

COMO CONSTROEM OS JUIZES A DECISÃO DE CASOS *DIFÍCEIS?*

R. POSNER E O DIREITO COMO UMA *ÁREA ABERTA* – ALGUMAS REFLEXÕES

SANDRA TEIXEIRA DO CARMO

Assistente da FDULP

Investigadora do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto

Mestre e doutoranda em Direito

I. INTRODUÇÃO: UMA ANÁLISE POSITIVA DO DESEMPENHO DOS JUÍZES NO PROCESSO DE DECISÃO DE *CASOS DIFÍCEIS*

O objectivo do presente artigo não é o de considerar a submissão do jurídico a uma perspectiva económica ao nível decisório – judicial que a *Law and Economics* representa, nem tão pouco explorar a proposta regulativa de um modelo de decisão judicial e dos efeitos de maximização da riqueza (que esta deverá privilegiar) oferecida por R.POSNER.

Na realidade, propomo-nos algo (bem) mais modesto. Tendo como ponto de partida a monografia de POSNER “*How Judges Think*”¹, o desafio que enfrentaremos é o de considerar a análise positiva e descritiva² do desempenho dos juízes no processo de decisão de *casos difíceis* (ou «*non routine cases*») que o autor realiza na referida obra.³

Esta análise, que não é nem normativa, nem regulativa, e que se apresenta circunscrita ao desempenho dos juízes norte-americanos de tribunais superiores⁴, é feita compreendendo o Direito como (uma) “*área aberta*”.

¹ R. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

² “*The book emphasizes positive rather than normative analysis: what judges do, not what they should do (...)*”, afirma POSNER, logo na Introdução.

³ São de POSNER as seguintes palavras: “*This book is an effort to develop a theoretic- account of judicial behavior in what I am calling the open area – the area in which a judge is a legislator*”, p. 15.

⁴ “*This book’s primary focus is on federal appellate judges, including Supreme Court Justices (...)*”, POSNER, *cit.*, p. 7.

É, precisamente, esta específica compreensão do Direito como “*área aberta*”, que a nós nos interessará e sobre a qual incidirá, ainda que em termos muito introdutórios, este nosso texto.

A análise de POSNER parte das (nove) teorias⁵ disponíveis acerca do desempenho dos juízes para, ao denunciar as suas “*insuficiências*” e “*hipertrofias*”, tentar alcançar uma representação que se possa afirmar como unitária do “*judicial behavior*”, bem como da teoria da decisão que lhe subjaz⁶, elegendo, como horizonte privilegiado do seu discurso, o desempenho dos juízes norte-americanos das instâncias superiores.⁷

Contudo, as nossas reflexões não se centrarão na particular análise desse desempenho, ou nas palavras de EDWARD WHELAN “*How judge Posner thinks judges should think*”⁸, mas sim, como já ficou referido, na específica compreensão do *Direito como uma “área aberta”* proposta nesta obra.

II. O CONTRAPONTO *CASOS FÁCEIS* / *CASOS DIFÍCEIS*: A INSUFICIÊNCIA DOS MATERIAIS JURÍDICOS CONVENCIONALMENTE TRATADOS NO PROCESSO DE DECISÃO DOS *CASOS DIFÍCEIS*

Elegendo como ponto de partida (da sua análise), o contraponto *casos fáceis*/ (rotineiros) / *casos difíceis* (casos duros)⁹, POSNER considera que nestes últimos, porque a decisão não pode obter-se por mera dedução ou desimplicação lógica dos materiais jurídicos, estes se revelam insuficientes, por contraposição ao que sucede nos primeiros, que, sendo casos “*nos quais se descobrem problemas já cognitivamente assimilados pelo sistema*”, podem ser decididos pelo (mero) recurso às técnicas legalistas (técnicas adoptadas pelo *Legalism ou Legal Formalism*), ou seja, ao esquema silogístico – subsuntivo exigido pelo paradigma de aplicação.

⁵ A que faremos uma breve alusão, *infra* VII.

⁶ J. AROSO LINHARES, “A “*Área Aberta*” e a “*Predestinação pragmática*”. *A Análise Económica do Direito como “Teoria Compreensiva” (entre outras Teorias Compreensivas): o Desafio e as Reformulações de How Judges Think.*”, Diálogos com a Law & Economics, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

⁷ Que aliás conhece bem, pois R. POSNER é Juiz do United States Court of Appeals for the Seventh Circuit.

⁸ E. WHELAN “*How Judge Posner Thinks Judges Should Think. An Unpersuasive Case for Pragmatism.*” National Review on Line, 17/04/2008.

⁹ Nas palavras de POSNER: “*Routine or less important cases versus non routine or though cases*”, cit., p. 8.

O uso deste contraponto não é novidade, porém, como afirma J. AROSO LINHARES, (sendo) “*recorrentemente mobilizado nos estudos anteriores (...) (agora é) reconhecido como condição delimitadora (e desafio programático) da teoria positiva encore à faire...*”¹⁰, porquanto em “*How Judges Think*” a preocupação maior será a de, convocando este contraponto, compreender que papel (pode) reconhecer-se aos materiais jurídicos no processo de decisão dos *casos difíceis*.

Partindo da insuficiência (desses) materiais jurídicos e iluminado pela herança do *Legal Realism*¹¹, POSNER insiste na orientação pelas consequências ou efeitos sociais empiricamente determináveis e critica abertamente o paradigma de aplicação segundo o silogismo subsuntivo, bem como a crença do juiz legalista na sua objectividade como resultado da construção de uma decisão que é redutível a esse modelo.

Neste sentido, afirma que “*the ideal legalist decision is the product of a syllogism (...) (and) the legalist slogan is “the rule of law” (...) better is a “government of laws not men”, acrescentando (ainda) que*” *objectivity, as distinguished from neutrality or impartiality, implies observer independence*”¹²

Com efeito, o juiz do *Legalism* (com a ampla acepção que POSNER confere a *Legalism* e para a qual nos alerta AROSO LINHARES)¹³, ao entender a aplicação da lei como uma conclusão silogística, considerar-se-á como não comprometido com quaisquer tipo de materiais que não sejam estritamente jurídicos e, na tomada da decisão, apenas convocará a lei como “*an autonomous discipline, a limited domain*”, assegurando, assim, a sua objectividade e neutralidade.

O problema da neutralidade do juiz, como se sabe, não se coloca(va) nos discursos formalistas. No *Método Jurídico* a aplicação do Direito-Lei, que se impunha como pré-determinado em abstracto, era autenticamente um “*momento técnico que na*

¹⁰ J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 242.

¹¹ POSNER, como representante da *Law and Economics* ou Análise Económica do Direito (pensamento tecnológico – social económico), é um dos herdeiros da *herança holmesiana*. Ver, a propósito, G. POSTEMA, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer Science +Business Media, 2011, pp. 181- 213.

¹² POSNER, *cit.*, p.41

¹³ “ (...) Para POSNER, corresponderão às intenções de um *legalist model* (neste amplíssimo sentido) todas as concepções que conferindo uma importância capital à categoria de inteligibilidade sistema (e às *legal virtues* da “clareza determinação e coerência”) defendam a autonomia prático-normativa do Direito e a autonomia discursivo-cultural do pensamento jurídico”, J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 249

*sua estrita logicidade e dedutividade” nem sequer constituía “um problema”.*¹⁴ Tratava-se, ao invés, de um momento (puramente técnico) exterior ao *Método* e o juiz era representado como um “juiz árbitro racionalmente autónomo (*pouvoir neutre, pouvoir nulle*), que se limitava a pronunciar em concreto as palavras que a norma prescreve em abstracto.”¹⁵

A significar tudo isto, e ainda nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, que “a realização histórico – concreta do Direito se reduziria a uma aplicação lógico – dedutiva ou subsuntiva do Direito prévio-abstractamente determinado (num momento hermenêutico) e sistemático-conceitualmente conhecido (num momento dogmático).”¹⁶

O discurso de POSNER, contudo, não é formalista. Muito crítico relativamente ao(s) discurso(s) formalista(s), o autor afirma que estes, ao considerarem que “*law is distinct from politics and policy and is the realm of rules, rights and principles*”, conferem à decisão uma aparência de rigor jurídico, mas na maior parte dos casos, “*the rules fail to close the deal because after the worthless evidence is excluded there is still irreducible uncertainty concerning the true facts of the case*”¹⁷.

Inscrevendo-se na linha do pensamento tecnológico-social económico, POSNER representa por excelência uma compreensão do jurídico na qual este “*é submetido a uma perspectiva económica em todos os seus níveis: prescritivo-legislativo e doutrinal e decisório judicial*”¹⁸, e a respeito da decisão judicial defende que esta se reconduz a uma ponderação custo / benefício especificamente económica.

Herdeiro do legado de HOLMES e crítico assumido do pensamento jurídico formalista,¹⁹ POSNER preocupar-se-á menos com os chamados *casos fáceis*, para centrar a sua atenção sobre o papel que os materiais jurídicos “*convencionalmente tratados e*

¹⁴ A. CASTANHEIRA NEVES, “*O pensamento jurídico (Metodologia)*”, II Parte do Curso de Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra, 1971-72.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ A. A. CASTANHEIRA NEVES, “*Temas de Metodologia Jurídica. Método Jurídico*”, em *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Volume 2º, Coimbra Editora, 1995, p. 308.

¹⁷ POSNER, *cit.*, p. 176

¹⁸ A. CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos)*, policopiado, Coimbra, versão A4, p. 17.

¹⁹ Sobre a *Law and Economics* como herdeira do legado Holmesiano, ver G. POSTEMA, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Volume II, Springer, 2011, p. 138 e ss.

jurisdicionalmente relevantes”, isto é, “*normas, precedentes mas também princípios*”²⁰, desempenham no processo de decisão dos *casos difíceis*.

São bastante expressivas a este respeito as suas palavras quando afirma que “*the judicial mentality would be of little interest if judges did nothing more than apply clear rules of law created by legislators(...) to facts that judges and juries determined without bias or preconceptions. Then judges would be well on the road to being by digitized artificial intelligence programs*”²¹.

POSNER convoca os materiais jurídicos “*convencionalmente tratados e jurisdicionalmente relevantes*”, o que significa que os entende “*sustentados pelas intenções metódicas da Legalist theory*”, e por isso, insuficientes para sustentar a decisão dos *casos difíceis*, cabendo-lhes, ao invés, enquadrar uma “*área aberta*” na qual “*the judge is a legislator*”²², construindo a decisão com o recurso (não só, nem sobretudo) a esses materiais jurídicos, mas (também e sobretudo) a vários “*non-legal factors*”²³.

III. O DIREITO COMO (UMA) ÁREA ABERTA: A GRANDE ÁREA ABERTA DOS CASOS DIFÍCEIS

A decisão nos *casos difíceis* é construída, acabamos de o afirmar, com recurso a “*non-legal factors*” dada a insuficiência dos materiais jurídicos (convencionalmente tratados).

Mas que significa exactamente isto?

Segundo POSNER, “*judges approach cases influenced by politics, intuition, emotion and with an eye towards consequences and common sense*”²⁴ e não apenas,

²⁰ J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 242

²¹ POSNER, *cit.*, p. 5

²² POSNER, *cit.*, p. 15

²³ *Ibidem*.

²⁴ J. MASUS, “How Judges Think: a conversation with Judge Richard Posner”, *Alumni Magazine – The Record on line*, University of Chicago, The Law School, 2008.

como (desejam) que se pense²⁵, em obediência ao raciocínio silogístico do paradigma de aplicação.

Nos *casos difíceis*, (e) mercê da sua indeterminação (que POSNER entende não poder ser vencida num plano estritamente interno, isto é, jurídico), os materiais jurídicos revelam-se insuficientes “e assim, *incapazes de sustentar o processo de tomada da decisão ou a (sua) consumação lograda (...) limitam-se a enquadrar uma área aberta ou “uma lousa vazia” de possibilidades discricionárias (e igualmente possíveis). Uma área para a qual fornecem a moldura, do interior da qual não obstante se excluem... e que, assim, entregam a uma contingência holística exterior*²⁶”.

Falar do direito como uma “*área aberta*” é, pois, entendê-lo como:

-um acervo de materiais jurídicos dados (normas, precedentes mas também princípios), convencionalmente tratados (e jurisdicionalmente relevantes);

-feridos de (uma) indeterminação que é, quer inevitável por corresponder ao carácter textual e/ou programático das normas enquanto programas de fins, quer deliberada porque justificada pela antecipação táctica ou pela exigência de ver na decisão concreta o culminar de uma execução táctico-consequencial²⁷;

-e (consequentemente) insuficientes.

-o que conduz a que estes materiais não permitam, por si só, uma única solução jurídica para os casos-problema, antes enquadrem uma “*área aberta*” onde são possíveis várias alternativas de *decisão (“uma lousa vazia” de possibilidades discricionárias*”²⁸), *na qual, et pour cause, o juiz tem e exerce um poder discricionário.*

Após esclarecer o sentido de “*área aberta*” de que nos fala POSNER, (talvez) se possa afirmar que nesta, a decisão judicial é menos o resultado de (*uma*) aplicação do “*direito*” e mais de (*uma*) criação discricionária²⁹.

O que acaba de dizer-se tem, contudo, de ser habilmente entendido.

²⁵POSNER admite que “*A judge is more comfortable in thinking that the decisions are compelled by “the law”, something external to his own preferences, than by his personal ideology, intuitions or suite of emotions*”.

²⁶ *Ibidem*, pp. 242-243.

²⁷ Ver a propósito, J. AROSO LINHARES, “*Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo*”, policopiado, Coimbra, 2011, versão A4, p. 75.

²⁸J. AROSO LINHARES, “*A “Área Aberta” e a “Predestinação pragmática”. A Análise Económica do Direito como “Teoria Compreensiva” (entre outras Teorias Compreensivas): o Desafio e as Reformulações de How Judges Think*”, p. 243.

²⁹ Servimo-nos aqui de um contraponto usado por J. AROSO LINHARES: “*casos de rotina/ casos duros (...), aplicação do “direito”/criação discricionária.*”. J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 245

Segundo POSNER a indeterminação dos materiais jurídicos³⁰, cria uma verdadeira situação de incerteza jurídica, que caberá ao juiz vencer, mediante o recurso a um conjunto de modelos operatórios não jurídicos, que se reconduzem nuclearmente aos efeitos, isto é a consequências sociais empiricamente determináveis.

A opção pelos efeitos, justificável face à eleição, pelo autor, da *Pragmatic Theory* como “*horizonte de inteligibilidade global dos juízes norte-americanos*”, não esgota (porém) todos os apoios, ou “*non-legalist factors (in adjudication)*”,³¹ de que se servirá o juiz na construção da decisão de *casos difíceis*.

A respeito destes “*non-legalist factors*”, POSNER, na esteira do *Realism*, começa por referir as convicções pessoais do julgador, a sua formação jurídica e humana e a sua herança social.

A estas acrescem as “*personal characteristics*”³², como é o caso da idade, raça, género e “*das projecções constitutivas do seu temperamento*”³³.

Para além deste conjunto de “*intenções e motivos*”³⁴, o juiz também se confrontará com vários “*constrangimentos e estímulos*”³⁵, a que POSNER se refere quando nos fala das sanções institucionais, quer negativas (para as quais usa o termo “*sticks*”), quer positivas (a que chama de “*carrots*”).

É, assim, evidente que a decisão nos *casos difíceis*, é construída com base em vários apoios e, não apenas por recurso aos materiais jurídicos.

Contudo, dado que a decisão é/será (sempre) uma das admitidas no interior da *área aberta*, não há violação dos materiais jurídicos: “*os critérios jurídicos submetidos já a intenções não jurídicas e ao tratamento que estas exijam, contribuem também para orientar / conter a invenção discricionária exigida pela área aberta*”³⁶.

E deste modo, a preocupação em compreender habilmente a afirmação inicial, fica cumprida, pois se a decisão (cumprе reaffirmá-lo) é sempre uma das admitidas na *área aberta*, não poderá sustentar-se tratar-se de uma *mera decisão* que nos remeta

³⁰ A este propósito, POSNER fala de “*(...) vague statutes and even vaguer constitutional provisions, statutory gaps and inconsistencies, professedly discretionary domains, obsolete and conflicting precedents and factual aporias*”. *Idem*, p. 371

³¹ A expressão é de POSNER, *cit.*, p. 10.

³² POSNER, *cit.*, p. 94.

³³ J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 244, nota de rodapé 27. Ver POSNER, *cit.*, p.96 e ss.

³⁴ *Ibidem*, p. 244.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

(mais ou menos arbitrariamente) para as convicções pessoais do juiz ou para os interesses do grupo (partidário, religioso) a que pertença.

IV. AS NOVE TEORIAS POSITIVAS RELATIVAS AO DESEMPENHO DOS JUÍZES: BREVE REFERÊNCIA

Como referido na *Introdução* em *How Judges Think*, POSNER parte das (nove) teorias disponíveis acerca do desempenho dos juizes para, ao denunciar as suas “insuficiências” e “hipertrofias”, tentar alcançar uma representação que se possa afirmar como unitária do “*judicial behavior*”, bem como da teoria da decisão que lhe subjaz.

Cumprido, agora, fazer uma referência, ainda que muito breve, a essas teorias, para em seguida, convocarmos aquela que é a opção de POSNER, a *Pragmatic Theory* (tal como, aliás, já tem vindo a ser referido ao longo deste texto).

Começamos pela “*Attitudinal Theory*”, na qual é dada relevância à perspectiva dos fins e à sua determinação pela preferência ideológico-política do juiz, que assim, decidirá “as conservative, liberal, mixed, republican or democrat”:

“*Judges decisions are better explained by the political preferences that they bring to their cases*”³⁷.

Em seguida, POSNER refere a “*Strategic Theory*”, a qual convoca a perspectiva dos meios, pois, preocupado com a reacção à sua decisão por parte dos demais juizes, publico e até do legislador, o juiz escolherá estrategicamente o (melhor) meio para alcançar tal fim:

“*Judges worry about the reactions to their votes of other judges, legislators and public.*”³⁸

Quanto à «*Sociological Theory (or the theory of the panel – composition effect)*» considera os colectivos judiciários enquanto “pequenos grupos ou painéis” com uma específica composição e o fenómeno da “*aversão ao dissídio*”, como factores determinantes da decisão judicial:

“*A panel having a Republican or Democrat majority is likely to decide differently from one that is all Republican or all Democrat (...)* And similarly a panel in

³⁷ POSNER, *cit.*, p.19.

³⁸ *Ibidem*, p. 29.

a sex discrimination case in which all judges are male is likely to decide differently than a panel that contains a female judge”.

“But a bigger factor than either of these may be the differences among panel members in intensity of preference for a particular outcome, coupled with the phenomenon of “dissent aversion”³⁹.

Em seguida, POSNER refere a «*Psychological Theory*» para convocar a situação de “incerteza” que caracteriza o sistema judicial norte-americano e analisar os efeitos que se lhe encontram associados, designadamente “*as limitações cognitivas e os impulsos emocionais que lhe correspondem*”⁴⁰.

Uma das teorias que POSNER analisa com algum detalhe é a “*Economic Theory*”, sustentando a imagem de um juiz que actua como um “*rational, self-interested utility maximizer*” e decide racionalmente orientando-se por critérios como o da *utilidade* e pelos *estímulos ou constrangimentos* que as sanções positivas (*carrots*) e as negativas (*sticks*) representam.

A este juiz cumpre, na construção da decisão, otimizar racionalmente os recursos, mediante o (exercício) de uma “*utility function (...)*”, convocando argumentos relativos a aspectos como “*money income, leisure, power, prestige, reputation, self respect (...)*”⁴¹.

A sexta é a “*Organizational Theory*”, na qual são considerados os estímulos decorrentes da dinâmica institucional da organização hierárquica entre governantes/empregadores; juízes/funcionários e também tribunais superiores/tribunais inferiores.

Em seguida, encontramos a “*Pragmatic Theory*” que é a eleita por POSNER e que parte de um sentido específico de pragmatismo, segundo o qual, na construção da decisão, o juiz se orienta pelos efeitos ou consequências sociais empiricamente determináveis que esta produz/ produzirá (recusando uma decisão que resulte da mera dedução ou desimplicação lógica dos materiais jurídicos).

³⁹ *Ibidem*, pp. 31-35.

⁴⁰ J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 240, nota de rodapé 5.

⁴¹ POSNER, *cit.*, p. 36.

A oitava é a “*Phenomenological Theory*” que analisa o desempenho do juiz por referência à sua “*experiência consciente (enquanto) sujeito e à auto-representação do seu coming out*”⁴².

Por último, POSNER considera o *Legalism* como (uma) teoria positiva do desempenho dos juízes. Quanto a esta cumpre, em primeiro lugar alertar para a ampla aceção com a qual o autor considera o termo *Legalism*; assim, e segundo J. AROSO LINHARES “*para Posner corresponderão às intenções de um legalist model (neste amplíssimo sentido) todas as concepções que conferindo uma importância capital à categoria de inteligibilidade sistema (e às legal virtues da “clareza determinação e coerência”) defendam a autonomia prático-normativa do Direito e a autonomia discursivo-cultural do pensamento jurídico*”⁴³.

Partindo da compreensão da Direito como um sistema lógico de leis e procedendo à mera aplicação das mesmas segundo o silogismo subsuntivo, o juiz do *legalismo* não se considera comprometido com quaisquer tipos de materiais que não sejam estritamente jurídicos e, na tomada da decisão, não considera senão a lei como “*an autonomous discipline, a limited domain*”⁴⁴.

V. A OPÇÃO PELA “PRAGMATIC THEORY”

Após analisar as nove teorias disponíveis sobre o desempenho judicial, POSNER opta pela *Pragmatic Theory*, que assume como “o horizonte de inteligibilidade global (positiva e normativamente sustentável) dos juízes norte americanos”⁴⁵, os quais “*decidem racionalmente num número esmagador de casos, enquanto optam pragmaticamente por um paradigma de aplicação lógico – dedutiva nos casos fáceis e por um paradigma de orientação pelos efeitos nos casos difíceis*”⁴⁶.

⁴² J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 240, nota de rodapé 5.

⁴³ *Vide* nota de rodapé 13.

⁴⁴ “*Since the rules are given and have only to be applied, requiring only (besides fact – finding) reading legal materials and performing logical operations, the legalist judge is uninterested professionally in the social sciences, philosophy or any other possible sources of guidance for making policy judgments, because he is not engaged, or at least he thinks he is not engaged, in making such judgments*”. POSNER, *cit.*, p. 41.

⁴⁵ J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 257.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 256, nota de rodapé 96.

Os “*sensible pragmatic judges*”⁴⁷, como POSNER lhes chama, constroem a sua decisão assumindo como ponto-de-partida a (necessidade de) determinação de qual seja o fim/objectivo da norma, para em seguida optarem (pelo sentido) da decisão que melhor permitirá prosseguir as consequências /efeitos que essa norma se propõe promover ou impedir numa relação com o seu fim/objectivo.

A decisão, assim obtida, deverá apresentar-se como sendo (a decisão) *razoável* atendendo aos interesses em jogo, ainda que, o próprio POSNER alerte para o facto de a decisão *razoável* não ser necessariamente a decisão certa/“*right decision*”⁴⁸.

A orientação pelos efeitos é, pois, o paradigma de construção da decisão nos *casos difíceis*. Contudo, **esta remissão para os efeitos / consequências não pode ser indiscriminada**, pois, como afirma AROSO LINHARES “*as consequências são factos e estes não têm em si significado normativo*”⁴⁹.

É, assim, imprescindível um exercício de qualificação das consequências e dos pesos respectivos, que permita ao juiz determinar “*which consequences should be considered (...) and weighting them.*”

Com efeito, POSNER afirma claramente que “*The pragmatic judge must play by the rules of the judicial game (...) and the rules permit the consideration of certain types of consequences but forbid the consideration of other types*”⁵⁰.

O pragmatismo de POSNER é (assim) “(a) *constrained pragmatism*”⁵¹, o que exige que se coloque a seguinte questão:

Como pode o juiz alcançar / conseguir (este) equilíbrio entre “*a certain type of consequences which are permitted and a certain type of consequences which are forbid?*”

Questão nuclear que implica uma outra igualmente decisiva:

⁴⁷ POSNER, *cit.*, pp.238-239

⁴⁸ “Pragmatism won’t grind out certifiably deciding the case one way or another”; “Pragmatism won’t grind out certifiably correct answers to legal questions. It sets no higher aspiration for the judge than that his decisions be reasonable in light of the warring interests of the cases, although a reasonable decision is not necessarily a “right one”.”

⁴⁹ J. AROSO LINHARES, *cit.*, p.261

⁵⁰ POSNER, *cit.*, p.230 e 253-254

⁵¹ “The word that best describes the average American judge is “constrained pragmatism”, afirma POSNER, *cit.*, p. 230.

Como é que o juiz as “*a constrained pragmatist*” deve actuar na “*área aberta*” de forma a limitar/interromper a cadeia infinita dos efeitos e, assim, reduzir significativamente o seu arbítrio/discricionariedade?

Não pode dizer-se que se encontre em *How Judges Think* uma resposta a esta questão!

Ao compreender o Direito como uma *área aberta* ou “*uma lousa vazia de possibilidades discricionárias (que são consideradas todas como igualmente possíveis!)*”, POSNER acaba por remeter para o Juiz (para cada juiz!) essa tarefa.

Com efeito, segundo o autor “*(different judges) will weight consequences differently depending on a judge’s background, temperament, training, experience, and ideology*”

A cada juiz caberá a tarefa (o ónus!?) de seleccionar os efeitos juridicamente relevantes e as exigências (ou exigências/critérios) que deverão delimitar tais efeitos.

Tratar-se-á, como o afirma AROSO LINHARES, “*(de uma área) que a discricionariedade do juiz (sob o fogo de intenções e motivos, constrangimentos e estímulos, mas também modelos operatórios não jurídicos) se verá constrangido a percorrer e ... vencer.*”⁵²

VI. ALGUMAS OBSERVAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DE “HOW JUDGES THINK”

São, naturalmente, várias as observações de natureza crítica que se podem fazer a esta análise de como “*pensam (actuum) os juízes*” realizada por R. POSNER.

A nós, contudo, importa-nos referir (apenas) duas para lançar um desafio que é menos o de reescrever (algumas das ideias) de POSNER e mais o de repensar dois aspectos que nos parecem fundamentais.

E repensá-los à luz de um olhar crítico que é, permita-se-nos afirmá-lo, o mesmo que nos merece o modelo de inteligibilidade do Direito no qual o pensamento de POSNER se inscreve e a submissão do jurídico ao económico que (ele) representa.

A primeira prende-se com o ponto-de-partida (que é, ao mesmo tempo, o de chegada) que POSNER adopta na sua análise do desempenho dos juízes: o contraponto *casos fáceis ou rotineiros / casos difíceis ou duros*, defendendo a incapacidade dos

⁵² J. AROSO LINHARES, *cit.*, p. 244.

materiais jurídicos (tal como tratados pelas intenções metódicas do *Legalism*), mercê da sua indeterminação e conseqüente insuficiência, para sustentar o processo de decisão nestes últimos.

Este contraponto e, em conseqüência, o ponto-de-partida que ele representa, merece-nos, todavia, a seguinte observação: em face dos limites intencionais da lei, que sempre estarão presentes quando há a experimentação em concreto do critério que esta oferece, não serão todos os casos, casos difíceis? Ou seja, será possível sustentar a existência de casos cuja solução resulte de um exercício de (mera) desimplificação lógica da lei, consubstanciando, assim, aquilo que se pode designar como “*casos fáceis*”?

A segunda observação, prende-se (ainda) com (o problema da) indeterminação que caracteriza os materiais jurídicos “*convencionalmente tratados e jurisdicionalmente relevantes*”, a qual é, para o autor, insusceptível de ser vencida num plano estritamente interno (jurídico), o que justifica uma adopção (racional e pragmática) pelo julgador, nos *casos difíceis*, de um paradigma de decisão orientado pelos efeitos.

Porém, será que é (realmente) impossível encontrar uma solução jurídica (estritamente jurídica) para todos os casos?

Ou, diversamente, dever-se-á com CASTANHEIRA NEVES, considerar que para cada caso-problema concreto haverá sempre uma solução jurídica, pois, como afirma J. AROSO LINHARES, na mesma linha de pensamento, “*se a norma legal se revela incapaz de assimilar (toda) a relevância do caso concreto, há que convocar os restantes estratos do Sistema Jurídico, isto é, “as luzes do farol e a indicação da bússola” que os Princípios Normativos fornecem ao julgador, bem como “(mobilizar) as especificações normativamente decisivas que só a casuística judicial e a reconstituição dogmática estarão em condições de proporcionar”?*”⁵³

⁵³ J. AROSO LINHARES, *Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito II*, policopiado, Coimbra, 2011.