol. IX, n. 5, maio 1897, p. 210. Apud SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. Id., p. 27.

¹⁵ Exemplo: a maioria dos magistrados brasileiros, segundo pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – em 2006, afirmou que não considera os efeitos orçamentários nas decisões relacionadas ao direito à saúde; e, segundo pesquisa realizada pela mesma instituição, mas em 2005, também a maioria dos juízes que foram pesquisados afirmou que não considerava importante as consequências econômicas de suas decisões (eles priorizariam os "parâmetros legais" – embora, colocado dessa forma, não é de se espantar que os resultados sejam esses). As pesquisas podem ser encontradas no *site* da AMB na Internet (www.amb.com.br).



artigos de lei, tudo para que, em concreto, faça-se a justiça, palavra que, não por outra razão, costuma enfeitar, em letra maiúscula, a retórica forense das más petições, às vezes assassinada por uma ou várias exclamações ao final.

É dizer, sem medo do trocadilho: na prática, somos todos pragmatistas jurídicos.

Resta saber o que é isso que somos.

Um bom começo é entender a teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner, principal autor do assunto. Duas observações preliminares: não há nenhuma teoria-padrão do pragmatismo aplicado ao Direito. A teoria de Posner, apesar de mais famosa, não é, nem de longe, consensual. Há vários pragmatismos jurídicos. Além disso, há dúvidas entre os especialistas a respeito de se o pragmatismo jurídico seria uma aplicação do pragmatismo filosófico ao mundo do Direito. Muitos, como o próprio Posner, acreditam que são duas coisas distintas: o que o pragmatismo filosófico poderia trazer ao Direito seria, no máximo, uma postura crítica, de não aceitação de dogmas. Dito isso, apresentemos a teoria.

Como mencionamos, Richard Posner não vê seu pragmatismo como descendente ou como aplicação do pragmatismo filosófico ao campo do Direito. Numa primeira apresentação de sua teoria, caracterizou-a como razão prática – uma caracterização bem pouco ortodoxa para o termo, diga-se de passagem –, isto é, "uma colcha de retalhos que inclui evidências anedotais, introspecção, imaginação, senso comum, empatia"¹⁶. Mesmo assim, "ainda capaz de produzir um grau de certeza tão alto quanto o das demonstrações lógicas". Em desenvolvimentos posteriores, assentou os pressupostos de seu pragmatismo: trata-se de um pragmatismo cotidiano (*everyday pragmatism*)¹⁷, uma rejeição de considerações abstratas. Tratar-se-ia, simplesmente,





¹⁶ POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 73-74.

¹⁷ POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 49ss.



de uma disposição de basear a atuação em fatos e consequências, ao invés de em conceitualismos, generalidades, "bondades", slogans¹⁸.

Na essência desse pragmatismo "pé no chão", duas ideias: o primado das consequências e o filtro da razoabilidade. A autoridade julgadora, ao decidir, deve fazê-lo com olhos bem postos nos resultados práticos de sua decisão, e cuidar para que seus comandos concretos sejam "razoáveis". Seu pragmatismo, como teoria normativa da decisão – vale dizer, como teoria que indica como se deve decidir –, pode ser assim resumido: decida de modo a produzir as consequências mais razoáveis. Ao contrário do que possa parecer, Posner não acredita que sua teoria seja exemplificativa do consequencialismo utilitarista, na definição da filosofia, quer dizer, aquela teoria da ética normativa que diz que nossas ações devem ser guiadas por uma máxima de otimização da utilidade (seja ela definida de que modo for: bem-estar, satisfação de desejos, prazer etc.)¹⁹, pois o *standard* é aquilo que é razoável, não as mais úteis consequências para a obtenção de algo.

Há um aspecto no pragmatismo jurídico de Posner que, de certa forma, faz com que seja teoria mais palatável a espíritos formalistas como os nossos, da tradição do Direito brasileiro: é o de que a autoridade, ao decidir, deve levar em consideração as consequências, sim, mas não apenas casuísticas – para aquele caso –, mas, também, aquelas relevantes para o sistema como um todo. Ou seja, são importantes os efeitos casuísticos e, de igual modo, os efeitos sistêmicos. Desse modo, ainda que raramente, o formalismo pode ser estratégia pragmática²⁰: decide-se conforme as regras formalmente postas, de





¹⁸ POSNER, Richard. Id., p. 56.

¹⁹ Desenvolver em DARWALL, Stephen (ed.) Consequentialism. Massachussets: Blackwell Publishing, 2003. HOOKER, Brad; SCHEFFLER, Samuel (ed.) Consequentialism and its critics. Oxford: Oxford University Press, 1998. MASON, Elinor; MILLER, Dale E. (eds.) Morality, rules and consequences: A critical reader. Maryland: Rowfman & Littlefield Publishers, 2000. Em português, ver o capítulo respectivo em BORGES, Maria de Lourdes; DALL'AGNOL, Darlei; DUTRA, Delamar Volpato. Ética. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

²⁰ POSNER, Richard. Legal Pragmatism. In Metaphilosophy. Vol. 35, n. 1 e



maneira "cega", mas apenas porque isso é estratégia pensada para produzir os melhores resultados quanto ao Ordenamento Jurídico como um todo, a saber, incrementar a confiança no Direito local, na previsibilidade das normas jurídicas, na figura institucional do Judiciário etc. Posner reconhece a virtude da generalidade, previsibilidade e imparcialidade do formalismo, mas prefere utilizá-las na condição de estratégia pragmática.

Para além do foco nas consequências razoáveis da decisão, as quais podem incluir seus efeitos sistêmicos – o que, por sua vez, pode comandar a adoção do formalismo como teoria da decisão –, o pragmatismo jurídico, na proposta de Richard Posner, possui seis características. A saber, ele é (i) eclético; (ii) instrumental; (iii) contextual; (iv) antiformalista; (v) empírico; e (vi) usa da retórica, mas de forma positiva. Vamos analisar cada uma delas.

Em primeiro lugar, ele é (i) eclético. Isso significa que não tem maiores preocupações com ideologias²¹, consistências teóricas ou harmonias abstratas — está pronto para aceitar, sem traumas, contribuições das mais diversas disciplinas, dos mais diversos saberes, sem nenhum ciúme ou rigor quanto ao que "faça sentido na teoria". A pergunta a ser feita é "funciona na prática?", em vez de "é





^{2.} Oxford: Blackwell Publishing, 2004, pp. 147-159, aqui, p. 151.

^{21 &}quot;O pragmatismo jurídico não possui um conteúdo ideológico em si mesmo. Apoia-se na teoria dos jogos, na ciência política e em outras ciências sociais mais que em determinadas preferências ideológicas." POSNER, Richard. *Lam, pragmatism and democracy.* Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 84. Há, no entanto, quem o critique por sua suposta proximidade com o capitalismo liberal. Não apenas o pragmatismo jurídico, não apenas o pragmatismo jurídico na versão de Posner, mas essa espécie de crítica também é comum em relação a filosofias éticas consequencialistas e utilitaristas, em geral. Por todos, vocalizando esse tom, veja-se Ernst Tugendhat: "O utilitarismo é a ideologia do capitalismo, pois ele permite o crescimento da economia como tal, sem dar moralmente conta daquilo que diz respeito a questões de partilha. Se nos perguntarmos como uma ideia em si tão pouco plausível se pôde manter por tanto tempo como aparentemente convincente, então a oculta razão ideológica fornece uma informação significativa." TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética.* 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 327.



teoricamente compatível?". Daí a incorporação, à prática jurídica, de conhecimentos advindos de ramos tão distintos quanto a Estatística, a Economia, a Sociologia Experimental, a Psicologia.

O ecletismo do pragmatismo jurídico vale, também, quanto à incorporação de teorias, conceitos, fragmentos teóricos, princípios, argumentos, de modo a que se forme aquilo que Aulius Aarnio chamou de "teia argumentativa": aquele aglomerado de *topoi*, não inteiramente coerente entre si, mas que, em conjunto, é capaz de provocar um estado de convencimento (em um juiz ou em uma autoridade administrativa, quando usados por um advogado; em relação ao público em geral, quando utilizados pelo Judiciário ou pela Administração). Quando um parecerista elenca argumentos, ele pensa em quem vai tentar convencer e faz sua busca nos precedentes e na doutrina, com o propósito de achar todos os bons argumentos — o compromisso é com *ganhar a causa* (já que algum ou alguns desses argumentos podem ser particularmente persuasivos, e mostrar a existência de vários deles também pode contar pontos em favor da credibilidade da posição), não com alguma coerência teórica em sentido forte²².

Além de eclético, o pragmatismo de Posner é (ii) instrumental. A teoria é instrumento para um fim concreto, a saber, a distribuição de bens ou a recomposição de estados operada por intermédio do Direito. Também o Direito é meio para seu fim. Essa característica da teoria, na verdade, não é nenhuma revolução por si mesma; diversas teorias jurídicas, antigas e novas, vêm insistindo para que se evite a reificação tanto da teoria quanto do próprio Direito²³. Até aí,





²² A exceção, aqui, diz respeito à coerência pessoal: pareceristas não costumam se contradizer em relação a posições doutrinárias defendidas recentemente, ou que constituam, por assim dizer, a essência de seus posicionamentos teóricos (i.e., a razão pela qual ficaram conhecidos em primeiro lugar).

²³ BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. Constitutional Interpretation: the basic questions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 186. Nesse ponto, aliás, o pragmatismo faz jus à afirmação de Rorty (e de outros) de que, mercê de sua ampla difusão, haver-se-ia tornado banal. A propósito, v. RORTY, Richard.



estamos em terreno consensual: dificilmente alguém sustentaria, hoje em dia, que o Direito deve se fechar em si mesmo, de modo inflexível e "desoxigenado" em relação à realidade finalística que lhe subjaz.

A próxima característica, apesar da negativa de Posner quanto à descendência de sua versão do pragmatismo jurídico em relação ao pragmatismo filosófico, é compartilhada entre ambos: os dois são (iii) contextuais. Trata-se de fundar a teoria e seus resultados numa dependência do contexto em que estão inseridos. A decisão pragmaticamente correta de hoje pode não ser a de amanhã – e a diferença pode estar no contexto. Aliás, o contextualismo não deixa de se basear num antifundacionalismo: é porque não existem lugares "estáticos" – pontos de partida ou chegada, opiniões definitivas, regras absolutas – que a teoria se pode basear no contexto, elemento essencialmente modificável.

O pragmatismo de Richard Posner é, ainda, (iv) antiformalista. Talvez seja essa sua característica mais destacada. De modo geral, o pragmatismo jurídico é descrito essencialmente como um antiformalismo, mas isso é só parte da verdade. É fato que é bastante complexo até mesmo definir o que é o "formalismo"²⁴. Mas, afastando-nos de maiores digressões, vamos definir formalismo como uma disposição firme e consistente de basear decisões essencialmente em normas escritas e/ou em precedentes. Pois bem: se o formalismo é isso, então o pragmatismo de Posner é antiformalista, pois não parte do pressuposto de que as normas escritas ou os precedentes devam ser observados por si mesmos – como se possuíssem importância onto-lógica –, mas apenas na condição de que a observância vá produzir







The banality of pragmatism and the poetry of Justice. In BRINT, Michael; WE-AVER, William (orgs.) *Pragmatism in Law and Society.* Boulder, São Francisco, Oxford: Westview Press, 1991, pp. 89-97. Por outro lado, talvez sua "banalidade" só signifique, realmente, sua vaguidade: nesse sentido, CROSS, Frank. *The theory and practice of statutory interpretation.* California: Stanford University Press, 2009, p. 104.

²⁴ SCHAUER, Frederick. Formalism. In Yale Law Journal, vol. 97, 1989, p. 509ss.



os melhores efeitos (casuísticos e, principalmente, sistêmicos). O julgador pragmatista pode simplesmente ignorar o precedente (ou adaptar a norma escrita à incidência via plasticidade das interpretações) se isso for o que produzirá os melhores resultados ao caso.

O pragmatismo é (v) empírico. Ele quer ver resultados, e não apenas na força da expressão. A autoridade julgadora que "segura" um processo, na expectativa de quais serão os resultados práticos daquele ato regulatório ou daquela lei, e isso para que possa julgá-lo com base nessas consequências, é, por definição, um pragmatista. Ao contrário de certa doutrina, que se limita a reclamar desta prática, a verdade é que não decidir é, também, o resultado de uma decisão, e não necessariamente de uma má decisão. Tudo depende do caso, e, mais uma vez, das circunstâncias. O juiz que, sem muito esperar, invalida uma nova portaria da Agência Nacional do Petróleo, nos casos em que a ilegalidade ou a inconstitucionalidade não é flagrante, está adotando postura no mínimo temerária, e, seguramente, antipragmatista: faz com que o ato seguer tenha condição de provar seu mérito prático. Da mesma forma, a autoridade reguladora – pensemos, no mesmo caso, na ANP – que, sequer referenciando a consideração dos argumentos práticos, ainda mais na seara do Direito do Petróleo, ignora o impacto econômico de alguma decisão em relação às concessionárias, está agindo de modo não empírico, e, assim, antipragmatista. Claro que os argumentos econômicos devem ser provados, mas, uma vez que isso haja acontecido, ou caso os fatos sejam indubitáveis, o pragmatismo jurídico recomenda que sejam "levados a sério", para usar a expressão da moda. Quer dizer: antes uma decisão formalmente subótima (ainda que juridicamente defensável), mas empiricamente justificada, do que uma decisão que, sob a capa de uma correção formal e lógica impecável, resulte num desastre prático.







Quando o pragmatismo jurídico de Posner diz para que sejamos empíricos, ele está recomendando, de fato, que não sejamos ingênuos quanto aos resultados de nossas decisões. Considerando o padrão de justificação das decisões jurídicas – naturalmente amplo, polêmico, e fundado na linguagem humana, coisa das mais incertas e aberta à pluralidade interpretativa e à vaguidade²⁵ –, a melhor escolha é, sempre, aquela que vai produzir os resultados menos contraintuitivos e mais sensíveis à realidade prática. Finalmente, o pragmatismo jurídico é (vi) retórico. Não retórico da forma quase pejorativa com que a filosofia grega clássica descreveu a ideia. Ele é "positivamente" retórico. Não se limita à linguagem formal, formalista e formalizante dos tribunais e da burocracia, mas busca exemplos na vida cotidiana, apela ao bom senso ("sempre baseie seu pedido não apenas nas regras, mas, também, no senso de Justiça e no bom senso", diz um respeitado juiz da Suprema Corte americana²⁶), ilustra os casos com referência a outras ciências (o pragmatismo, como sabemos, é eclético, o que significa que é, também, interdisciplinar). O que vale é justificar a razoabilidade da decisão ou do pedido, não de modo que convença um lógico, mas de modo a ultrapassar o juízo crítico de um homem médio esclarecido.

E esse é, em breves palavras, o pragmatismo jurídico de Richard Posner. Teoria simples, chã, cuja proposta é secundar uma prática jurídica que funcione.

Não que simplicidade ou realismo imunizem algo ou alguém de críticas, claro. As que são dirigidas contra a versão jurídica de Richard Posner são muitas e variadas, e vão desde aspectos téc-





²⁵ STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da Linguagem e sua aplicação ao Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Ainda, o capítulo clássico de Hart em HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito. Lisboa:* Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 137-168.

²⁶ SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. Making your case: the art of persuading judges. Saint Paul: Thomson/West, 2008, pp. 26ss.

(

nicos²⁷ até observações mais triviais²⁸. Cinco temas aparecem em todas elas. O pragmatismo jurídico estimularia uma amplíssima discricionariedade judiciária, ao ignorar a força dos precedentes e ao não se submeter ao Direito legislado; a concretização dos melhores resultados possíveis não emprestaria suficiente respeito em relação aos direitos fundamentais dos indivíduos, que vêm a ser justamente triunfos diante de considerações utilitaristas; o pragmatismo de Posner seria incompleto, porque mandaria decidir da melhor forma possível, mas não indicaria nenhum critério a respeito do que isso viesse a ser; o pragmatismo jurídico, considerando as características do processo judicial e a competência institucional do Judiciário, seria pouco prático: o caminho mais fácil, barato e direto para a produção





²⁷ Como a de que o pragmatismo jurídico de Posner, ao acabar justificando certas práticas conservadoras, não é suficientemente pragmático, tal como o entenderia, digamos, John Dewey. Assim, v. SULLIVAN, Michael; SOLOVO, Daniel J. Can Pragmatism be radical? Richard Posner and legal pragmatism. In Yale Law Journal, 113, dez. 2003, pp. 687-741. Ainda, SULLIVAN, Michael. Legal pragmatism: Community, Rights, and Democracy. Bloomington e Indianápolis: Indiana University Press, 2007, capítulo 3 ("Posner's Unpragmatic Pragmatism"), pp. 48-78. Interessante crítica geral às visões instrumentalistas do Direito - o Direito como meio para um fim – é a feita por Brian Tamanaha. Desde os anos 1970, a visão de que o Direito é meio para um fim se tornou lugar comum, ao mesmo tempo em que se discordava acerca de qual fosse ele, e se concluía que esse "fim" é impossível de ser encontrado. O Direito é meio para um fim - qualquer fim, o meu fim, o seu fim, o interesse do grupo de lobby. De certa forma, então, o instrumentalismo é um cinismo. Possui, decerto, a virtude da transparência, mas o que se perdeu com isso? Uma visão de integridade do Direito. O instrumentalismo pode ter tornado o Direito até mais facilmente propício a essa captura: se as coisas são assim, por que resistir? V. TAMANAHA, Brian. Law as a mean to an end: threat to the rule of law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

²⁸ O pragmatismo jurídico de Posner estimularia a pobreza intelectual, ao reduzir as decisões judiciais e administrativas ao "que é melhor" naquele caso, numa espécie de eterno juízo de equidade, sem que as autoridades precisassem sequer saber nada a respeito de dogmática jurídica, precedentes, comandos normativos. É crítica injusta. O pragmatismo jurídico não é um decisionismo desarvorado: até para saber como utilizar pragmaticamente a doutrina, os precedentes e a legislação, é que se vai precisar conhecê-las. De resto, ao estimular a interdisciplinaridade, o julgador pragmatista vai ser obrigado a estudar muitas outras disciplinas além daquelas a que estaria acostumado. Nesse sentido, então, o pragmatismo estimula – e não empobrece – a intelectualidade dos aplicadores do Direito.



dos pretendidos melhores resultados decisórios seria o formalismo; finalmente, o pragmatismo estimularia negativamente o Legislativo quanto à produção de leis, já que, de todo modo, as leis "ruins" seriam aperfeiçoadas pelas autoridades julgadoras.

Após apresentar cada uma das críticas, vamos indicar algumas das possíveis respostas, não com o intuito de defender a teoria com todas as forças (não é o caso, como ficará claro no próximo item), mas para ser o mais abrangente possível na própria apresentação das propostas teóricas.

Comecemos, logo, com a crítica mais comum, aliás dirigida ao pragmatismo jurídico como um todo, não apenas à versão de Posner: o pragmatismo jurídico concederia amplíssima discricionariedade ao Judiciário - ou, de resto, às autoridades julgadoras em geral –, o que seria ilegítimo, tanto no aspecto técnico-constitucional (geraria insegurança jurídica, violaria a ideia de previsibilidade ínsita ao Estado de Direito) quanto no filosófico-político (é a crítica aos juízes-legisladores). Nesse sentido, o comentário de Walter Kennedy: o pragmatismo jurídico "é, em certo sentido, anárquico e desprovido de standards ou princípios, quando o Direito requer um razoável grau de uniformidade, estabilidade e certeza."29 O próprio Posner nota o medo de alguns de que o pragmatismo leve a um estado de anomia; as ameaças de que juízes pragmáticos possam "desconsiderar os precedentes, a interpretação direta, a doutrina estabelecida, e outros obstáculos formalistas, tal como os juízes alemães fizeram na era de Hitler."30 Variações dessa crítica falam do desapreço do pragmatismo jurídico pelo precedente ou pelo Direito legislado. Se não há barreiras claras contra o exercício do poder bruto, pode-se chegar a um estado de ideologização extrema ou de puro e simples exercício com base na má-fé.





²⁹ KENNEDY, Walter B. Pragmatism as a Philosofphy of Law. *In Marquette Law Review*, 9, 63, pp. 72-73.

³⁰ POSNER, Richard. Lan, Pragmatism and Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 94.

Há algumas maneiras de defender a teoria. Pode-se defender que o pragmatismo jurídico não é teoria de incidência permanente, mas que se destina, apenas, aos hard cases, sendo, nesse sentido, mais modesta do que, por exemplo, a proposta de Ronald Dworkin – que pretende fazer uma leitura da Constituição americana com base em alguns princípios morais, como o da integridade, e cujo resultado prático é a ampliação dos poderes dos juízes³¹. Além disso, Posner sugere que o pragmatismo jurídico, ao ser transparente, pode até reduzir a discricionariedade, ou, ao menos, fazer com que seja exercida de modo cauteloso: segundo ele, os julgadores, ao não se sentirem mais como elos de transmissão de decisões tomadas por outrem (no caso, o Legislativo), tenderão a ser mais cautelosos³². De resto, vale o que Braxton Caven, em 1972, dizia a respeito dos juízes: "Existem apenas duas espécies: [...] aqueles que são admitidamente orientados pelos resultados, e aqueles que também são orientados pelos resultados, mas ou não sabem disso ou declinam, por variadas razões, de admiti-lo."33

Se não há muitas alternativas à circunstância de que os juízes vão exercer seu poder discricionário, não é verdade que o pragmatismo deixe-os livres. Há uma série de restrições materiais, psicológicas e institucionais que lhes vão limitar. A doutrina e o precedente criam um valor social de expectativas que deve ser reconhecido pelo julgador pragmatista. E o contato direto com uma série de assuntos em relação aos quais o juiz formalista não possui tanta intimidade – como a economia – faz com que o pragmatista, supostamente um





³¹ CROSS, Frank. The theory and practice of statutory interpretation. California: Stanford University Press, 2009, p. 115. Philip Wang fala que, nessas situações, alguma teoria vai ter que ser adotada — e o pragmatismo é só mais uma delas, devendo ser analisada em seus próprios méritos. WANG, Philip. Pragmatism and Consequentialism. Columbia University Working Paper Series. Maio de 2007, p. 7

³² POSNER, Richard. Id., p. 96. Com idêntico sentido, POSNER, Richard. Legal Pragmatism. *In Metaphilosophy.* Vol. 35, n. 1 e 2. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, pp. 147-159, aqui, p. 155.

³³ CRAVEN JR., J. Braxton. Paean to pragmatism. *In: North Carolina Law Review*, n. 50, 1972, p. 977.



perigoso agente discricionário, proteja mais e melhor, por exemplo, os direitos de propriedade, do que o formalista (que às vezes, mercê de seu amor por fórmulas e engenharias rituais, acaba deixando com que se concretizem prejuízos milionários).³⁴ Quanto à pretensa contaminação dos juízes pragmatistas com o poder, a verdade é que as pessoas conscientes acabam abusando menos dele.

No pragmatismo, não há insubmissão aos precedentes: ao contrário, o que ocorre é seu uso pragmático. Na maioria das vezes, considerando, novamente, o valor social da expectativa, o pragmatista vai se ater ao precedente; são importantes demais para serem simplesmente esquecidos. Mas não, repita-se, "por eles", mas pela previsibilidade, pela estabilidade, pela segurança que possam conferir³⁵.

Questão mais complexa é saber se haverá desrespeito ao Direito legislado. Ao considerá-lo, para todos os efeitos, mais um topoi junto a tantos outros – a doutrina, os precedentes, a pesquisa empírica –, parece que Posner está fazendo pouco caso do resultado das leis. Essa é uma das acusações lançadas, dentre tantos, por Dworkin³⁶. Entretanto, e se o Direito legislado, em alguma medida, *quer* o exercício dessa faculdade pragmática pelos juízes? Não seria difícil imaginar tal situação perante o Direito norte-americano, quiçá diante do Direito brasileiro (ao menos em *certa medida*, forte no princípio da eficiência, art. 37, *caput*, da Constituição da República). Além disso, o Direito legislado não autoriza nem nega expressamente nenhuma outra teoria interpretativa, então estamos na mesma em relação a todas. Finalmente, por que motivos os outros métodos de interpretação seriam mais vinculantes em relação ao Judiciário? Tanto texto quanto precedentes podem ser manipulados pelas au-





³⁴ POSNER, Richard. Id., p. 96.

³⁵ WANG, Philip. Pragmatism and consequentialism. *Columbia University working paper series*. Maio 2007, p. 7, fala que os pragmatistas se importam com o valor *instrumental* do precedente, ao passo que o convencionalista-formalista acredita em algum valor *ontológico* das decisões passadas.

³⁶ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

toridades julgadoras. Trata-se de questão *empírica*: a vinculação entre pragmatismo e ativismo judicial pode ser empiricamente medida; não é, por si só, um "dado" da vida³⁷. Se o pragmatismo não se justificar em concreto – ao gerar, por hipótese, um ativismo descontrolado e incontrolável –, que seja descartado; mas nunca se vai saber se ele é bom ou ruim se não for colocado em ação.

Segunda crítica: a concretização dos melhores resultados práticos possíveis, que é a lição central do pragmatismo jurídico de Posner, não seria suficientemente respeitosa em relação aos direitos fundamentais dos indivíduos. É a principal crítica de Dworkin, que, construindo sua teoria como um ataque tanto ao positivismo quanto ao utilitarismo (que alguns veem como a filosofia de base para o pragmatismo), imagina que, ao considerar os melhores resultados, o juiz pragmatista acabaria desmerecendo os direitos e as garantias individuais, os quais são, em sua opinião, verdadeiros "triunfos contra a opinião das maiorias" e contra qualquer tipo de utilidade. É dizer: os direitos fundamentais devem ser garantidos contra tudo e contra todos, o que incluiu qualquer consideração de conveniência ou de oportunidade³⁸.

Essa crítica é muito séria – é uma das mais tradicionais, e não se dirige, apenas, ao pragmatismo jurídico de Posner, senão que, de modo mais amplo, a todas as éticas normativas consequencialistas³⁹. As respostas a ela envolvem afirmar que há situações nas quais é proibido fazer algo, mesmo que seja algo útil – seria uma solução de





³⁷ A respeito do tema, virtualmente inexistente em nossa doutrina, conferir, por todos, CROSS, Frank B.; LINDQQUIST, *Stefanie. Measuring judicial activism.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

³⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, passim.

³⁹ SCANLON, T. M. Rights, goals and fairness. In SCHEFFLER, Samuel (ed.) *Consequentialism and its Critics*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 74-92, *passim*. Contra a crítica de que o utilitarismo permitira a violação aos direitos individuais, costuma-se argumentar citando o Stuart Mill da frase "everybody to count for one; nobody for more than one", creditada a Bentham, como prova da vocação igualitária do utilitarismo. V. MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Nova Iorque: Prometheus Books, 1987, p. 81.



compromisso entre o utilitarismo (ou o pragmatismo) e exigências derivadas de moralidades deontológicas –, ou que, ainda que útil, talvez não seja necessário fazê-lo. Em termos técnicos, tratar-se-ia da inclusão, no utilitarismo, de constrições e permissões deontológicas. Seria possível incluí-las numa concepção mais ampla do consequencialismo; talvez, por exemplo, tais aversões façam sentido em longo prazo (a aversão a matar alguém, que gera consequências subótimas no exemplo de uma pessoa saudável, mas que poderia ser sacrificada para salvar a vida de cinco doentes terminais, pode significar um desestímulo a que os indivíduos matem por simples benefício pessoal, o que é útil e desejável para a sociedade)⁴⁰.

Outra crítica importante diz que o pragmatismo de Posner seria incompleto, porque manda decidir da melhor forma possível, mas não indica nenhum critério a respeito do que isso venha a ser. Dworkin afirma que este pragmatismo só se sustentaria com base numa teoria moral substantiva, que é precisamente o que ele é incapaz de fornecer, sendo, então, incoerente. Adrian Vermeule, por sua vez, critica-o como um "consequencialismo atrofiado" (*stunted form of consequentialism*)⁴¹. Posner recomenda fazer sempre o que funciona, mas não estabelece um critério do que é que funciona:

A mais importante dificuldade com o pragmatismo de Posner é que, apesar da insistência na importância de se tomar decisões baseadas em 'fatos e consequências', ele não indica nenhuma forma de se decidir quais fatos e consequências são desejáveis, e quais não são. Sem







⁴⁰ RAILTON, Peter. Alienation, consequentialism and the demands of morality. In: SCHEFFLER, Samuel (ed.) *Consequentialism and its Critics*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 93-133, *passim*. Para uma interessante reconstrução do utilitarismo, cf. BRANDT, Richard B. Toward a credible form of utilitarianism. *In*: DARWALL, Stephen (ed.) *Consequentialism*. Massachussets: Blackwell Publishing, 2003, pp. 207-235.

⁴¹ VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 40ss.



uma resposta a essa questão, o pragmatismo não pode servir como uma guia de decisão, muito menos como um guia superior a teorias alternativas⁴².

O pragmatismo de Posner é muito amplo e muito restrito. Muito amplo, porque não indica o que o juiz deve excluir de suas considerações⁴³. Deve levar em consideração os efeitos sistêmicos; diz que os juízes devem tratar texto e precedentes como o mais importante material para decisão. Não exclui sequer seu principal rival, o formalismo. "Depois de corretamente criticar a confiança exclusiva em 'abstratas teorias políticas e morais', Posner nos oferece uma teoria que é frequentemente mais vaga e abstrata que aquelas que ele atava". "Razoabilidade" não é critério melhor do que "justiça" e "equidade", rejeitadas por ele. Muito restrito, porque não oferece nenhum critério seguro sobre o que fazer. O que leva a uma situação contraditória, um verdadeiro dilema. "Esse é o dilema do pragmatismo: sem uma teoria moral extrínseca, não possui poder de guia. Uma vez que tal teoria foi formulada, é ela, e não o pragmatismo, que se transforma no guia para o processo de tomada de decisão". ⁴⁵

De fato, a posição de Posner é humilde: ele acha que, se os juízes agirem pragmaticamente em relação ao que *eles* acham melhor, os resultados para a sociedade serão, na média, melhores⁴⁶. De qualquer modo, não indica nenhum guia acerca do que é razoável: razoável é o que as circunstâncias, o estudo dos dados concretos, a sensibilidade trazida pela experiência, o *input* das diversas ciências experimentais, a análise pragmática da doutrina e dos precedentes, a consideração dos efeitos sistêmicos das possíveis decisões, disserem que é.





⁴² SOMIN, Ilya. Richard Posner's Democratic Pragmatism. In George Mason University School of Law and economics working paper series, p. 3.

⁴³ SOMIN, Ilya. Id., p. 5.

⁴⁴ SOMIN, Ilya. Id., p. 8.

⁴⁵ SOMIN, Ilya. Id., p. 7.

⁴⁶ CROSS, Frank. *The theory and practice of statutory interpretation*. California: Stanford University Press, 2009, p. 122.



A teoria do pragmatismo judicial de Posner seria pouco prática (4): os melhores, mais rápidos e menos custosos resultados seriam obtidos por intermédio de uma análise formalista. Juízes não são, em termos de competência institucional, as melhores pessoas para formular políticas públicas ou tomar decisões na linha *all things considered*. Não estão, por exemplo, acostumados a apreciar materiais não jurídicos⁴⁷. Há uma série de pontos a serem considerados: o fato de serem não eleitos torna-os sociologicamente distantes de seus jurisdicionados, e a vitaliciedade afasta-os ainda mais de qualquer responsabilidade em relação ao resultado final e concreto de suas decisões. Existem as constrições relativas ao processo legal: o juiz deve julgar com o que consta dos autos, não pode ouvir todos os interessados etc. (ao contrário do Poder Executivo e, especificamente, das agências reguladoras, que, segundo alguns, seriam mais propícias a adotar uma teoria pragmatista da interpretação⁴⁸).

Em favor do pragmatismo jurídico, seja de Posner ou de qualquer outro, pode-se dizer, como faz Frank Cross, que "o pragmatismo do pragmatismo é, em essência, uma questão consequencialista que requer investigação empírica. O pragmatismo pode ser, de fato, pouco pragmático, mas isso só pode ser descoberto por intermédio de testes".⁴⁹







⁴⁷ VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 86ss ("Judicial capabilities: a case study"). Adrian Vermeule defende que o desconhecimento das técnicas e dos métodos de outras ciências (que não o Direito) prejudicam gravemente o julgamento de casos. Às vezes, até o manejo, pelo Judiciário, de materiais legislativos preparatórios (atas congressuais etc.) não dá bons resultados (é o tema do capítulo que citamos, em que são trazidos exemplos da referida afirmação).

⁴⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. University of Chicago Public Law Research Paper, n. 28.

⁴⁹ CROSS, Frank. The theory and practice of statutory interpretation. Califórnia: Stanford University Press, 2009, p. 125. Posner pretende ver uma comprovação prática das virtudes do pragmatismo jurídico no maior sucesso econômico dos países da common law em relação aos da civil law: naqueles, como ninguém desconhece, os juízes agem de modo menos amarrado a scripts, ao passo que, por formação e tradição, os juízes dos países da civil law são mais formalistas. Em nossa opinião,

Por fim, analisando as consequências do pragmatismo à la Posner, alguns falam que (5) ele produziria incentivos negativos em relação à qualidade das leis: se, de qualquer forma, as leis são apenas mais um elemento a ser considerado ao se julgar um caso, o Poder Legislativo não precisaria se preocupar em elaborar leis "boas", completas ou consistentes, porque, de todo modo, seriam de pouca valia, e poderiam ser ajustadas, na mão de cada julgador, quando do momento de sua aplicação. Contra essa crítica, sem embargo do fato de que, adotando-se o pragmatismo ou não, o "ajuste" no caso concreto sempre existiu, vale sublinhar que o argumento admite reversão: pode ser que o pragmatismo jurídico, ao contrário, encoraje o exercício legislativo mais intenso e profícuo, ao neutralizar o medo, por parte do Legislador, de que circunstâncias não concebidas ao momento da edição de lei venham a produzir efeitos negativos.

Críticas e contracríticas apresentadas, é chegado o momento de analisarmos o caso concreto e o uso do argumento pragmatista ao Direito do Petróleo. Confira-se.

2. O pragmatismo jurídico e a revisão dos prazos dos contratos de concessão petrolífera: limites e possibilidades do argumento pragmático

Felizmente, não existe apenas o pragmatismo de Posner. A análise do caso da revisão dos prazos dos contratos de concessão petrolífera vai permitir a formulação de um "princípio" do pragmatismo jurídico adaptado ao Direito e à tradição jurisprudencial e doutrinária brasileira. Neste item, apresentaremos primeiramente um modelo geral de operação deste princípio, e, logo depois, seus *standards* de incidência. Para que não fique dúvida, com modelo geral de operação queremos nos referir a uma estrutura abstrata de argumentação, e, com *standards*, referimo-nos às regras específicas de sua aplicação.







não é uma boa prova, porque o sucesso econômico depende de uma miríade de fatores, os quais podem nada ter a ver com o maior ou menor grau de formalismo judicial.



A revisão dos prazos dos contratos de concessão, à conta da ausência de sondas, é o nosso caso-padrão. O conteúdo dos *standards* foi pensado a partir da hipótese; além disso, todos os exemplos a ele fazem referência.

O modelo de operação do princípio segue, em parte, a ideia de Aulius Aarnio – para quem o argumento consequencialista não é capaz, por si só, de justificar a decisão jurídica, embora exerça papel importante na justificação, sendo seu último passo⁵⁰ –, e, principalmente, do italiano Luigi Mengoni⁵¹. Como dissemos, partindo do pressuposto de que o princípio do pragmatismo é incapaz de fundar uma decisão por si só, mas é importante um último passo da justificação, como argumento de apoio, que vai confirmar ou descartar a decisão previamente indicada pelos passos anteriores⁵², num primeiro momento o intérprete deve identificar a fonte da delegação de poderes ao Judiciário (ou, quiçá, à autoridade executiva) para que aja de modo pragmático, seja graças a uma referência literal ("ao prudente arbítrio do julgador" ou remissões legais a julgamentos por equidade), seja de modo circunstancial⁵³ – e, aí, o intérprete pode fundar seu teste pragmático tanto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("fins sociais a que ela (a lei) se dirige", expressão suficientemente ampla para abranger quase qualquer filiação a teorias





⁵⁰ AARNIO, Aulius. *Lo racional como razoable*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 180ss.

⁵¹ MENGONI, Luigi. Ermeneutica e dogmática giuridica: saggi. Milão: Giuffrè, 1996.

⁵² O princípio do pragmatismo jurídico é, essencialmente, um teste de descarte ou de reforço de possibilidades interpretativas. Decerto, como diz Mengoni, citando em latim, *adducere inconveniens non est resolvere argumentum*. O pragmatismo por si só não justifica a decisão. MENGONI, Luigi. Id., p. 94.

⁵³ Duas são as situações nas quais os argumentos consequencialistas possuem importância para a prática jurídica: quando a lei impõe um juízo de equidade ou a algo próximo a isso, ou quando duas ou mais decisões são possíveis — o que acontece com muitíssima frequência. V. CALVO, Raúl; VENIER, Carlos. Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales. *In Isonomía*, n. 19, out. 2003, pp. 155-182, aqui, p. 156. Por outro lado, quando o texto é razoavelmente (=consensualmente) claro, deve-se adotar o formalismo, ou, ao menos, não se deve adotar o pragmatismo.

de interpretação jurídica) quanto no art. 37, *caput*, da CRFB-88 (o dever de eficiência é exigível também da Administração julgadora, e, naturalmente, também incide quanto ao conteúdo de suas decisões). Questões envolvendo o Direito do Petróleo podem encontrar sua fonte da delegação de poderes para interpretações pragmáticas (*rectius*, para a incidência do "princípio do pragmatismo jurídico") no art. 1°, *caput* e incisos, da Lei do Petróleo – Lei n. 9.478/97.

Assim, ao se propor a interpretação de determinada medida regulatória de modo economicamente racional e pragmaticamente adequado – por exemplo, a própria revisão do período exploratório nos contratos de concessão afetados pela ausência de sondas –, devese *começar* justificando a possibilidade de a autoridade fazer incidir o "princípio" do pragmatismo jurídico, naquele caso, por intermédio de um apelo ao, digamos, art. 1°, II e X (valorizar os recursos energéticos; promover a atração de investimentos).

Identificada a fonte dos "poderes pragmáticos", o *modus operandi* do "princípio" informa que ele deve incidir como mais um argumento operado dentro das regras da teoria da argumentação. Sem considerar maiores detalhes, basta dizer que não deve entrar em contradição lógica ou material com nenhum outro argumento, que sua justificação deve vir expressa de modo claro, que não se deve cometer nenhuma falácia. Além disso, como terceiro e último passo desse modelo geral de operação, o resultado indicado pelo "princípio" deve ser universalizável. Com isso, pretende-se evitar o casuísmo, a decisão *ad hoc*, a violação à impessoalidade. Se a fase de exploração do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural foi estendida, para uma concessionária, em virtude do argumento prático quanto à inexistência de sondas de exploração no mercado, tal decisão, tomada naquele caso, deve ser capaz de ser estendida a todos os demais casos semelhantes.

Vamos, agora, aos *standards* do "princípio", que devem incidir de modo não excludente.



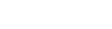




(1) Ele incide dentro da extensão de significados possíveis permitidos pelo texto normativo. A incidência do princípio se faz dentro das possibilidades legais. Aqui, portanto, estamos rejeitando a ideia de Posner; não é adaptativa, nessa parte, às tradições de nosso Direito. Com mais razão, Mengoni: "O argumento consequencialista não pode ser incompatível com a estrutura linguística do texto"54. Claro que não estamos advogando nenhuma fórmula de apego semântico: há suficiente espaço para a criatividade interpretativa e para soluções heterodoxas, desde que tais soluções estejam baseadas na lei e no Direito. Uma coisa é o princípio da juridicidade, que existe e vem, cada dia mais, ganhando projeção, como sinônimo de uma legalidade ampla e não formalista, e que pode (e deve) fundar uma interpretação consequencialista; outra é, a pretexto de ser pragmatista, ignorar a Constituição e fazer pouco caso de toda espécie de argumento institucional. Isso se chama "malandragem", como nomeou Luis Fernando Schuartz em texto inédito ("Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem").

Mais uma vez: a revisão do prazo do contrato de concessão deve ser mostrada como algo possível dentro do Direito, e não como argumento estritamente econômico. Ainda que as decisões, administrativas ou judiciais, frequentemente sejam tomadas com olhos no peso do prejuízo ou da vantagem econômica, tais razões devem ser mostradas a partir do filtro jurídico — serão razões jurídicas, afinal de contas —, e não como razões "apenas" econômicas. É assim





⁵⁴ MENGONI, Luigi. Ermeneutica e dogmática giuridica: saggi. Milão: Giuffrè, 1996, p. 103. Nossa proposta de "princípio do pragmatismo jurídico" é compatível com a maioria das versões de positivismo jurídico, e, de fato, em muitas delas, pode vir associado às clássicas "interpretação sistemática" e "interpretação teleológica".



que funciona a autoimagem dos operadores do Direito.

(2) Ele prioriza as consequências mais eficientes. Estamos tratando de princípio interpretativo/decisório que trata de escolher a opção mais eficiente. Para a análise da eficiência, devem ser consideradas consequências não apenas econômicas, mas sociais, políticas, estratégicas⁵⁵. Entre a opção de devolver uma área à União para nova licitação, com a perda de milhões, e a de estender por mais alguns meses, em face de comprovada ausência de sondas no mercado, o período exploratório de determinada concessionária, a opção mais eficiente, consideradas todas as diferentes espécies de consequências, é a da extensão do prazo. Outro exemplo de incidência do princípio pragmatista, em que são consideradas todas as variáveis estratégicas, econômicas etc., e na qual sobreleva a eficiência all things considered de determinada solução, é o caso do Decreto n. 2.745/98, que estabeleceu o regime licitatório simplificado da Petrobras, consoante permissão do art. 67 da Lei do Petróleo, e em relação ao qual ainda persistem dúvidas, por parte do TCU, embora o STF já se posicione de modo favorável à sua constitucionalidade⁵⁶. Ora: imaginar que







^{55 &}quot;A predominância, em caráter absoluto, das premissas da racionalidade jurídica (como se tem observado no comportamento das cortes nacionais) ou da econômica (como pretendem alguns adeptos da corrente *law and economics*, sobretudo os de vertente tradicional ou neoclássica) sempre leva a uma decisão criticável por esquecer que a decisão afetará um espaço onde as diferentes ciências não são estanques, penetrando-se mutuamente." RIBEIRO, Erick Tavares. Democracia deliberativa e análise econômica do Direito: uma alternativa interpretativa à Lei do Petróleo. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.) *Novos rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 256-257.

⁵⁶ A questão é um pouco mais complicada do que o que foi aqui registrado. A exigência de licitação, segundo a maioria dos especialistas, só seria aplicável às atividades-meio da empresa (por exemplo, comprar mesas e cadeiras para repartições), mas não à sua atividade-fim (exploração, refino e distribuição de petróleo), porque, se assim fosse, ela não conseguiria competir no mercado privado em igualdade de competição com suas competidoras, conforme exige o art. 173, § 1°, II, da Constituição da República ("sujeição ao regime próprio das empresas privadas").



- uma sociedade de economia mista que atua concorrencialmente deva se submeter a todas as minúcias da Lei n. 8.666/93, ou acreditar que a delegação do art. 67 é inválida (o que, na prática, acaba remetendo a Petrobras à Lei Geral de Licitações), é atuar de modo contrário ao que se espera de uma autoridade pragmaticamente responsável.
- (3) Ele considera as consequências certas e prováveis, mas não as apenas plausíveis. O juízo consequencialista é juízo que olha para o futuro. Em muitos casos, não tem como estar absolutamente seguro do que prevê. Por isso, a argumentação pragmática deve ser feita com base em consequências certas e naquelas em que há razoável expectativa de que ocorram, mas não se referindo àquelas cuja ocorrência é, tão somente, plausível. A ocorrência de descoberta num bloco petrolífero é plausível; não é provável nem certa. Se já houve pesquisa suficiente, a descoberta pode se tornar provável, e, em alguns casos, certa. No caso da revisão dos prazos por conta da ausência de sondas, o prejuízo das concessionárias é certo mais uma razão por que o argumento pragmático se mostrou, quanto a esse ponto, adequado.

E, quanto à atividade-meio, aprovou-se, por Decreto do Presidente da República, este procedimento licitatório simplificado, conforme permitia, como mencionamos no texto principal, a Lei do Petróleo, em seu art. 67 ("os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e de serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em Decreto do Presidente da República"). Questionou-se a constitucionalidade deste procedimento licitatório simplificado, mas o Supremo Tribunal Federal, em decisão a nosso ver acertada, disse que ele era compatível com a Constituição da República. A respeito do tema, v. BINENBOJM, Gustavo. Regulamentos simplificados de licitações das empresas estatais: o caso da Petrobras. In Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 305-335; FIGUEREDO, Fernanda Mazega. A utilização de regimes licitatórios simplificados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista (os casos Petrobras e Eletrobras). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 28, jun. 2009, disponível em: http://www.justen.com.br/informativo:, acesso em: 30 .06.2009.







(4) Ele considera consequências imediatas e futuras, mas não as remotamente futuras. Há que se encontrar limite lógico-temporal razoável para as consequências. Em tese, as consequências de uma única ação são infinitas. Como escreve Chaïm Perelman, "nunca seria possível reunir o conjunto das consequências de que depende a aplicação do argumento pragmático se cada consequência devesse, por sua vez, ser apreciada consoante suas próprias consequências, pois a sequência destas seria infinita".⁵⁷ O "princípio" do pragmatismo jurídico incide a partir de uma projeção de consequências imediatas e de curto e médio prazo; se estivermos falando, como costuma acontecer, de consequências econômicas, projeções baseadas em expectativas superiores a muitos anos não se prestam à análise. Tal standard vale também para limitar o número de eventos-causa das consequências: a incidência se dá em relação a um deles, ou, quando muito, a um grupo deles, mas desde que vinculados por uma mesma situação fática de base.

Quando apresentado, o argumento pragmático quanto à ausência de sondas só poderia lidar com os prejuízos próximos a cada concessionária: é bem provável que, em médio prazo, todos fossem absorvidos. E as consequências só poderiam dizer respeito a uma única situação de fato: a comprovada ausência de sondas no mercado. Raciocinar com consequências de longo prazo, ou atreladas a uma cadeia muito extensa de fatos, é, simplesmente, degradar o potencial persuasivo do argumento pragmático.

(5) Ele considera apenas consequências fáticas com razoável base empírica. Aqui está a questão da prova das alegações





⁵⁷ PERELMAN, *Chaïm.* Retóricas. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 17.



de fato em que se baseiam as consequências com as quais se vai construir a incidência do princípio. Se nosso "princípio" se basear em qualquer alegação, será, apenas, mais um artificio da (má) retórica, diferente daquela que Posner acredita que se possa incluir em sua teoria. Tudo que se alega deve ser provado, se não de modo cabal (as consequências prováveis não podem ser assim comprovadas), ao menos de forma indiciária. Alegando prejuízos econômicos, que se mostrem estudos ou pareceres contábeis, informações de partes independentes. Assim, a alegação de ausência de sondas no mercado deve ser secundada por documentação oficial, notícias em revistas especializadas, dados constantes em boletins especializados de acompanhamento do mercado etc. Ainda mais, tal standard requer que se analise crítica e institucionalmente os dados empíricos trazidos como prova. A alegação deve ser apreciada em seu conteúdo - se é consistente ou não -, e, ainda, com base na confiabilidade técnica da fonte originadora. Uma situação é a concessionária trazer relatório que ela própria elaborou (sem desmerecer o trabalho de quem quer que seja), outra é uma entidade internacional produzir nota técnica, que não necessariamente foi pensada para servir de prova num processo, administrativo ou judicial.

(6) Ele prioriza consequências técnicas. O "princípio" do pragmatismo jurídico quer que não tomemos como absolutos os significados ordinários da linguagem comum e, em alguns casos, mesmo da linguagem jurídica. Quer que priorizemos razoavelmente o sentido técnico dos termos e expressões, assim como definidos em anexos contratuais, atos normativos, portarias ministeriais, ou tal como consolidados em seu uso comum pela indústria. O sentido disso é a predominância das consequências técnicas em





(

relação às consequências ordinárias. Em recente decisão judicial tratando de Direito das Telecomunicações, o juiz preferiu invalidar, para aquele caso, a abrangência do termo "domicílio", tal como detalhada em portaria elaborada, após diversos estudos técnicos, pela Anatel, alegando que o sentido de "domicílio" era o que constava no Aurélio. Essa não é decisão pragmaticamente responsável, porquanto não é contextual (v. primeira parte e standard abaixo): o sentido de "domicílio", no debate sobre Direito das Telecomunicações, deve ser buscado no contexto da regulação jurídica do tema, não em um dicionário comum. Esse standard – da preferência do sentido e das consequências técnicas – se desdobra numa série de regras e diretrizes de interpretação, como o da interpretação das leis à luz dos regulamentos, e não possui incidência apenas aqui; de modo geral, é notável a tecnicização do Direito Público contemporâneo⁵⁸.

(7) Ele desconsidera consequências fundacionais. Esse standard é tributário do pragmatismo filosófico, debilitando a tese de Posner de que os pragmatismos têm pouca coisa em comum. As consequências a serem construídas e, então, ponderadas, devem ser consequências que não se baseiem em crenças fundacionais, isto é, advindas de profissões de fé insubmissas a críticas.

No Direito do Petróleo, e aqui ingressamos terreno polêmico, há espécie de fundacionalismo que é comum, nem por isso menos danoso: o hipernacionalismo. Este fundacionalismo, esta Verdade Fundadora, costuma perpassar uma série de propostas interpretativas na área, mas deve, ao menos sob bases pragmatistas, ser rechaçado. Para







⁵⁸ SOARES, Rogério Ernardht. *Direito Público e sociedade técnica*. Coimbra: Tenacitas, 2008.



sermos imparciais, outra modalidade de fundacionalismo, também comum, é aquela que reifica certa interpretação maximalista (em termos de abrangência e de conteúdo) do princípio da livre iniciativa, e, a partir daí, passa a declarar inconstitucional tudo o que esteja em contrariedade com esse "superprincípio". Além de tudo o que escrevemos em outra ocasião on, tais interpretações ideologicamente carregadas são antipragmatistas, e, se se pretende fazer incidir tal princípio na prática jurídica, não devem ser incluídas no jogo da ponderação de consequências.

A revisão do prazo de devolução dos blocos não deveria ser apresentada como decorrência de um direito inato à potencialidade de lucro das concessionárias: seria uma consequência fundacional tirada de versão maximalista da livre iniciativa. Da mesma forma, seria pouco convincente a consequência – igualmente fundacional – de que a devolução dos blocos à União significaria a concretização de dever inerente ao caráter "de interesse público" ou "estratégico" da atividade de exploração petrolífera.

(8) Ele prioriza consequências contextuais. O pragmatismo filosófico é contextualista, e, de novo contra Posner, nosso "princípio" também o será. Priorizar consequências contextuais quer dizer que as consequências a serem adiantadas e analisadas serão consequências relacionadas ao







⁵⁹ Sempre oportuno, Marçal Justen afirma que "soluções extremadas, que ignoram as consequências secundárias de um único valor, não são conformes ao Direito". JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 406.

⁶⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). A constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

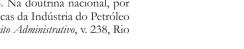


contexto de sua aplicação. Não se deve raciocinar com base em dados alheios às circunstâncias da discussão (v.g., Dicionário Aurélio num debate sobre telecomunicações).

É interessante destacar, aqui, a importância das melhores práticas da indústria internacional do petróleo⁶¹ como elementos contextualizantes da discussão dentro do Direito do Petróleo. Pensando em termos pragmáticos, muitos desses debates seriam transformados, de disputas entre interpretações jurídicas, em análises práticas acerca de qual o melhor e mais eficiente curso de ação a ser tomado⁶².

No caso do prazo dos contratos de concessão versus ausência de sondas, uma das consequências contextuais a ser lembrada seria a do não desperdício dos investimentos na fase de exploração, considerada uma das melhores práticas da indústria internacional do petróleo e do gás. A devolução dos blocos acabaria gerando desperdício de investimentos realizados na fase, o que violaria a boa prática. É bem verdade que, em que pese o caráter de Direito Positivo das melhores práticas (art. 8, VIII; art. 44, VI, todos da Lei do Petróleo), elas não existem para subverter o Direito legislado. É dizer: há que se conciliar seu caráter de norma cogente, de natureza infraconstitucional (e não de norma supletiva ou interpretativa, como defendem alguns), com as demais normas infraconstitucionais. Não deve haver preponderância das boas práticas da indústria em relação às normas legisladas. O que se espera que haja é uma compatibilidade de tratamento.







^{61 &}quot;Essas práticas são amplamente conhecidas e decorrem das recentes normalizações internacionais ou de usos consagrados, com qualidade e eficiência para todos os envolvidos, proporcionando uma evolução constante das técnicas e dos conhecimentos científicos." MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal n. 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000, p. 137.

⁶² V. art. 8°, IX, da Lei Federal n. 9.478/98. Na doutrina nacional, por todos, ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Boas Práticas da Indústria do Petróleo como o Eixo da Regulação do Setor. In Revista de Direito Administrativo, v. 238, Rio de Janeiro: Renovar/FGV.



Em síntese geral: nosso "princípio" do pragmatismo jurídico, que funciona como guia na interpretação, na condição de argumento de reforço ou de descarte, opera primeiramente a partir de uma identificação formal dos "poderes pragmatistas" que se quer atribuir à autoridade julgadora. Todo seu desenvolvimento deve seguir as regras formais e materiais da teoria da argumentação, e o resultado tido por pragmaticamente correto só o será quando universalizável a todas as situações semelhantes. Seus standards de aplicação determinam que funcione dentro das possibilidades textuais de compatibilidade com a Constituição, e que, a partir daí, priorize as consequências não muito distantes no tempo, que, sendo certas ou prováveis de ocorrerem, sejam, também, as mais eficientes possíveis (ou menos ineficientes), tal como comprovado por suficiente base empírica "acreditável". Na análise das consequências, nosso "princípio" solicita, ainda, que sejam descartadas visões fundacionalistas, não técnicas ou não contextuais: todas elas são, na essência, a negação do pragmatismo.

Olhando para o caso da ausência de sondas e os requerimentos de extensão da fase exploratória, é de se ver que, de modo geral, o argumento pragmático foi operado corretamente. Alegar, de modo provado, um risco certo e próximo, enquadrando a possibilidade da extensão do prazo dentro do contexto normativo da Lei do Petróleo, sem exageros fundamentalistas, é apresentar argumento de reforço bastante persuasivo, do que dá prova sua carreira bem-sucedida.

Conclusão

A dificuldade do tema é propor um consequencialismo não inconsequente, ainda mais se o relacionarmos ao Direito do Petróleo, área na qual interesses de toda monta – estratégicos, políticos, ideológicos – se juntam a investimentos milionários, num caldo de cultura em que não são incomuns algumas mútuas incompreensões.







O risco é claro: o pragmatismo pode se transformar no artifício retórico do momento. Para isso, nossa proposta de pragmatismo acredita em *standards*. Se vai funcionar ou não, é questão menos de teoria do que de prática. Como, aliás, é sempre o caso.



