

COLEÇÃO: TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO

Coordenação: Ronaldo Porto Macedo Junior
José Reinaldo de Lima Lopes

Ensaaios de Teoria do Direito

Ronaldo Porto Macedo Junior

2013

 **Editora
Saraiva**

1. INTRODUÇÃO: UMA ANÁLISE COM MUITAS TEORIAS JURÍDICAS?¹

O momento inaugural do Movimento da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics Analysis*), doravante AED, é identificado à publicação do paradigmático artigo de Ronald Coase² “*The Problem of Social Cost*” (1960) e às análises econômicas de Guido Calabresi³ desenvolvidas em “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” (1961). Ainda que surgida na década de 1960, a teoria de *Law and Economics* só se populariza no mundo acadêmico na década seguinte, com a publicação de muitos novos textos e, em especial, “*Economic Analysis of Law*” (1973), do influente jurista Richard Posner⁴.

1 Agradeço os comentários de Maria Lúcia Pádua Lima ao presente texto.

2 Prêmio Nobel de Economia de 1991.

3 CALABRESI, Guido (1961). “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal* (The Yale Law Journal Company, Inc.) 70 (4): 499. Ver também, de Roger Van den Bergh, Introduction: The impact of Guido Calabresi on Law and Economics scholarship in *Erasmus Law Review* [Volume 01 Issue 04].

4 POSNER, Richard (1983). *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.

Assim como é possível traçar mais de um momento e linhagem do pensamento econômico que subjaz a esta importante escola de pensamento⁵, também a teoria do direito subjacente a esta escola sofre importantes modificações no seu desenvolvimento. Em outras palavras, existiram várias matrizes de teoria do direito nas diversas apresentações da AED.

A relação entre a Análise Econômica do Direito e a teoria do direito não se estabelece num só registro ou dimensão. Aliás, como vem sendo cada vez mais acentuado na literatura que trata da AED, está muito longe de ser correto afirmar que há um acordo monolítico entre os diversos autores que se alinham nesta tradição ou movimento. Poder-se-ia até ir além, afirmando que está igualmente longe de ser verdade que o mais influente e famoso representante desta linha de pensamento, Posner, ele mesmo, tenha se mantido fiel às premissas teóricas de seu pensamento inicial. Afinal, pode-se notar uma evidente mudança na orientação de seu pensamento teórico claramente utilitarista⁶ ou de um consequencialismo efficientista⁷, de seus primeiros escritos, para uma concepção

5 Um tal esforço nos levaria a autores como Gary Becker e Aaron Director. Cfr. Artigo de Bruno Salama, *A História do Declínio e Queda do Efficientismo* na Obra de Richard Posner, neste volume.

6 O utilitarismo é um tipo de teoria ética consequencialista, visto que avalia uma ação (ou regra) unicamente em função de suas consequências. Embora existam inúmeras vertentes do pensamento utilitarista, em sua versão clássica de Jeremy Bentham: "Por princípio da utilidade, entendemos o princípio segundo o qual toda ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função de sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas pela ação. (...) Designamos por utilidade a tendência de alguma coisa em alcançar o bem-estar, o bem, o belo, a felicidade, as vantagens etc. ele prescreve a ação (ou inação) de forma a otimizar o bem-estar do conjunto dos indivíduos" (Cfr. primeiro capítulo do livro "Introdução aos princípios da moral e legislação").

7 Designo aqui um tipo de consequencialismo não necessariamente orientado para a maximização da utilidade (como no utilitarismo), mas orientado à geração de consequências mais eficientes do ponto de vista econômico. Evidentemente algumas versões do conceito de eficiência poderão aproximá-lo do próprio conceito de utilidade. Contudo, há versões que não o fazem, definindo-o como as consequências capazes de maximizar a pro-

que ele mesmo descreve como pragmática em seus escritos mais recentes.

Como então entender as relações entre a AED e a teoria do Direito? Existe um conjunto de proposições essenciais que definem um traço característico das diversas abordagens da AED no que tange à existência de uma teoria do direito pressuposta a este movimento intelectual?

O meu objetivo aqui não é o de descrever a história da evolução da teoria do direito assimilada ao movimento AED, mas tão somente pontuar suas mudanças e premissas e apontar para um limite comum subjacente a muitas de suas principais tentativas de fundamentação. Nesta última etapa, o meu objetivo consiste em mostrar quais são os desafios não atendidos pelo "pragmatismo" que veio a se associar à tradição da AED, em particular na sua versão posneriana.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ENTRE O REALISMO E O FORMALISMO

Uma das novidades e interesse do direito americano quando comparado a outras experiências jurídicas contemporâneas consiste no fato de que este é fortemente marcado pelo realismo cujo impacto não teve a mesma dimensão nos demais países de capitalismo avançado. A AED é herdeira, juntamente com os chamados *Critical Legal Studies* (CLS)⁸, desta importante tradição. Contudo, esta não é a única tradição imediata a que se conecta a análise econômica do direito.

Outra importante matriz presente especialmente no pensamento da primeira fase da AED é aquela relacionada ao cientificismo

dução de riquezas etc.

8 Os *Critical Legal Studies* (CLS) designam mais um movimento de pensamento formado por teorias de inspiração teórica distinta, do que propriamente uma doutrina jurídica. Os traços mais marcantes do movimento foram a crítica ao formalismo (uma herança do Realismo Jurídico americano) e a afirmação da indeterminação do sentido do direito.

jurídico do início do século XX, usualmente associado especialmente ao nome de Christopher Columbus Langdell⁹. O projeto intelectual de Langdell previa a criação de uma metodologia científica, formal, exata, rigorosa para a análise do direito. O seu impacto foi imenso, especialmente no campo do direito contratual, e se estendeu de maneira geral para as diversas experiências de ensino jurídico que a ela se sucederam. Basta pensar na revolução pedagógica introduzida pelo Estudo de Caso e a criação dos primeiros *Casebooks*, inaugurados pelo próprio Langdell. Esta tradição constituiu o movimento intelectual costumeiramente denominado como Formalismo Jurídico Americano¹⁰.

O ambiente jurídico intelectual em que se forma a AED é também alimentado por outra importante tradição intelectual¹¹: O Realismo Jurídico. Os principais expoentes do Realismo Jurídico

- 9 Christopher Columbus Langdell (1826-1906) foi professor e diretor da Harvard Law School. É considerado o principal teórico do formalismo jurídico americano e um dos criadores do chamado "case-method" no ensino de direito. Redigiu o primeiro *Casebook* de contratos que serviu de modelo e inspiração para gerações posteriores.
- 10 Para um aprofundamento do significado do impacto do pensamento de Langdell no pensamento jurídico americano, veja-se HORWITZ, Morton. – *The Transformation of American Law – 1870-1960*, v. II, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1992 e KENNEDY, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, v. 89:1684, 1976. Em português, confira-se GILMORE, Grant. *As Eras do Direito Americano*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978 e MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998 (2. ed. revista, RT, 2008), capítulo III, e a bibliografia lá citada.
- 11 A meu ver, Gary Minda (*Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, NYU, 1995, p. 86) chama corretamente a atenção, para o fato de que Richard Posner altera a sua própria abordagem histórica do movimento no decorrer de sua obra. Assim, o peso e importância da "dívida histórica" do conceitualismo langdelliano é significativamente diminuído se compararmos seus textos Richard A. Posner escritos mais tarde, como *The Present Situation in Legal Scholarship*, 90 *Yale L.J.* 1113, 1120 (1981) com o texto Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 239-44, 441-42 (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990).

(Oliver Wendell Holmes¹², Roscoe Pound¹³ e Benjamin Cardozo¹⁴) entendiam que o direito não deveria ser compreendido como lógica e sistema, mas antes como *experiência*. O olhar para o *fato* é um de seus lemas. A análise do fato, das circunstâncias, bem como a preparação do jurista para deter uma espécie de sabedoria prática tornam-se uma de suas marcas intelectuais distintivas.

A AED, curiosamente, é um produto híbrido destas duas tendências, ao menos a princípio, contraditórias entre si. Alguns de seus principais autores chegam mesmo a identificar um verdadeiro paradoxo nesta dupla herança que pretenderia combinar o incombinável, o formalismo langdelliano com o progressivismo antiformalista do realismo jurídico¹⁵. Esta característica é certamente relevante para compreender as ambiguidades e oscilações da "teoria do direito da AED".

Por um lado, a primeira geração da AED herdou do formalismo a ambição de refinamento teórico e científico e o apelo da interdisciplinaridade, ainda que reconhecendo-se certa autonomia do direito. Por outro lado, textos posteriores, especialmente de Posner, renunciaram expressamente à ambição de autonomia que se poderia atribuir ao direito, bem como incorporaram um novo tipo de instrumentalismo para criticar a posição intelectual orientada para o processo (*process-oriented*) e para a análise dos direitos fundamentais (*rights-oriented*) dos mentores e iniciadores¹⁶.

- 12 Oliver Wendell Holmes (1841-1935), jurista americano da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1902-1932).
- 13 Nathan Roscoe Pound (1870-1964) foi professor e Diretor da Harvard Law School.
- 14 Benjamin Nathen Cardozo (1870-1938), jurista americano da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1932-1938).
- 15 Cf. Gary Minda, *op. cit.*, p. 84.
- 16 Neste sentido, ver Richard Posner, *What Has Pragmatism to Offer Law?* 63 *S. CAL. L. REV.* 1653, 1661 (1990), POSNER, Richard A., *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press e POSNER, Richard A., *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

Conforme aponta Gary Minda, "os *scholars* da primeira geração eram os 'jovens turcos' que tinham renunciado ao compromisso com um direito autônomo ou fundamental, mas não tinham rejeitado totalmente a possibilidade de uma verdade jurídica universal. Eles procuravam reforçar a moderna teoria do direito demandando que a autoridade e autonomia do direito poderia ser descoberta na 'mais dura' ('*hardest*') das ciências sociais. Análise econômica aplicada ao direito comprometia estes *scholars* com uma forma de formalismo econômico não dessemelhante do formalismo langdelliano. A primeira geração de *scholars* acreditava que 'a economia poderia ser a disciplina mestra, ela mesma autônoma, mas que poderia explicar os resultados em outras disciplinas não autônomas como o direito'"¹⁷.

A AED deste primeiro período caracteriza-se, assim, por certo formalismo economicista. Constrói uma teoria do direito importando uma metodologia econômica. Retraduz a teoria do direito pelo viés de uma teoria econômica neoclássica. Nas palavras de Posner, "É possível deduzir as características formais básicas do direito da teoria econômica". Já na introdução a *Economic Analysis of Law* ele afirma ser o objetivo de seu livro "A aplicação de teorias e métodos empíricos da economia às instituições centrais do sistema jurídico"¹⁸.

É importante notar que este primeiro momento surge dentro de um ambiente intelectual ideologicamente conservador marcado pela ascensão do pensamento republicano durante a presidência de Ronald Reagan (1981 a 1989). Neste momento ganhou particular proeminência a chamada "Escola de Chicago"¹⁹ na condução da política econômica americana. Esta escola defendeu a tese de que a

17 Veja-se Jack M. Balkin, *The Domestication of Law and Literature*, 14 *Law and Soc. Inquiry* 787, 798 (1989), apud, Gary Minda, op. cit., p. 85.

18 "The application of the theories and empirical methods of economics to the central institutions of the legal system", *Economic Analysis of Law*, op. cit.

19 Na economia, a Escola de Chicago representou uma corrente que defende o livre-mercado. Um de seus principais expoentes foi o arqui-liberal Milton Friedman.

intervenção governamental deve ser limitada em casos que tornem o mercado menos eficiente, isto é, apenas para corrigir falhas de mercado. Em razão disto, o Direito, e de maneira particular o *Common Law*, deveria ter como finalidade ser eficiente. Tanto a redação das leis como a própria interpretação do direito deveriam ser guiadas por tal finalidade. Isto obviamente trouxe para o debate questões relacionadas à justiça, à igualdade, além de questões metodológicas importantes.

Data desta época um dos principais debates teóricos entre dois expoentes do pensamento jurídico americano. De um lado, Richard Posner e de outro, Ronald Dworkin²⁰. Este debate viria a ser retomado muitos anos depois em outra forma e em torno da própria natureza da teoria do direito²¹. Neste momento, a questão que se conhece para estes autores é relativa, a saber, se a eficiência poderia ser reconhecida como um valor fundante para uma teoria política e jurídica.

Contrariamente à vulgata de tal debate, Dworkin não procurou em suas críticas desconsiderar ou minimizar a fértil e relevante dimensão trazida por uma abordagem das conexões entre direito e economia. A sua crítica se dirige aos pressupostos da AED da primeira fase e, em particular, ao conceito de igualdade pressuposto por tal movimento. De maneira ainda mais particular, a sua crítica se dirige ao tipo de utilitarismo sem limites defendido por Posner em seus primeiros escritos, e o seu impacto numa teoria da justiça

20 Um dos principais e mais influentes filósofos do Direito norte-americano e da atualidade. Foi professor de Filosofia do Direito em Oxford, na University College London e na New York University School of Law.

21 Num segundo momento, nos anos 1990 o debate Dworkin-Posner ganhará um novo objeto e dimensão. Agora, e especialmente após a publicação de *O Império do Direito*, de Ronald Dworkin, a questão central será a respeito do pragmatismo jurídico e seus limites enquanto uma adequada teoria descritiva e prescritiva do direito. Isto permitirá o surgimento de uma espécie de *Segundo Round* do debate Posner-Dworkin, agora sobre novas bases e em torno de novos problemas. Antes de abordá-lo e para melhor compreendê-lo, contudo, vale a pena retomar o percurso deste movimento que o conduz ao seu segundo momento.

que deveria servir de “fundamento” para uma teoria jurídica. Apoiando-se em boa medida em ideias e textos de dois de seus mais influentes interlocutores, Bernard Williams²² e John Rawls²³, Dworkin procura mostrar os limites de uma concepção moral e política utilitarista não igualitária presentes no pensamento de Posner. Tal visão utilitarista foi por vezes expressamente acolhida por Posner e outras, por ele rejeitada. Não obstante, este parece ser um dos poucos temas nos quais houve da parte de Posner o reconhecimento de que suas ideias mereceriam parcial reforma²⁴.

Dworkin critica Posner salientando que a sua teoria do direito focada exclusivamente no conceito de eficiência econômica constitui numa forma muito particular de objetivo coletivo e ignora os direitos dos litigantes de verem seus direitos devidamente justificados do ponto de vista da integridade do direito. O utilitarismo não distributivista de Posner constituir-se-ia, assim, numa teoria política e da justiça implausível e não justificável do ponto de vista filosófico. Neste sentido, o argumento de Dworkin em boa medida retoma o estilo de argumentação proposta por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*. O objetivo da maximização da riqueza seria um objetivo falso e não aceitável do ponto de vista de uma escolha racional. A riqueza seria, assim, um objetivo social não aceitável *per se*, sendo antes um meio para que se possa atingir a igualdade e justiça (*fairness*).

É importante a destacar com respeito à natureza deste debate é o fato de que ele envolvia a discussão dos pressupostos filosóficos

22 WILLIAMS, Bernard, 1973, “The Idea of Equality,” in: B. Williams, *Problems of the Self*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 230-249, reprinted in L. Pojman & R. Westmoreland (eds.), *Equality. Selected Readings*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 91-102.

23 RAWLS, John. *Theory of Justice*, Massachusetts, Cambridge: Harvard University, 1971. Ver também de Dworkin, Rawls and the Law, in Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p. 241-261. Para um panorama da questão ver o verbete Equality, da Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/equality/>>.

24 POSNER, Richard A. “Tribute to Ronald Dworkin”, 63 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 9 (2007).

(uma forma de utilitarismo radical *versus* uma concepção de liberalismo igualitário em formação) que se articulavam a teorias do direito de caráter descritivo e normativo. Adiante discutirei como tal pretensão teórica foi abandonada pela “jurisprudência” posneriana dos anos 1990.

3. A SEGUNDA FASE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: RUMO AO PRAGMATISMO

Em meados dos anos 1980 ocorreu o auge da primeira geração da AED. É nesta época que surge a denominada Escola de New Haven, ou Escola Reformista²⁵. Durante esta segunda fase, ocorre uma flexibilização da rigidez dos modelos econômicos da primeira fase por parte dos economistas, adequando-os a parâmetros talvez menos científicos, mas mais úteis ao direito. Neste período, a economia é utilizada de forma mais pragmática, servindo para comprovar a utilidade das regras, mas sem as pretensões de deduzir características do Direito a partir da Economia.

Os autores ligados à AED, retornando à tradição de Oliver Wendell Holmes, passaram a admitir que o direito deve ser compreendido como algo essencialmente indeterminado. Esta perspectiva marcará decisivamente o novo quadro epistemológico acolhido pela escola, agora de viés mais cético e pragmático.

Os principais autores desta nova fase passam a enfatizar a análise econômica a partir das instituições, mais do que postulados formais básicos que marcaram os modelos econômicos da primeira

25 Formada fundamentalmente por professores da Universidade de Yale, os membros desta escola orientaram os seus estudos especialmente para o moderno estado regulatório constituído pelo Welfare State. A base de sua abordagem que é formada pela combinação das tradições intelectuais são “social choice theory” e análise de políticas públicas. Dentre os quais caberia destacar os nomes de Susan-Rose Ackerman, e Jerry Mashaw. Ver *Economics and the Law, Second Edition: From Posner to Postmodernism and Beyond* Nicholas Mercurio & Steven G. Medema, Princeton University Press, 2006, especialmente p. 79-83.

modesta e limitada, também por razões filosóficas que examinarei a seguir. Conforme bem aponta Gary Minda, "Se há uma inclinação ideológica no movimento da análise econômica do direito, já não mais é o resultado de uma perspectiva conservadora do direito e da hipótese da eficiência. Agora, ao contrário, a ideologia do movimento é mais bem explicada em termos de uma visão de mundo particular, que assume que a racionalidade e os interesses individualistas dos sujeitos jurídicos são as melhores ferramentas para compreensão do direito e da decisão judicial"³⁰.

Tal inflexão no movimento importou na incorporação de elementos normativos usualmente presentes nos discursos filosóficos e dos teóricos contratualistas como Rawls e Nozick³¹. Este aspecto trouxe ao movimento uma importante nova dimensão, uma vez que a racionalidade normativa passou a ocupar um espaço anteriormente inexistente no âmbito das análises microeconômicas neoclássicas. Fatores como custo e benefício requerem considerações

ção de valores, incertezas, tipos de racionalidade que produzem ou podem produzir decisões ótimas do ponto de vista racional. A teoria da escolha racional ("rational choice theory") constrói modelos para a compreensão dos comportamentos sociais (e especialmente os econômicos) tomando como paradigma os parâmetros da economia neoclássica dominante, construídos a partir da pressuposição de que os indivíduos agem de modo a orientar a maximização de suas vantagens ou satisfação de interesses de um ponto de vista instrumental. Vastíssima é a literatura sobre este assunto, algumas das mais importantes elaborações teóricas que deram origem ao amplo debate são de OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action. Public Goods and Theory of Groups*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1971. Ver também COLEMAN, James S. (1990). *Foundations of Social Theory*, Belknap Press; ARROW, Kenneth J. ([1987] 1989). "Economic Theory and the Hypothesis of Rationality," in *The New Palgrave: Utility and Probability*, p. 25-39.

30 Cf. Gary Minda, op. cit., p. 100.

31 John Rawls (1921-2002) e Robert Nozick (1938-2002), ambos professores em Harvard, foram dois dos principais filósofos políticos contemporâneos. As obras *Theory of Justice* (1971), do primeiro e *Anarchy, State, and Utopia* (1974), do segundo, renovaram a filosofia política contemporânea. A obra de Nozick pode ser lida como uma resposta libertária de inspiração lockeana ao pensamento liberal igualitário de Rawls.

normativas antes ausentes. A reavaliação dos impactos distributivos, ao ganhar espaço, incorporou esta dimensão normativa "mais filosófica", visto que dependente de pressupostos de filosofia moral e política. A análise mais profunda e sofisticada do problema dos custos de transação, um dos instrumentais analíticos utilizados neste empreendimento, é uma teoria reformulada da escolha racional e teoria dos jogos³².

Esta segunda geração rejeita expressamente as pretensões científicas da primeira, bem como o formalismo econômico neoclássico que os inspirava, passando a adotar um enfoque mais pragmático. Para esta abordagem, a economia passava a ser vista como tendo bases também limitadas. O fenômeno econômico, para estas formas mais sofisticadas de análise não mais podia ser facilmente formalizada a partir de pressupostos comportamentais simples e facilmente matematizáveis ou conversíveis em modelos econômicos. Tal fato colocava em questão as pretensões de verdade e conhecimento universal presentes na AED do primeiro período.

A orientação pragmática no movimento da AED radicaliza-se a partir dos anos 1990. O exemplo mais radical e emblemático desta mudança mais uma vez é Richard Posner, seja por sua enorme influência, seja por ser um prolífico autor também sobre temas de teoria do direito. Numa renovada e heterodoxa reinterpretação de Holmes, Posner chega a compará-lo a Nietzsche. Adotando uma abordagem algo nietzschiana, passa a defender uma visão consequencialista (*forward-looking*), experimental e pragmática e, num certo sentido, baseada no senso comum, mais do que numa teoria estrutural ou fundacional. O seu novo pragmatismo vê com enorme desconfiança os ideais de cientificidade e objetividade. Posner caminhou na direção de um neopragmatismo pós-moderno, claramente antiteórico. Este será um dos pontos principais da agenda do "segundo debate com Ronald Dworkin"³³.

32 Cf. Jules L. Coleman, *Afterword: The Rational Choice Approach to Legal Rules*, 65 *CHI-KENT L. REV.* 177, 179 (1989).

33 Cf. Ronald Dworkin, "In Praise of Theory", in *Justice in Robes*, p. 49-74; Richard Posner, "Against Constitutional theory", 73 *NYU L. Rev.* (1988).

Em seu momento pós “virada pragmática”, orienta-se, segundo suas palavras, para o desenvolvimento de abordagens mais “práticas” que visam dar respostas a problemas concretos. A questão principal agora não é mais de ordem metodológica ou mesmo com a fundação de uma nova teoria da justiça fundada na eficiência, como o fora na década anterior³⁴. Posner declara agora o seu ceticismo com respeito à natureza da verdade, afastando-se, assim, dos compromissos formalistas do primeiro período. Neste sentido, *Problems of Jurisprudence*, de 1990³⁵, demarca o novo solo teórico de seu pensamento, em muitos aspectos bastante distante daquelas premissas e conclusões acolhidas em *Economic Analysis of Law* de 1973.

Este novo momento da AED trará consigo uma importante mitigação do próprio reconhecimento da metodologia de análise neoclássica e neoinstitucional como instrumento exclusivo para a compreensão da realidade. Neste contexto abordagens “socioeconômicas”, orientadas para a descrição das normas sociais (“*social norms*”), passarão a ganhar espaço e prestígio³⁶.

p. 1-22; “Conceptions of Legal Theory: A reply to Ronald Dworkin”, 29, *Ariz. St. L.J.* 377 (1997), p. 377-388; Ronald Dworkin, “Darwin’s New Bulldog” in *Justice in Robes*, p. 75-104; Richard Posner, “The problematics of Moral and Legal Theory”, 111, *Harvard L.Rev.* 1637, 1649 (1998), p. 1637-1716.

34 Cf. de Richard Posner, especialmente *Economic Analysis of Law*, op. cit., e “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, in: *Law, Economics and Philosophy*, Mark Kuperberg e Charles Beitz (eds.), New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983; POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, Fourth Edition, Boston, Massachusetts: Little Brown and Company, 1992; *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1994. Ver também, Is Wealth a Value? e Why Efficiency?, ambos in *A Matter of Principle*, HUP, 1985, p. 237-292.

35 POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*, op. cit.

36 Cf. POSNER, Eric. *Law and Social Norms* (Harvard University Press, 2000).

4. UMA “JURISPRUDÊNCIA” PRAGMÁTICA SEM TEORIA

Problems of Jurisprudence apresentou uma espécie de Manifesto Pragmatista, no qual encontramos um claro encorajamento da intuição e bom-senso (*common sense*) do juiz no processo de formação da decisão. Para Posner, “não existe um raciocínio jurídico (*legal reasoning*), distinto do uso simples da lógica e dos vários métodos de raciocínio prático que os pensadores do dia a dia utilizam”³⁷. Neste sentido, os “métodos da razão prática são desarticulados” porque tal razão apoia-se “em julgamentos que não podem ser empiricamente estabelecidos”³⁸. Posner defende uma teoria do direito flexível, num certo sentido abertamente atórica, que apoia uma investigação geral de natureza econômica e científica, ao mesmo tempo em que rejeita a busca por unidade, ordem e método integrador.

Retomando o mote do realismo holmesiano, Posner afirmará que o processo de decisão judicial não é um processo lógico: “A essência da tomada de decisão interpretativa é considerar as consequências de decisões alternativas. Não existem interpretações ‘logicamente corretas’; interpretação não é um processo lógico”³⁹.

Posner rejeita e radicaliza a sua proposição de que o direito não é uma disciplina autônoma. Num famoso ensaio de 1987, “O declínio do direito como disciplina autônoma”⁴⁰, Posner advogava em favor da ideia de que o direito não constituiria uma área autônoma do saber tendo em vista carecer-lhe um objeto específico, assim como um método próprio. Nesta primeira fase, o seu argumento se desenvolvia claramente em favor de uma espécie de colonização metodológica do direito por outras áreas do saber, notadamente a economia. Neste novo “momento pragmático”, a sua afirmação será

37 *Problems of Jurisprudence*, op. cit., p. 459-460.

38 Idem.

39 Idem.

40 *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, *Harvard Law Review*, v. 100, n. 4, (Feb., 1987), p. 761-780.

ênfatisada, reconhecendo-se que o direito é o produto de muitos empreendimentos intelectuais cujo objetivo funcional é atingir efeitos razoáveis ("sound effects"). Desde logo, o verdadeiro teste para a análise jurídica "é a verificação para saber se 'funciona' instrumentalmente para maximizar objetivos humanos e aspirações"⁴¹.

Nesta fase, o recurso à economia passa a ter uma natureza puramente instrumental, prática e não teórica. Para Posner e outros, a análise econômica vence as teorias rivais, não por suas virtudes teóricas e metodológicas, mas antes por suas virtudes práticas. Porque ela "gets the job done", de maneira mais eficiente do que as teorias concorrentes. O novo ecletismo de Posner acolhe aquilo que poderia ser denunciado como frouxidão teórica, como uma virtude prática. Conforme aponta Gary Minda, "talvez para Posner, o neopragmatismo seja a melhor alternativa pós-moderna para lidar com a incredulidade das pretensões científicas da primeira fase da análise econômica do direito e do ensino da economia"⁴².

A sua nova "teoria" do direito rejeita a possibilidade de se desenvolver uma nova fundamentação para a sua "jurisprudência"⁴³. Ironicamente, salienta Minda, a sua nova teoria está afastada da fundamentação teórico-econômica de seu pensamento tal como desenvolvido em obras anteriores que lhe deram notoriedade e um lugar na história do pensamento jurídico moderno, em especial, o seu influente *Economic Analysis of Law* e seus trabalhos sobre regulação e concorrência⁴⁴. A análise econômica agora lhe serve a um propósito prático, constituindo-se numa forma de "razão prática" para uma teoria do direito sem fundamentos⁴⁵. Cabe lembrar, toda-

via, que as aspas aqui estão para lembrar que se trata de uma razão prática sem razão, um saber prático, intuitivo e de senso comum. Posner reconhecerá que a economia "não é a razão detrás da razão do direito"⁴⁶. A análise econômica é agora funcional, adaptativa e instrumental.

5. INDETERMINAÇÃO, OBJETIVIDADE E A COMPREENSÃO DOS DESACORDOS TEÓRICOS. O QUE NOS ENSINA O NOVO DEBATE POSNER-DWORKIN?

Conforme apontado acima, a publicação dos primeiros trabalhos de Posner motivaram uma forte reação da parte de muitos teóricos do direito. Um dos mais interessantes "debates" foi aquele travado com Ronald Dworkin. Numa série de artigos publicados em revistas jurídicas e posteriormente reunidos no livro *Uma Questão de Princípio*, Dworkin criticou duramente a ideia posneriana de que a eficiência poderia se constituir num fundamento filosófico defensável para a aplicação e interpretação do direito⁴⁷.

Durante os anos 1990-2007, um novo debate entre estes autores ilustrará um desacordo de diferente natureza daquele ocorrido mais de uma década antes. Agora o centro do debate será a própria questão da indeterminação do direito, os limites da objetividade no direito e a natureza dos desacordos teóricos verificados nas práticas jurídicas⁴⁸. Apesar de o debate envolver também outros autores como Cass Sunstein⁴⁹, também arrolado na categoria de "Chicago

to, um inegável inconveniente, uma vez que Posner pretende afirmar a possibilidade de uma "jurisprudência" atórica, ideia que a expressão teoria do direito tende a falsificar, a menos que atribuamos sentido à expressão algo paradoxal como "teoria do direito atórica".

46 Richard Posner, apud, Gary Minda, op. cit., p. 105.

47 *A Matter of Principle*, op. cit.

48 Ver, especialmente, Pragmatism and Law, in *Justice in Robes*, op. cit., p. 36-49.

49 Cass R. Sunstein (1954) foi, durante 27 anos, professor na University of Chicago Law School. Atualmente leciona na Harvard Law School.

41 *Problems of Jurisprudence*, op. cit., p. 387.

42 Gary Minda, op. cit., p. 103.

43 Gary Minda, op. cit., p. 96.

44 Cf. "Theories of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics & Management Science*, n. 02, v. 05 1974, p. 335-358 e "Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials", St. Paul, Minnesota: West, 1974 (com Frank H. Easterbrook).

45 Vale notar que a palavra teoria do direito, como tradução para a palavra *jurisprudence* (aqui traduzido por jurisprudência), traz, no presente contex-

*School of anti-theoretical, nonsense jurisprudence*⁵⁰, vou concentrar-me nos seus argumentos dirigidos mais diretamente a Posner.

Apesar de Dworkin não reconhecer em Posner a versão mais refinada do pragmatismo filosófico, este título caberia, de direito e de fato, a Richard Rorty⁵¹, e nem mesmo ao pragmatismo jurídico (título que ficaria, penso eu, com Jules Coleman⁵²), Dworkin entende relevante dirigir-se a Posner como um interlocutor privilegiado por duas razões. Em primeiro lugar, os argumentos de Posner estariam a serviço de um movimento antiteórico hoje popular e influente na vida intelectual americana. Para Dworkin os antiteóricos como Posner e Sunstein desconsideram uma ideia que não se deram ao trabalho de entender, mas que é essencial para qualquer estudo sobre justiça social. Aceitaram facilmente a ideia de que não existem respostas jurídicas e morais objetivamente corretas, visto que inexistem uma moralidade política universal “lá fora” (“out there”) ao acesso dos juristas para “descobrir”. Por outro lado, há também uma razão tática. Embora Posner em seus escritos⁵³ busque demonstrar que tanto pessoas leigas quanto juristas podem dispensar uma teoria moral, seus próprios argumentos acabam se socorrendo de uma tal teoria. Posner estaria, assim, envolvido numa teoria moral substantiva, não instrumental, que ele não reconhece. Ele estaria falando do ponto de vista de uma teoria moral, *malgré lui*, ainda que afirme estar acolhendo uma posição relativista.

Em outras palavras, a acusação dworkiniana é a de que Posner acaba por realizar uma leitura equivocada não apenas dos autores que cita – notadamente merecedor de repúdio é o uso que faz Pos-

ner da ideia de jogos de linguagem de Wittgenstein⁵⁴ –, como da própria natureza da linguagem da moral. A natureza da linguagem moral é incompatível com uma concepção fiscalista (segundo a qual a linguagem da Física deverá ser a linguagem de toda a ciência), arquimediana⁵⁵, da objetividade moral, e somente pode ser compreendida “de dentro” do empreendimento argumentativo moral e jurídico. A inexistência de fatos brutos (“out there”) que seriam as únicas condições de verdade para as proposições morais e jurídicas, para Dworkin, não demonstraria a impossibilidade de objetividade da moral, mas antes o equívoco de sua exigência. A moral, enquanto prática argumentativa, somente encontra as suas condições de verdade, certeza e determinação no interior da própria prática discursiva argumentativa no *moral reasoning*. Este foro lhe é inevitável, inescapável e o único possível num uso significativo da linguagem. A negação posneriana seria, assim, uma petição de princípio, ao invés de uma saída prudente e intelectualmente modesta.

Evidentemente Posner não acolhe as críticas de Dworkin, respondendo-o com exigências de objetividade que o seu interlocutor não aceitará. A reconstrução dos argumentos do debate exigiria outros esforços reconstrutivos que não cabem neste artigo. A identificação de um de seus pontos, contudo, me parece ser uma indicação suficiente dos desafios e solos sobre o qual se insere esta nova

54 Ludwig Wittgenstein (1889-1951) foi um dos principais filósofos relacionados à denominada “virada linguística” que marca radicalmente a filosofia do século XX.

55 Dworkin assim define o sentido que empresta a este conceito ao criticar o positivismo de H.L.A. Hart. Para ele “A opinião de Hart acerca da sua própria metodologia é típica de boa parte da filosofia contemporânea. Áreas da filosofia como a metaética e a filosofia do direito florescem, cada uma supostamente falando a respeito, mas sem participar, de algum tipo de... prática social. Filósofos olham, de uma perspectiva externa e mais elevada, para a moralidade, o direito, a ciência e a arte. Eles distinguem o discurso de primeira ordem da prática que eles estudam... da sua própria plataforma de primeira ordem de segunda ordem... Eu já chamei essa postura filosófica ‘meta’ discursiva de segunda ordem... e esta é a era dourada do Arquimedianismo” (DWORKIN, Ronald. Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy, in *Justice in Robes*, op. cit., p.141).

50 DWORKIN, Ronald. “In Praise of Theory”, in *Justice in Robes*, p. 51.

51 Richard Rorty (1931-2007) foi o principal e mais influente filósofo pragmatista americano das últimas décadas.

52 Jules Coleman é professor na Yale Law School. O seu livro *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, é uma das principais referências teóricas do pragmatismo jurídico contemporâneo. Para uma resenha crítica do mesmo, ver “Thirty years on”, de Ronald Dworkin, in *Justice in Robes*, op. cit., p. 223-240.

53 Especialmente suas *Lectures* sobre o assunto e *Overcoming Law*, op. cit.

forma de articulação entre AED e teoria pragmática do direito. A mera apresentação destes planos de argumentos já aponta, penso eu, para as exigências teóricas de argumentação sobre aquela que julgo ser a agenda contemporânea dominante na teoria do direito. Esta é frequentemente denominada como a "agenda metodológica da teoria do direito"⁵⁶. Dentro desta, passa a ser fundamental a resposta a perguntas acerca das condições e possibilidade de explicação das condições de sentido dos desacordos teóricos e sua conexão com o argumento teórico sobre a "inevitável" (ou não) indeterminação do sentido das proposições jurídicas e das decisões judiciais, bem como os remédios possíveis diante dela: a discricionariedade para o positivismo jurídico e o "pragmatismo de bom senso" para os pragmatistas como Posner. Aliado a estas afirmações sobre os limites teóricos para o conhecimento ou existência de uma resposta certa para todas as proposições jurídicas encontraremos a sua expressão política e prático-jurídica contida na recomendação de prática decisória judicial "intuitiva e não teórica" e desconfiada e cética frente aos esforços de argumentação e justificação defendidos por uma concepção como a de Dworkin.

Muitas vezes os debates filosóficos são mais importantes pela determinação da agenda de problemas que eles revelam e sistematizam, do que pelo acerto de qualquer dos lados envolvidos. Não caberia nos limites deste artigo aprofundar os argumentos que eventualmente permitiriam ver um vencedor. Apesar de acreditar que é possível justificar a maior plausibilidade da posição dworkiniana. Interessou-me apenas apontar para o novo caminho que o debate metodológico jurídico lançou a agenda da discussão teórica sobre o direito, bem como a nova senda a que foi lançada a AED e seus compromissos teóricos. Salientar este ponto significa apenas chamar a atenção para a complexidade teórica jurídica envolvida no emprego da análise econômica, bem como os seus nada inocentes ou triviais compromissos e promessas cautelosas de abandono

56 Cf. SHAPIRO, Scott J. "The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed", in *Ronald Dworkin*, Edited by Arthur Ripstein, Cambridge, 2007, p. 22-55.

da teoria em benefício de uma posição de bom-senso, comprometida "com o que funciona". Isto nada nos garante se não compreendemos seja a sua viabilidade teórica e prática, seja o sentido da seguinte questão: *Funciona para quê?* Para garantir direitos? Para a realização da Justiça? Ou para a realização de um tipo de AED? Em outras palavras, o pragmatismo posneriano ao apresentar-se como uma abordagem não teórica apenas camufla, frouxamente, os seus pressupostos teóricos e metodológicos que julga serem menos importantes. Ao fazê-lo, em vez de pragmaticamente escapar da necessidade de fundamentação teórica, esconde a sua deficiente teoria acerca da finalidade e natureza do direito.

(REFERÊNCIAS)

- ARROW, Kenneth J. (1987). *Economic theory and the hypothesis of rationality*. In: *The new palgrave: utility and probability*, p. 25-39, 1989.
- BALKIN, Jack M. *The domestication of law and literature*. *Law & Society Inquiry*, 14, p. 787-798, 1989.
- CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. *Yale Law Journal* (The Yale Law Journal Company, Inc.), 70 (4): 499, 1961.
- COLEMAN, James S. *Foundations of social theory*. Belknap Press, 1990.
- COLEMAN, Jules L. *Afterword: the rational choice approach to legal rules*. *Chi. -Kent L. Rev.*, 65, p. 177-179, 1989.
- _____. *The practice of principle*. In: *Defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford University Press, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Rawls and the law*. In: DWORIN, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2006. p. 241-261.
- _____. *Praise of theory*. In: DWORIN, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2006. p. 49-74.
- _____. *Is wealth a value?* In: *A matter of principle*. HUP, 1985. p. 237-292.
- _____. *Why efficiency?* In: *A matter of principle*. HUP, 1985. p. 237 -292.
- _____. *Darwin's new Bulldog*. In: DWORIN, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2006. p. 75-104.

- _____. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2006.
- _____. Thirty years on. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2006. p. 223-240.
- _____. Hart's postscript and the character of political philosophy. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2006. p. 141.
- EQUALITY (verbete). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/equality>>.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.
- GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Principles of relational contracts. *Virginia Law Review*, 67, p. 1089, Sept. 1981.
- GOLDBERG, Victor. Price adjustment in long-term contracts. (Symposium: law, private governance and continuing relationships). *Wisconsin Law Review*, May/June, v. 1985, n. 3, p. 527-543, 1985.
- HORWITZ, Morton. *The transformation of american law - 1870-1960*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1992. v. II.
- KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1684, 1976.
- KORNHAUSER, Lewis A. The great image of authority. *Stanford Law Review*, 36, 349, 353, p. 354-355, 1984.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998 (2. ed. revista, RT, 2008).
- MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, 1988.
- _____. The new social contract. In: *An inquiry into modern contractual relations*. New Haven and London, Yale University, 1980 (tradução brasileira, O novo contrato social, Elsevier, 2009).
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law*. 2. ed.: From Posner to Postmodernism and Beyond, Princeton University Press, 2006.

- MINDA, Gary. *Postmodern legal movements. Law and jurisprudence at century's end*. NYU, 1995.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. Harvard, 1974.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action. Public goods and theory of groups*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
- POSNER, Eric. *Law and social norms*. Harvard University Press, 2000.
- POSNER, Richard. The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. In: KUBERBERG, Mark; BEITZ, Charles (Ed.). *Law, economics and philosophy*. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.
- _____. *Economic analysis of law*. Fourth Edition. Boston, Massachusetts: Little Brown and Company, 1992.
- _____. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, v. 100, n. 4, p. 761-780, Feb., 1987.
- _____. *The economics of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.
- _____. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics & Management Science*, n. 2, v. 5, p. 335-358, 1974.
- _____. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- _____. Against constitutional theory. *NYU L Rev.*, 73, p. 1-22, 1988.
- _____. Conceptions of legal theory: a reply to Ronald Dworkin. *Ariz. St. L. J.*, 29, p. 377-388, 1997.
- _____. The problematics of moral and legal theory. *Harvard L. Rev.*, 111, p. 1637-1716, 1998.
- _____. What has pragmatism to offer law? *S. Cai. L. Riv.*, 63, 1653, 1661 (1990).
- _____. Tribute to Ronald Dworkin. 63 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 9, 2007.
- _____. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.
- _____. *Overcoming law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.
- _____. EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust: cases, economic notes, and other materials*. St. Paul, Minnesota: West, 1974.

- _____. The present situation in legal scholarship. *Yale L. J.*, 90, p. 1113, 1120, 1981.
- RAWLS, John. *Theory of justice*. Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 1971.
- RIPSTEIN, Arthur (Ed.) *Ronald Dworkin*. Cambridge, 2007.
- SCHWARTZ, Alan. Relational contracts in the courts: an analysis of incomplete agreements and judicial strategies. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 271-318, June 1992.
- SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). *Ronald Dworkin*. Cambridge, 2007. p. 22-55.
- VAN DEN BERGH, Roger. Introduction: the impact of Guido Calabresi on law and economics scholarship. *Erasmus Law Review*, v. 1, Issue 4.
- WILLIAMS, Bernard. 1973, The idea of equality. In: WILLIAMS, B. *Problems of the self*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 230-249, reprinted in L. Pojman & R. Westmoreland (Ed.). *Equality. Selected Readings*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 91-102.