

O PÊNULO DE POSNER*

POSNER'S PENDULUM

Alonso Freire¹

RESUMO: ESTE ARTIGO EXPÕE A VIRADA PRAGMÁTICA DE RICHARD A. POSNER. PRIMEIRAMENTE, DESCREVE A EVOLUÇÃO DO PRAGMATISMO ATÉ A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO BASEADA NA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA DEFENDIDA POR POSNER. FEITO ISSO, SÃO EXPOSTAS AS RAZÕES QUE LEVARAM ESSE AUTOR A ABANDONAR ESSA ABORDAGEM EM FAVOR DE UM “PRAGMATISMO COTIDIANO”. CONCLUI-SE QUE O PRAGMATISMO EM GERAL ESTÁ PRESENTE EM AMBAS AS FASES DO PENSAMENTO DE POSNER.

PALAVRAS-CHAVES: POSNER. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. PRAGMATISMO.

ABSTRACT: THIS PAPER EXPOSES THE RICHARD A. POSNER'S PRAGMATIC TURN. FIRSTLY, IT DESCRIBES THE EVOLUTION OF PRAGMATISM UNTIL ECONOMIC ANALYSIS OF LAW BASED ON WEALTH MAXIMIZATION ADVOCATED BY POSNER. SECONDLY, IT EXPOSES THE REASONS THAT LED POSNER TO ABANDON THAT APPROACH IN FAVOR OF AN “EVERYDAY PRAGMATISM”. IT CONCLUDES THAT PRAGMATISM IN GENERAL IS PRESENT IN BOTH PHASES OF POSNER'S THOUGHT.

KEYWORDS: POSNER. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. PRAGMATISM.

Sumário: 1 Introdução. 2 Do pragmatismo filosófico ao pragmatismo jurídico. 2.1 O pragmatismo filosófico. 2.2 O formalismo jurídico norte-americano. 2.3 O pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. 2.4 O Realismo Jurídico. 3. As dificuldades e o valor do pragmatismo e do realismo jurídicos. 4 A Análise Econômica do Direito do Direito. 4.1 Origem. 4.2 A análise econômica de comportamentos não mercadológicos. 4.3 A ideia de maximização da riqueza. 5 A reviravolta pragmática de Richard A. Posner: o pragmatismo cotidiano. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

* Este artigo é dedicado à Professora Patrícia Baptista (UERJ).

¹ Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Assistente da UFMA e Professor da UNICEUMA. E-mail: alonsoreis@gmail.com

Formulei, anos atrás, uma crítica à Análise Econômica do Direito (FREIRE, 2011), que “pode ser definida como a aplicação da teoria econômica – sobretudo da microeconomia e dos conceitos básicos de economia de bem-estar, para examinar a formação, estrutura, processo e impacto econômico no direito e nas instituições jurídicas” (MERCURO; MEDEMA, 2006: 1). A versão da Análise Econômica do Direito (doravante, AED) que busquei confrontar foi aquela que Richard A. Posner² (2007b) desenvolveu a partir de 1973. Como esclareci na oportunidade, a proposta geral da AED era uma tentativa de dar um suporte conceitual e instrumental ao pragmatismo filosófico, do qual o próprio Posner partia. Aquela crítica mirava um ponto já não mais existente àquela época: a maximização da riqueza. Talvez eu tenha acertado o alvo que elegi, embora ciente de que o próprio Posner não o sustentasse mais, pelo menos não como antes. Sou satisfeito com o fato de que as críticas ali esposadas continuam coerentes – pelo menos assim as considero. Mas, ao analisarmos as valiosas contribuições desse autor, não podemos nos concentrar apenas em sua primeira fase de pensamento, que, inegavelmente, tem como peça marcante a maximização da riqueza. Ao revés, devemos estar perfeitamente cientes das implicações de uma curiosa e quase enigmática afirmação que ele fez em 1990: “os alicerces de um princípio abrangente para a solução das disputas jurídicas estão podres, o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos” (2007b: 526). Como a compreendo, essa afirmação equivale ao retorno de um pêndulo, cujo movimento é objeto deste artigo e cujo ponto fixo é o pragmatismo.

Neste artigo, pretendo demonstrar de que modo a AED evoluiu do pragmatismo filosófico, passando pelo pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. e chegando a sua versão mais radical, a AED baseada na maximização da riqueza, tal como Posner a concebeu. Faço essa reconstrução histórica tendo como pano de fundo o propósito de todos os pensadores que figuram como seus personagens, isto é, dar legitimidade ao *common law*, sobretudo após a proclamação da morte de Deus provocada por Darwin e anunciada por Nietzsche. Após demonstrar como surgiram a AED em geral e a versão dela proposta por Posner, em particular, demonstro as razões que levaram esse autor a

² Ex-assessor do juiz William Brennan Jr., da Suprema Corte, foi nomeado pelo presidente Ronald Reagan juiz federal para a Corte Federal de Apelações da Sétima Região, em Chicago, em 1981. Foi presidente dessa Corte de 1993 a 2000. Atualmente, além de juiz, é professor na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

abandoná-la parcialmente, deixando claro, ao final, o que ele defende hoje: o “pragmatismo cotidiano”.

O propósito deste artigo não é só traçar um histórico da AED, mas demonstrar a íntima relação entre Pragmatismo (Filosófico ou Jurídico) e a Análise Econômica do Direito. Como se verá, atualmente, para Posner, a AED é apenas mais uma entre outras ferramentas do “pragmatismocotidiano” por ele hoje defendido.

O artigo é dividido da seguinte forma. Num primeiro momento, explico o pragmatismo filosófico. Feito isso, exponho o pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr., autor influenciado profundamente pela versão filosófica do pragmatismo. Num terceiro momento, exponho a solução sociológica à “alguma coisa sobre a sociedade” que deveríamos saber para podermos compreender, criticar e aperfeiçoar o Direito, como sugeria Holmes. Após demonstrar a insuficiência da resposta realista, descrevo o surgimento da Escola de Chicago. Dado o propósito deste artigo, exponho a versão radical da AED que emergiu desta Escola: a maximização da riqueza proposta por Posner. Na última parte, será exposta a reviravolta desse autor em direção ao que ele passou a chamar de “pragmatismo cotidiano”.

2 DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO AO PRAGMATISMO JURÍDICO

2.1 O pragmatismo filosófico

Quando alguns estudiosos se dispõem a fazer um longo resgate histórico do Pragmatismo, geralmente o fazem a partir da Literatura, partindo da obra *Odisseia*, de Homero (Cf. CHOW, 1992). Robert Brandon, por exemplo, afirma que a razão no Pragmatismo é a razão de Odisseu (ou Ulisses) e não a de Platão. Como se sabe, Odisseu é um personagem prático e adaptativo, instrumental e especulativo, não dado, portanto, à reflexão, mas ao agir prático. Da perspectiva da ética heroica, Odisseu é um pragmático. Platão, por sua vez, era dado à reflexão; buscava ele a verdade em questões morais, científicas e políticas. É dessa forma que devemos compreender a afirmação de que “[a] definição mais simples de pragmatismo é a rejeição da raiz e dos ramos do platonismo” (POSNER, 2010b: p. 23).

O “tom pragmático”, como dizem os pragmatistas, começou a assumir uma forma filosófica com os filósofos pré-socráticos e ganhou corpo posteriormente com o

epicurismo. Não obstante seja possível encontrar na literatura filosófica afirmações de que Epicuro foi o precursor do Pragmatismo, é mais comum encontrarmos a afirmação de que esse movimento filosófico surgiu apenas a partir dos trabalhos de Charles S. Peirce, a despeito de o próprio Peirce atribuir esse crédito a Nicholas St. John Green, jurista amigo seu (LANCASTER, 1958). Afirma-se também que os sectários de Pierce foram, na sequência, William James, John Dewey, George Mead e F. S. C. Schiller. Esse pragmatismo filosófico apresentou-se na história como um movimento de rejeição dos principais dualismos científicos oriundos do movimento iluminista, tais como: sujeito e objeto, mente e corpo, percepção e realidade, forma e substância etc. Como sabemos, os grandes teóricos dos séculos XVII e XVIII estavam encantados e persuadidos pela física newtoniana e pela infalibilidade da razão humana quando expressada em cálculos matemáticos. Sociólogos, filósofos e juristas acreditavam que os sistemas sociais também poderiam ter estrutura racional semelhante.

Os poetas e filósofos românticos desafiaram essa visão científica calcada unicamente na observação. O principal representante dessa Escola Romântica foi Ralph Waldo Emerson, cujos trabalhos literários e filosóficos influenciaram Pierce na Filosofia e Oliver Wendell Holmes Jr., no Direito. A propósito, afirma-se que o equivalente europeu de Emerson teria sido Nietzsche. A verdade dessa afirmação é evidenciada pelo fato de que ambos confrontavam a relação passiva e contemplativa entre o sujeito que observa e a realidade observada, seja ela natural ou social. Ambos também aspiravam a que se passasse a considerar essa relação de um modo ativo e criativo, e viam o pensar como o exercício da vontade em função de um desejo.

Com o tempo, o deslocamento do vetor científico, que passou do descobrimento das leis eternas da natureza para a formulação de teorias movidas pelo desejo dos seres humanos de prever e controlar o entorno natural e social, mostrava-se já inevitável. Não havia mais uma *busca* por verdades e realidades supremas. A verdade, para autores pragmatistas, não deveria ser considerada como algo que independe do observador. Dever-se-ia viver aceitando-se que as ideias e atos de qualquer pessoa somente são verdadeiros se servem à solução imediata de seus problemas como realização de seus desejos. Nesse caso, toma-se a verdade pelo o que é útil para algum propósito, e não como algo a ser conhecido.

O Pragmatismo, portanto, surgiu como uma reação contra a Metafísica e à compreensão da realidade por meio de categorias abstratas, inclusive quanto toda à ideia de direito natural, que, a propósito, nunca se recuperou da proclamação da morte de Deus, por Darwin, feita por Nietzsche. Como o Pragmatismo rejeitava a Metafísica, e com isso, o direito natural, era preciso justificar então de onde vinha a autorização para que juízes criassem direito no *common law*. A justificativa jusnaturalista e divina oferecida por William Blackstone para justificar o *common law* já não mais convencia, sobretudo após as severas críticas direcionadas a ele por Jeremy Bentham (POSNER, 2010a: p. 17-57). Contudo, a saída positivista de Bentham tampouco foi aceita para o *common law*. Ela não entusiasmou os legisladores ingleses, muito menos os norte-americanos. Com efeito, se a justificativa das decisões proferidas pelos juízes do *common law* não poderia mais se basear em uma autoridade divina, então a conclusão de que eles agiam como legisladores não eleitos era inescapável. A solução para essa questão desconcertante foi primeiramente oferecida pelo formalismo jurídico norte-americano, a respeito do qual se discorre a seguir.

2.2 O formalismo jurídico norte-americano

Contra toda descrença propalada pelos pragmatistas, surgiu, nos Estados Unidos, no final do século XIX, um movimento fortemente formalista no Direito, capitaneado por Christopher Columbus Langdell, à época diretor da Faculdade de Direito da Universidade Harvard. Os formalistas eram, de certo modo, platônicos. Acreditavam que, mesmo no amontoado de decisões judiciais à primeira vista contraditórias, haveria princípios jurídicos imutáveis capazes de justificar as decisões proferidas pelos juízes do *common law*. Partindo dessa premissa, sustentavam que o propósito do raciocínio jurídico era extrair esses princípios das decisões judiciais, princípios que talvez até mesmo os juízes que as proferiam não enxergavam.

Partindo dessa ideia, na última metade do século XIX, o movimento formalista esteve em prol de uma profunda transformação na forma de ensino do Direito. A reforma educacional proposta por Langdell baseava-se na ideia de que o Direito era uma ciência, o que tornava natural o pressuposto de que os advogados, antes práticos, deveriam passar por uma universidade antes de ocuparem as tribunas. Com poucas exceções, os professores de Direito pensavam à época que a única coisa que os acadêmicos precisavam estudar eram os materiais jurídicos, sobretudo as decisões judiciais. Eles enfatizavam a

necessidade de se desenvolver a capacidade de argumentação lógica por meio da análise de materiais jurídicos providos de autoridade. Esse novo ambiente acadêmico, portanto, fez com que o ensino passasse a ser uma indagação a respeito daquilo que poderia ser apresentado como Ciência do Direito, ou *jurisprudence*. “O Direito, considerado como uma ciência”, afirmava Langdell, “é um conjunto de princípios e doutrinas” (SPEZIALE, 1980: p. 14).

Os formalistas compreendiam o Direito com um sistema indutivo. A partir da análise minuciosa das decisões proferidas por Cortes e juízes norte-americanos, acreditavam ser possível extrair delas princípios orientadores capazes de sinalizar quais decisões poderiam ser tomadas no futuro, caso os órgãos judiciais que as proferiram se mantivessem coerentes. Era, portanto, possível, acreditavam eles, a dedução de resultados de casos futuros a partir de casos julgados. Com isso, era igualmente possível analisar a correção das decisões já ou ainda a ser proferidas. Essa crença mudou por completo o ensino do Direito nas faculdades de Direito norte-americanas, que passou a adotar o método socrático indutivo, por meio do qual se extraem os princípios de casos já decididos e, com isso, se antecipam as decisões possíveis em situações hipotéticas que um dia podem se concretizar e serem levadas à apreciação por um órgão judicial. Como afirma Posner, “[a]pesar de criados pelo homem, os princípios [- acreditavam os formalistas -] poderiam minimizar a discricionariedade dos juízes... E, ainda que esses princípios não tivessem alicerces divinos, tinham algo quase tão bom: o poder da indução científica e o veredicto do tempo” (2007b: p. 22).

O raciocínio jurídico agora tinha vestes científicas. O Direito, já não mais divino, passou a ser autônomo e autossuficiente. Mas os formalistas precisavam responder à questão sobre como justificar e dar legitimidade a princípios “jurídicos” deduzidos de decisões judiciais, já que eles não tinham passado por uma regra de reconhecimento que lhes conferissem validade jurídica, ou seja, que dessem a eles o selo do jurídico. De fato, o raciocínio dedutivo deixava uma lacuna entre o “ser” e o “dever-ser”. Em outras palavras: os princípios deduzidos não derivam de outras regras.³

³ Como dita a famosa lei da Metaética articulada por David Hume, afirmações descritivas são diferentes de afirmações normativas, não podendo estas serem derivadas daquelas. Cf. HUME (2000, p. 509).

Esse último problema – a necessidade de justificação dos princípios – não foi explorado pela geração seguinte de juristas norte-americanos. Na verdade, essa questão só foi equacionada no *common law* no início da segunda metade do século XX, a partir da publicação da obra de H.L.A Hart, *O Conceito de Direito* (2009). Em relação ao formalismo, o que a geração seguinte criticou foi o excesso de cientificismo, a cegueira dos seus defensores às questões da vida real e a amarração permanente do direito ao passado alimentada por juristas com Langdell. Essas críticas foram feitas sobretudo por Oliver Wendell Holmes Jr., um ex-juiz da Suprema Corte norte-americana conhecido como aquele que primeiro transpôs o pragmatismo filosófico ao raciocínio jurídico.⁴ A seção a seguir é dedicada as suas ideias. Elas motivaram juristas a buscarem na Economia respostas para o Direito.

2.3 O pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.

Se Langdell, com seu formalismo, havia feito da autonomia do Direito uma profunda fé acadêmica, Holmes desafiou essa fé ao professar que o direito não é lógica, mas experiência. Três características principais do formalismo foram duramente criticadas por Holmes: seu conceitualismo e cientificismo; sua natureza estática; e, por último, a separação por ele feita entre direito e vida. Primeiro, Holmes não acreditava que o direito pudesse ser corretamente compreendido a partir de descrições conceituais e de um engajamento profunda e isoladamente científico. Era preciso abrir os olhos para outros fatores reais que influenciam o direito. Segundo, o Direito não poderia se ancorar no passado. Era necessário que os operadores do Direito tivessem um olhar prospectivo, já que a sociedade não espera pelo Direito. Terceiro, os problemas resolvidos pelos formalistas deveriam ser aqueles da vida real que geralmente não podem ser antecipados.

A perspectiva de Holmes, como se observa, era completamente pragmática. Seu ponto de vista é semelhante ao de Charles S. Peirce. Para ambos, não existem entidades conceituais. Eles acreditavam que a importância das ideias não está em suas definições, mas no significado que elas têm para a vida prática, para o mundo real dos fatos reais. Também negavam a existência de princípios norteadores e imutáveis a serem deduzidos.

⁴ Permaneceu na Suprema Corte de 1902 a 1932. Por serem sempre enérgicos e contundentes, seus votos divergentes tornaram-se os mais conhecidos de sua lavra. O realismo e a concepção pragmática do direito de Holmes influenciaram importantes gerações de juízes e juristas, como Benjamin Cardozo e Richard Posner e, de certo modo, o movimento dos Estudos Jurídicos Críticos.

O que realmente existe é apenas a possibilidade de situações distintas ocorrerem no mundo real e dos fatos. Ao associar o Direito às de circunstâncias sociais de cada época, Holmes demonstrou o absurdo de se supor, como faziam os formalistas do século XIX contra os quais escrevia, que as doutrinas jurídicas eram conceitos formais imutáveis e que as decisões judiciais eram revestidas de algum significado lógico (POSNER, 2007b, p. 321).

Holmes era um cético que acreditava que o Direito é, na realidade, apenas aquilo que os juízes farão com um determinado conjunto de fatos, uma vez que as regras jurídicas ou as decisões proferidas no passado, na realidade, não os obrigam a fazer coisa alguma. Em um ensaio já clássico, publicado em 1897, e considerado o manifesto do pragmatismo jurídico, Holmes afirmou que para compreendermos o direito como ele é na realidade deveríamos adotar o ponto de vista de um malfeitor (1897, p. 457):

Tomemos a pergunta fundamental, o que constitui o direito? Alguns escritores dirão que ele é algo diferente do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra: que é um sistema de raciocínio, que é uma dedução feita a partir de princípios de ética, axiomas pressupostos ou sabe-se lá o quê, dedução essa que pode coincidir ou não com as decisões. Porém, se olharmos da perspectiva de nosso amigo, o malfeitor, veremos que o que ele quer realmente saber é o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra poderão de fato fazer. Penso de modo muito semelhante ao dele.

Holmes também era um relativista ético, para quem o Direito deveria seguir a opinião pública dominante e não princípios supostamente imutáveis a serem descobertos nas entrelinhas das decisões judiciais proferidas por juízes imersos na realidade social. O Direito deveria ser um instrumento real de transformação da sociedade com vistas ao bem-estar social de todos. É por essa razão que ele considerava o juiz como um legislador intersticial.

Em sua opinião, era inegável, ou melhor, desejável que o Direito se modificasse para adaptar-se a mudanças de opinião. Ele também defendia que essas mudanças não poderiam ser obstruídas pelo cego respeito a princípios antes aceitos como frutos da razão humana, já que a razão é uma competência instrumental. O Direito e seus conceitos abstratos, portanto, não deveriam ser obstáculos à transformação social. Pelo contrário, o Direito deveria ser considerado um meio de transformação. Dizia Holmes (1992, p.1):

A vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência. As necessidades sentidas em cada época, a moral e as teorias políticas dominantes, as intuições da política pública expressas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com os seus concidadãos têm contado mais do que o silogismo na determinação das leis pelas quais os homens devem ser regidos. O direito

incorpora a história do desenvolvimento de uma nação ao longo de muitos séculos e não pode ser tratado como se contivesse apenas os axiomas e as regras de um livro de matemática. Para sabermos o que ele é temos de saber o que ele foi e o que ele tem tendência a ser no futuro.

Os escritos de Oliver Wendell Holmes, Jr. foram, portanto, as primeiras demonstrações de transposição das teses e concepções do pragmatismo filosófico para o Direito. Sua tese consistia em negar que o Direito pudesse ser compreendido por meio de um instrumental lógico formado por regras aplicáveis por mera subsunção. Quando se estuda o Direito, “[o] objeto de nosso estudo é, por conseguinte, uma predição, a predição da incidência do poder público através da instrumentalidade dos tribunais”, dizia Holmes (1897: 457). Nesse sentido, o bom jurista é aquele que torna mais precisas as profecias acerca de como os juízes irão decidir os casos. “As profecias do que, de fato, farão os tribunais, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por direito”, afirmava Holmes (1897, p. 457).

Para alguns, Holmes teria sugerido que os juristas precisavam de uma boa dose de economia para poderem conduzir o direito pelo caminho dos benefícios sociais gerais. De fato, ele chegou a afirmar que o futuro dos estudos jurídicos pertencia ao economista e ao estatístico, e não ao jurista afeito à dogmática jurídica (1897, p. 469). Contudo, embora Holmes tenha investido contra autonomia do Direito, em sua época, muitos poucos acadêmicos de outras áreas, principalmente da Economia, estavam interessados no Direito. Por essa razão, sua investida contra Langdell não retirou do Direito a autonomia que os formalistas sustentavam. Apenas uma mudança foi percebida, como diz Posner (2007b, p. 568):

A única mudança na época de Langdell – mudança que foi o legado de Holmes e dos realistas jurídicos – deu-se no sentido de que o direito passou a ser visto cada vez mais como um instrumento intencional de controle social, de modo que era preciso saber alguma coisa sobre a sociedade para poder compreender, criticar e aperfeiçoar o Direito.

No primeiro momento, acreditou-se que essa “alguma coisa sobre a sociedade” poderia ser a Sociologia. Ela poderia aproximar o Direito do mundo real, da realidade. Daí porque os que assim pensavam foram chamados de realistas. Seus estudos e contribuições deram origem ao Realismo Jurídico, um passo adicional contrário ao formalismo, sobre o qual trata o tópico a seguir.

2.4 O Realismo Jurídico

Com o Realismo Jurídico, ocorreu o triunfo do Pragmatismo e do relativismo em geral no Direito. Essa corrente encontrou apoio no pragmatismo de William James e John Dewey e na sociologia jurídica de Roscoe Pound. Todavia, sem o apoio involuntário de Holmes, certamente ela não teria recebido tanta atenção na década de 1930 (SAVARESE, 1966, p.180-200). Muitas vezes confundido com a escola sociológica do Direito, sobre a qual ele se expandiu, o movimento realista norte-americano é conhecido, juntamente com aquela escola, por ter servido de base para o desenvolvimento de uma abordagem sociológica do Direito em oposição ao formalismo. O formalismo jurídico que o realismo combateu, portanto, era aquele que considerava, como assunto tipicamente jurídico, não o resultado da regulação das relações sociais, quaisquer que eles sejam, mas a forma do próprio Direito, como modo de conhecimento das normas que deve ignorar os aspectos relevantes do que é regulado, a despeito das modificações e pleitos sociais. Portanto, sua crítica era voltada ao suposto caráter independente do Direito pregado pelos formalistas sectários de Langdell.

A Sociologia norte-americana das primeiras décadas do século XX divide com o realismo jurídico norte-americano a preocupação com os efeitos sociais das tomadas de decisão e isto será uma característica fundamental daquilo que, posteriormente, foi denominado de “Direito e Sociedade” nos Estados Unidos. Foi a partir da década de 1920 que a visão reificante dos conceitos jurídicos proposta pelo formalismo foi superada de fato pelo realismo jurídico. Este substituiu o conceitualismo jurídico pelo pragmático. Para os realistas, a pergunta crucial do Direito é: “o que deve fazer o juiz neste ou naquele caso?”

Os fundadores da escola do “realismo jurídico” norte-americano foram bem mais “antiformalistas” que os expoentes da escola sociológica do Direito. A principal característica do realismo norte-americano está na atenção que seus sectários davam ao processo judicial, ou seja: ao que acontece efetivamente nos tribunais, e não ao que o Direito estabelecia por meio das leis. Como as normas jurídicas funcionam nos tribunais, não o que elas são no papel, é o tema da abordagem realista do Direito, que tem como seu primeiro grande expositor Benjamin N. Cardozo, um famoso juiz da Suprema Corte.⁵

⁵ Membro da Corte de Apelações do Estado de Nova York a partir de 1914. Foi indicado para ocupar uma cadeira na Suprema Corte norte-americana em 1931. Ali, uniu-se aos juízes Louis D. Brandeis e Harlan Fiske Stone numa política de deferência ao Congresso e aos Estados da federação e de redefinição do

Cardozo escreveu um ensaio clássico (2012) considerado hoje o hino do realismo jurídico que floresceu nas décadas de 1920 e 1930. John Dewey era o principal pragmatista quando o livro de Cardozo foi publicado, e foi exatamente a sua versão do pragmatismo que mais influenciou aquele ensaio. “A causa final do Direito”, disse Cardozo numa clássica afirmação, “é o bem-estar da sociedade” (2012, p. 97). Cardozo, porém, não afirmava que os juízes possuem um poder discricionário para decidir conforme suas próprias convicções pessoais sobre o bem-estar da sociedade. Afirmava, sim, que os juízes deveriam fazer uso de um critério objetivo, mas objetivo em um sentido pragmático: “o que conta”, dizia ele, “não é aquilo que acredito que é certo, mas aquilo que posso razoavelmente crer que outros homens de intelecto e consciência normais poderiam considerar razoavelmente como certo” (CARDOZO, 2012, p. 98). Sendo assim, as normas jurídicas deveriam ser adaptadas a um fim. Aqui surgiu uma importante concepção instrumental do Direito. “O princípio último para os juízes [...] é o da adequação a um fim”, dizia Cardozo. Contra os formalistas, que sustentavam que a validade de uma norma depende de uma fonte revestida de autoridade, replicava Cardozo que “a norma que funciona a contento produz reconhecimento” (CARDOZO, 2012, p. 98). Ou seja: se uma norma e sua interpretação fossem adequadas à causa final do Direito elas obteriam o reconhecimento de seus destinatários, e isso é o que importava. Portanto, para Cardozo, a interpretação não deveria ser contemplativa, mas criativa, e é por essa razão que, para seu realismo, a mesma liberdade que possuem os juízes no *commom law* têm eles na interpretação da legislação.

As normas jurídicas devem ser consideradas em termos instrumentais e, neste sentido, o Direito deve ter seu olhar voltado para o futuro. “O principal não é a origem, mas a finalidade. Não pode haver sabedoria na escolha de um caminho, a menos que saibamos onde ele vai dar”, afirmava Cardozo (2012, p. 101). O juiz não deveria ser apenas o intérprete dos conceitos jurídicos, mas sim ter em mente a concepção teleológica de sua função. Mas eis que surge uma questão: de onde mais o juiz deveria retirar o fundamento de suas decisões, uma vez que ele não deveria se basear apenas no direito? “Posso apenas responder”, dizia Cardozo, “que ele deve buscá-lo [...] na experiência, no

direito constitucional norte-americano. É geralmente posto ao lado de Holmes, Brandeis e Learned Hand como um dos melhores juízes norte-americanos de todos os tempos.

estudo e na reflexão; em poucas palavras, na própria vida” (2012, p. 102). Portanto, seria o juiz um criador.

3. AS DIFICULDADES E O VALOR DO PRAGMATISMO E DO REALISMO JURÍDICOS

Pensadores como Holmes e Cardozo encontraram muitas dificuldades ao tentarem aplicar suas teses (SAVARESE, 1966, p. 187). A concepção de Holmes do juiz como legislador intersticial causava muito incomodo entre os juristas da época por sugerir que os juízes e os legisladores exerciam quase as mesmas funções, sempre guiados pelas mesmas metas, valores e funções. Se assim fosse, os juízes poderiam ser considerados auxiliares do legislativo, preenchendo as lacunas deixadas por estes. O processo legislativo, todavia, é muito mais suscetível a pressões de grupos de interesses (POSNER, 2009, p. 415). As leis não são aprovadas por meio de juízos imparciais. Resultam muitas vezes de trocas de interesses, e um juiz que interpreta as leis, com base em suas concepções de interesse público, estará sujeito a entrar em conflito com o Poder Legislativo e isso não é bom para uma democracia.

O entusiasmo ingênuo que o realismo nutria pelo Estado o marcou como um movimento de caráter liberal, tornando-o uma escola de esquerda, e isso enfraqueceu a confiança que os juristas da época do seu alvorecer depositavam em suas teses. Contudo, a maior fraqueza do realismo jurídico, e que facilitou o seu declínio como concepção teórica a ser seguida, foi, sem dúvida alguma, a falta de método. Como afirma Posner, “os realistas sabiam o que fazer (pensar as coisas e não as palavras; sondar as consequências reais das doutrinas jurídicas e buscar o equilíbrio entre visões diferentes do interesse público), mas não como fazer” (2009, p. 415).

Contudo, aqueles que analisam a ascensão e declínio do realismo jurídico norte-americano costumam, nesse ponto, defendê-lo afirmando que as ferramentas metodológicas da Economia e de outras ciências afins encontravam-se insuficientemente desenvolvidas, de tal modo que isso tornava impossível o desenvolvimento de uma abordagem coerente do Direito voltada para a “engenharia social”. Por outro lado, costuma-se acusar o realismo jurídico de ser um movimento que pendia para a irresponsabilidade. Diz Posner (2009, p. 416):

O realismo jurídico, entretanto, não conseguiu cumprir suas promessas e, perto do fim da Segunda Guerra Mundial, já havia se esgotado. A década de 1950 e, em particular, a de 1960 presenciaram um aumento gradual das ambições intelectuais dos estudiosos do direito, mas foi somente a partir da década de 1970 que a teoria do direito passou a ser um dos principais objetos de enfoque do pensamento jurídico. A partir disso, o progresso foi rápido; e as razões disso são muitas.

Para Posner, aquela “alguma coisa na sociedade” não era a Sociologia. Na verdade, “[e]ssa ‘alguma coisa’”, diz ele, “era o que qualquer pessoa inteligente com boa formação geral e dotada de bom senso sabia ou podia aprender nos próprios textos jurídicos”: “um conjunto de valores éticos e políticos básicos, algum conhecimento das instituições e uma certa familiaridade com o funcionamento da economia” (2007b, p. 568). Foi preciso esperar mais algumas décadas para que se retirasse a autonomia do Direito. As razões para o progresso do Direito, referido por Posner, são muitas, mas, certamente, para ele, as principais estão relacionadas ao renascimento da análise econômica de comportamentos não mercadológicos, sobre o qual trata a seção seguinte

4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DO DIREITO

4.1 Origem

O Direito e Economia, ou Análise Econômica do Direito (AED), “pode ser definido como a aplicação da teoria econômica – sobretudo da microeconomia e dos conceitos básicos de economia de bem-estar, para examinar a formação, estrutura, processo e impacto econômico no direito e nas instituições jurídicas” (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 1). Essa relação não é nova. Tanto David Hume quanto Adam Smith já discutiam o papel da Economia nas instituições jurídicas, o que foi aprofundado por Jeremy Bentham, especialmente na sua análise utilitarista dos crimes e das punições. Conquanto as raízes desse movimento possam estar associadas aos pensamentos desses autores, o trabalho de notáveis intelectuais norte-americanos, como Ronald H. Coase, Guido Calabresi, Hanry Manne, Gary Becker e Richard Posner formam o núcleo da abordagem econômica do Direito da Escola de Chicago, que tem atraído a atenção de muitos estudiosos e críticos interessados tanto em Direito como em Economia desde os anos de 1960 e 1970. É claro que, antes disso, já havia algum interesse, evidenciado pelo lançamento, em 1958, do *Journal of Law and Economics*. Além disso, o direito já tinha que lidar com a Economia, ao regular as atividades explicitamente econômicas. Exemplos

disso são as legislações antitruste, o direito societário, comercial e tributário, entre outros temas cujas contribuições podem ser atribuídas a Adam Smith.

Embora Bentham tenha se dedicado à aplicação da economia a questões não explicitamente econômicas, foi, todavia, Gary Becker, da Universidade de Chicago, o responsável pelo renascimento do interesse pela aplicação da Economia ao comportamento não mercadológico, a partir da publicação de sua tese de doutorado sobre a economia da discriminação racial, em 1957. Daí em diante, junto com seus alunos, Becker desenvolveu estudos econômicos aplicados a vários temas, tais como educação, fertilidade, comportamento de criminosos, escravidão, suicídio, adultério etc (POSNER, 2007^a, p. 5). Como Posner, sem modéstia afirma (2011, p. 4):

A teoria econômica o direito só começou a adquirir uma forma semelhantes à atual em algum momento entre 1958 e 1973. A primeira data corresponde ao primeiro ano de publicação do *Journal of Law and Economics* e a segunda, ao ano em que publiquei meu livro *Economic Analysis of Law*.

Contudo, entre esses dois acontecimentos, como se verá a seguir, importantes trabalhos foram publicados. Talvez, sem eles, o próprio livro de Posner não teria sido publicado.

4.2 A análise econômica de comportamentos não mercadológicos

A expansão da análise econômica do direito foi facilitada pela aplicação do instrumental econômico ao comportamento não mercadológico. Até a publicação, em 1961, dos trabalhos de Ronald Coase (1961) e Guido Calabresi (1961), a economia parecia ter muito pouco a dizer sobre o direito, exceto no domínio do direito concorrencial. Embora Becker, ressuscitando as ideias de Bentham, tenha renovado a aplicação da economia a comportamentos não mercadológicos, foram Coase e Calabresi os verdadeiros pioneiros no que diz respeito à análise das leis que regulam esses comportamentos. Foi a partir das contribuições desses dois últimos estudiosos que foi realmente possível vislumbrar uma teoria econômica do *common law*. Em seu mais famoso ensaio, Coase analisa a estreita relação entre responsabilidade civil e alocação de

recursos, tema idêntico ao explorado por Calabresi em seu famoso artigo publicado no mesmo ano.⁶

Coase, de passagem, observou em seu artigo que os juízes ingleses tinham proferido decisões que pareciam estar de acordo com a análise econômica, ao interpretarem a doutrina da perturbação da paz e formas semelhantes de interferência na propriedade privada. Esse *insight* permaneceu inexplorado até praticamente 1971, quando vários estudiosos, especialmente Richard A. Posner, começaram a explorar a ideia, “examinando a hipótese de que a melhor maneira de explicar o *common law* é entendendo os juízes como maximizadores do bem-estar econômico” (2007b, p. 7). Como Posner esclareceu (2007^a, p. 8-9):

A hipótese não é a de que os juízes sejam capazes de reproduzir, ou que efetivamente reproduzam, os resultados dos mercados competitivos, mas que, dentro dos limites impostos pelos custos administrativos do sistema judiciário (aos quais se deve atentar em qualquer tentativa de promover a eficiência por meio de normas jurídicas), as decisões judiciais do *common law* conduzem o sistema econômico a um resultado mais próximo do que seria obtido por intermédio da concorrência efetiva, ou seja, no âmbito de um mercado livre, sem externalidades significativas, monopólio ou problemas de informação.

Portanto, aqueles que tinham mais interesse no Direito do que na Economia, direcionaram seus esforços, a fim de dar alguma racionalidade para o Direito, sobretudo ao *common law*, sem que o raciocínio jurídico deixasse de ser pragmático. Eles constataram que o Direito, em muitas áreas, obedece, de forma misteriosa e curiosa, às leis da Economia. A AED, nas palavras de Posner, seria “a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-las em bases objetivas” (2009, p. 16). Portanto, objetivo central da AED é aplicar o raciocínio e os métodos empíricos da Economia às instituições jurídicas, já que, segundo esses estudiosos, o direito é responsivo à Economia. Trata-se, portanto, de um pragmatismo revestido de um método: o econômico.

⁶ O “Teorema de Coase” sugere que, quando o custo das transações de mercado for igual a zero, a atribuição inicial de direito não influenciará em nada a eficiência, uma vez que, se a atribuição for ineficiente, as partes vão retificá-la por meio de uma transação que a corrija. Desse teorema, surgem dois postulados. O primeiro é o de que o Direito deve tentar minimizar os custos de transação, na medida em que esteja interessado na promoção da eficiência econômica. O segundo é o de que, quando, a despeito de todos os esforços jurídicos, os custos das transações de mercado permanecerem altos, o Direito deverá simular a alocação de recursos do mercado mediante concessão de direitos de propriedade aos usuários de mais alto valor.

Em 1971, Posner publicou seu mais famoso livro, *A Análise Econômica do Direito*. A partir daí, a AED ganhou uma versão mais ousada, se estendendo a várias áreas do direito. Talvez seja por essa razão que Posner fez a afirmação também não modesta a seguir (2011, p. 4):

Antes do lançamento do *Journal of Law and Economics*, não era possível afirmar que a teoria econômica do direito existia. Por outro lado, depois da publicação de meu livro, não era mais possível negar a existência dessa teoria, ainda que se pudesse deplorá-la.

De fato, Posner tem uma importância inegável para o avanço da AED, sobretudo por defender a ousada ideia de maximização da riqueza, sobre a qual trata o item a seguir.

4.3 A ideia de maximização da riqueza

O pressuposto básico que orientou a versão mais ousada da AED, a defendida por Posner, foi a ideia de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as suas atividades que implicam alguma escolha.⁷ Dessa perspectiva, tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização. Além disso, as decisões não precisam ser conscientes para serem racionais, já que a racionalidade é considerada apenas uma adequação de meios e fins. Mas a riqueza não é sinônimo de felicidade utilitarista. Ela é moralmente superior. Para Posner, a busca da riqueza, uma vez que fundada no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que a que se vê no utilitarismo. É que, se a felicidade depender de que as pessoas tenham bens materiais e oportunidades, a política utilitarista fará de tudo para garantir tais coisas. E se para aumentar a felicidade for necessário desconsiderar direitos, isso também será feito.⁸

A melhor forma de explicar porque a maximização da riqueza não é um mero substituto para a maximização da utilidade é por meio de exemplos. Imaginemos que há

⁷ Todas as pessoas, exceto crianças bem novas e pessoas que sofrem graves distúrbios mentais.

⁸ O utilitarismo pode levar à prática de “monstruosidades morais” tanto no nível das escolhas pessoais quanto no das escolhas sociais. No primeiro deles, é possível que o utilitarismo aprove a seguinte afirmação: uma pessoa *A* que gasta seu tempo livre em jogos de cartas seria um ser humano melhor que a pessoa *B*, que gasta seu tempo limpando seu quintal. É que a atividade de *A* acrescenta-lhe mais felicidade que a de *B*. Quanto ao nível das escolhas sociais, imaginemos a seguinte situação: uma determinada comunidade política resolve exterminar um grupo minoritário odiado pela maioria de sua população ao argumento de que a extinção daquele grupo geraria o desaparecimento do ódio e um aumento da felicidade da maioria. O utilitarista dificilmente condenaria tal prática, muito embora pudesse chamar a atenção dos seus custos psicológicos.

um relógio à venda por \$10 mil e que *A* está disposto a pagar esse valor por ele. Imaginemos também que *B* não quer pagar esse valor, mas que está disposto a roubá-lo e a pagar uma fiança de \$30.000,00, caso venha a ser preso. A escolha de *A* é moralmente superior, tendo em vista que, além de adquirir a mercadoria, ele estará beneficiando outra pessoa, o dono do relógio. *B*, ao furtar o relógio, não beneficia ninguém, a não ser a si mesmo, no sentido de maximizar sua felicidade, o que um utilitarista acataria. Observe-se que, ao valorizar uma mercadoria, no sentido anteriormente descrito, uma pessoa estará respeitando direitos individuais de terceiros, o que não ocorreria no utilitarismo, dado o fato de que o furto pode ser uma fonte de maximização da felicidade.

O raciocínio básico da maximização da riqueza é ilustrado pelo próprio Posner na passagem seguinte (2007b, p. 477-478):

A 'riqueza' em 'maximização da riqueza' refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). Se *A* estiver disposto a pagar até \$100 pela coleção de selos de *B*, ela vale \$100 para *A*. Se *B* estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preço acima de \$90, ela vale \$90 para *B*. Portanto, se *B* vender a coleção de selos para *A* (digamos por \$100, mas qualitativamente a análise não é afetada por nenhum preço entre \$90 e \$100 – e é somente dentro desses limites de variação que a transação vai ocorrer), a riqueza da sociedade aumentará em \$10. Antes da transação, *A* tinha \$100 em espécie, e *B* tinha uma coleção de selos valendo \$90 (um total de \$190); depois da transação, *A* tem uma coleção de selos que vale \$100 em espécie (um total de \$200). A transação não vai aumentar a riqueza calculada – o produto interno bruto, a renda nacional ou coisas do gênero – em \$10; não vai aumentá-la em nada a menos que a transação seja contabilizada e, se assim o for, é provável que aumente a riqueza calculada ao preço de compra total de \$100. Contudo, o verdadeiro acréscimo à riqueza social consiste no incremento de \$10 em satisfação *não-pecuniária* que *A* extrai da compra, comparado ao de *B*.

Essa abordagem insiste que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam considerados para decidir o que é uma norma ou prática eficiente. Sua pecuniarização possibilita uma comparação entre eles, traduzindo-os em uma unidade comum, o dinheiro. A aplicação da maximização da riqueza a doutrinas jurídicas e temas do *common law* foi proposta em vários livros e textos. Para ilustrar, vejamos o caso da discriminação no ambiente de trabalho.

Para Posner, leis contra discriminação no mercado de trabalho são dispendiosas, mesmo quando impostas a empregadores que de fato discriminem pessoas. É que o empregador pode ser obrigado a pagar um salário mais alto aos trabalhadores brancos que

tenham inclinação para a discriminação e que tenham oportunidades de emprego atraentes em outras empresas ou locais onde não haja empregados negros. Mesmo se isso não existir, haveria uma grande chance de custos não pecuniários, na forma de convívio social indesejado e desagradável. O argumento de que a contratação de negros traria vantagens econômicas às empresas devido ao aumento do comércio com os clientes negros não prospera, segundo Posner. É que, em sua análise, se tal ganho fosse provável ou realmente existisse, provavelmente os negros teriam sido contratados sem que leis precisassem impor sua contratação. Qual seria o remédio judicial, segundo Posner, adequado em caso de discriminação no mercado de trabalho, no qual se tenha constatado real violação da lei? Eis sua resposta (2010a, p. 426-427):

Se o empregador praticou discriminação contra negros, deveria a meu ver, ser obrigado a pagar indenização por perdas e danos a todos os indivíduos negros que tenha discriminado (talvez com valor dobrado ou triplicado, para facilitar a execução da lei em casos de indenizações pequenas). Esse tipo de sentença, compensatória e preventiva, parece preferível a um remédio judicial que obrigasse o empregador a contratar uma quantidade ou porcentagem determinada de negros; pois isso o forçaria a demitir funcionários brancos, ou, o que dá na mesma, favorecer os candidatos negros em detrimento dos brancos até o cumprimento da cota estipulada. Uma sentença desse tipo, ao impor custos aos empregados brancos (pessoas possivelmente desprovidas de preconceitos raciais) para melhorar as condições de vida dos trabalhadores negros, funciona como uma forma extravagante e contraproducente de tributação da classe trabalhadora negra. Além disso, muitos negros que se beneficiarão da sentença podem não ter sofrido discriminação por parte da empresa, e muitos dos que sofreram podem não se beneficiar da sentença.

Consideremos, agora, a situação em que a responsabilidade pela discriminação é tanto dos empregados quanto do empregador. Imaginemos que empregados brancos tenham impedido a entrada de negros em seu sindicato ou associação, e o motivo da discriminação pelo empregador tenha sido indireto, pois ele não contratou negros devido a discriminação dos seus empregados. “Nesse caso”, diz Posner, “o remédio judicial consiste em obrigar os trabalhadores ou o sindicato a pagarem indenização por perdas e danos. Mais uma vez, a imposição judicial da obrigação de fazer seria inadequada” (2010a, p. 427).

Imaginemos também a situação de uma fábrica que, localizada próximo a uma pequena cidade, esteja poluindo o meio ambiente e, com isso, reduzindo em \$2 milhões o valor das propriedades locais, mas que, se obrigada a mudar de lugar, teria um prejuízo de \$3 milhões. Segundo a maximização de riqueza, a fábrica deveria ganhar a causa, a despeito da infelicidade dos proprietários das áreas e edificações locais. Imaginemos,

agora, que os proprietários locais são pessoas ricas. Nesse caso, se a fábrica fechar, os trabalhadores terão grandes prejuízos e pequenos empresários locais irão à falência. Assim, como diz Posner, a decisão que obrigue a fábrica a mudar-se será eficiente, mas é muito provável que esta decisão não maximize a felicidade.

5 A REVIRAVOLTA PRAGMÁTICA DE RICHARD A. POSNER: O PRAGMATISMO COTIDIANO

No início da década de 1990, Posner realizou um manifesto pragmático “contra os defensores da autonomia e da objetividade do direito – os formalistas, como poderíamos chamá-los, pois a essência do formalismo está em conceber o direito como um sistema de relações entre ideias, e não como uma prática social” (2007b, p. 607-608). Se, desde 1973, Posner acreditava que a maximização da riqueza poderia ser um princípio ético abrangente no qual o direito e o raciocínio jurídico deveriam se basear, a partir do final de 1980, ele já não está tão convencido disso. Em *Problemas de Filosofia do Direito*, ele declara: “cabe afirmar que os alicerces de um princípio abrangente para a solução das disputas jurídicas estão podres, o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos” (2007b, p. 526). O “princípio abrangente” seria a maximização da riqueza e seus “alicerces”, os instrumentos e conceitos da Economia. Portanto, a partir dessa obra, Posner, que partiu do pragmatismo puro para a AED, dando-lhe cientificidade, volta agora a ele, o que pode ser figurado num movimento pendular, inclusive com a força de retorno acentuada.

Mas, afinal, quem seriam esses defensores da autonomia e da objetividade do direito – os formalistas? Os próprios teóricos da economia do direito. Posner, passa a considerar que a teoria econômica do direito substituiu o conceitualismo jurídico pelo econômico (2009, p. 2). Ou seja: a AED – pelo menos sua primeira geração, a Escola de Chicago – teria ido longe demais, se afastando do mundo dos fatos para o qual o pragmatismo, a quem a ele desejou sofisticar, chamava tanto a atenção. Por essa razão, os teóricos econômicos do Direito, sobretudo os ligados à Escola de Chicago, teriam se tornado, curiosamente, formalistas. Isto porque eles passaram a acreditar que a Economia tinha todas as respostas ao Direito. Como isso, “as decisões judiciais”, afirma Posner, “passam a ser avaliadas por sua conformidade com a teoria econômica, mas numa esfera ainda bem distante dos fatos” (2009, p. 2). Acrescenta ele (2009, p.19):

Imagino que, no máximo, os profissionais do direito e os juízes possam vir a aceitar a ideia de que a economia deve orientar as decisões judiciais em todos os casos nos quais a Constituição ou a legislação não apresentem a isso nenhuma objeção inequívoca. Na prática, a comunidade do direito aceitaria os métodos investigativos dos economistas. Mas a decisão de fazer a economia a lógica do direito não pode ser derivada, ela mesma, da economia, assim como a decisão de ser científico não pode ser derivada da ciência.

Foi por essa razão que Posner renunciou à AED em favor de uma análise mais pragmática voltada a uma abordagem mais consequencialista. O “antídoto” para o conceitualismo econômico é o pragmatismo (2009, p. 2). Mas a AED não é abandonada por completo. Na verdade, Posner passa a considerar a maximização da riqueza apenas um entre outros fundamentos do pragmatismo, sendo, portanto, apenas mais um método, entre outros possíveis. Como ele diz, com o pragmatismo que adota, “uma certa concepção de economia cai por terra, mas não o projeto da ‘teoria econômica’. Não porque este é o meu projeto, mas porque é um exemplo perfeito de aplicação da ética da investigação científica – pragmaticamente compreendida – ao direito” (2009, p.16).

A força do pragmatismo de John Dewey tinha enfraquecido no final da década de 1960. Nas duas décadas seguintes, o Pragmatismo reapareceu em sua versão contemporânea, representado por autores como Donald Davidson, Hilary Putnam e Richard Rorty na filosofia e Stanley Fish, na crítica literária. Não é adequado, porém, denominar esses pensadores de neopragmatistas, tendo em vista a profundidade das diferenças entre eles e os primeiros pragmatistas e a que é perceptível entre esses próprios novos autores. Como diz Posner (2009, p. 417):

Mais útil que tentar identificar e comparar escolas antigas e novas do pragmatismo é observar simplesmente que as qualidades do pragmatismo são mais bem percebidas hoje do que a trinta anos antes e que isso se deve ao fracasso das outras filosofias, como o positivismo lógico, em cumprir aquilo que prometeram, assim como a um crescente reconhecimento de que as qualidades dessas filosofias residem em características compartilhadas com o pragmatismo. Entre estas, estão a hostilidade à metafísica e a simpatia para com os métodos da ciência, por oposição a fé no poder da ciência de tomar o lugar da religião como definidora das verdades definitivas.

O valor do Pragmatismo talvez esteja na manutenção dos debates sobre os temas analisados e não no encerramento prematuro das discussões geradas sobre esses temas. Talvez esteja não na desconfiança, mas na permanente tentativa de incrementar o conhecimento e a compreensão de um objeto. Por isso, o processo de construção do entendimento está sempre aberto ao pragmatista. Contudo, o modo de analisar ou reanalisar a “verdade” acerca das consequências do sim e do não a serem dados como

respostas a questões como o direito de privacidade, liberdade e igualdade são questões práticas e empíricas. “A realidade objetiva”, diz Posner, “não é a pedra de toque da ideia de objetividade pragmatista” (2009, p. 420-421):

O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas devem ser respondidas mediante a investigação das relações entre conceitos e, portanto, sem necessidade mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão anti-pragmática quanto anti-empírica.

Em oposição a um pragmatismo ortodoxo, filosófico ou “academizado”, Posner passou a seguir o que ele chama de pragmatismo cotidiano, “uma prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhos utópicos”. Esclarece Posner (2009, p. 40):

O sentido cotidiano de ‘pragmático’, destituído de insinuações cínicas, é compatível com o sentido filosófico apesar de independente dele. As diferenças são em grande parte institucionais. O discurso filosófico do pragmatismo é acadêmico, sutil, complexo e realizado num vocabulário técnico proibitivo. (Ele também tende a ser contemplativo em vez de orientado para a ação. O pragmatista cotidiano usa o senso comum para resolver problemas; o filósofo pragmatista explica por que este é um procedimento sensato).

Esse pragmatismo, diferentemente da AED, não teria limites morais. Lembre-se que Posner afirmava que essa era a grande diferença da AED para o utilitarismo (2010b, p. 43):

[A] ênfase no pragmatismo cotidiano traz para o centro da discussão a crítica mais comum de o pragmatismo como um guia de comportamento: sua falta de limites morais [...] É bem verdade que o pragmatismo, do tipo filosófico ou cotidiano, e seja o primeiro ortodoxo ou não ortodoxo, não possui limites morais. Mas vejo isso não como uma crítica, mas como um passo essencial para reenfocar a teoria legal e política. O pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho. Se a ação política for para ser restringida, isso tem que ser por fatores psicológicos, profissionais e institucionais em vez de por uma conversa que leve a um consenso moral e político. Devemos aceitar a pluralidade irreduzível de metas e preferências dentro de uma comunidade moralmente heterogênea ... e prosseguir a partir desse ponto.

Para o pragmatismo cotidiano, o que importa é o que “funciona” para o propósito de maximizar as distintas aspirações humanas. Ele é completamente antifundacionalista. Ou seja: não considera a existência de um método que seja capaz de fixar fundamentos inabaláveis para o agir humano. Com isso, Posner busca desfazer a relação de prioridade entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico. O pragmatismo precisa ser uma questão de atitude, não de vínculo a fundamentos ou argumentos acadêmicos e

herméticos. Seu pragmatismo é cotidiano no sentido popular da expressão. É aquele raciocínio que qualquer cidadão comum é capaz de ter quando busca uma solução para questões práticas. Trata-se de uma concepção antiteórica em sua essência, orientada para ação do dia-a-dia. Consiste exatamente “na projeção da idiosincrasia média norte-americana, assumindo caráter de concepção contextual autocompreendida como não teorizada” (2010b, p. 50). Como ele já tinha declarado antes, o agir pragmático “crê no progresso sem se fingir capaz de defini-lo e acredita na possibilidade de alcançá-lo através da ação humana calculada” (2009, p. 5).

6 CONCLUSÃO

Do que foi exposto, extrai-se a seguinte conclusão fundamental: o Pragmatismo, seja ele filosófico seja jurídico, possui uma relação evidente com a AED. Não está claro se a Escola de Chicago foi inteiramente – ou a maioria dos seus membros – influenciada pelo pragmatismo filosófico ou pelo pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. O certo é que Richar A. Posner foi. Não obstante isso, a AED é, em sim, uma abordagem pragmática. Ela é o oposto do formalismo legal, embora possa ser acusada de ser formalista como ciência, isto é, como um saber desvinculado da prática.

Com o abandono da AED como princípio ético, Posner enfatiza sua postura antifundacional. Essa postura só poderia levá-lo a um pragmatismo de alto teor, que refuta qualquer princípio ético que coordene a razão prática. Se no pragmatismo cotidiano houver algum princípio, ele não será irrefutável, mas contingente, já que a própria razão prática é inarticulada. O fato de Posner não ter refutado completamente a AED só confirma tudo isso. Ela ainda tem um papel, embora circunstancial, por ser apenas mais um instrumento, como a lógica o é.

Essa guinada equivale, como se afirmou na introdução, a um movimento de retorno de um pêndulo que, a propósito, retornou com mais força, já que Posner, ao sustentar um pragmatismo cotidiano e extremo, rejeita até mesmo o pragmatismo filosófico ou jurídico do qual a própria AED, da qual ele era um dos maiores entusiastas, partira. Ainda assim, AED continua tendo uma relação com o pragmatismo cotidiano, já que ele não a rejeita, pelo menos não completamente.

Isso tudo nos permite concluir que a metáfora do pêndulo é apropriada. Um pêndulo, em Mecânica, é um instrumento que oscila em torno de um ponto fixo. Se o pragmatismo cotidiano é o retorno do pêndulo de Posner, o ponto fixo dele é o pragmatismo em geral, já que a maximização da riqueza, como vertente radical da AED, é, em si, uma abordagem pragmática. Como o próprio Posner afirma, “a economia imagina o indivíduo não como ‘homem econômico’, mas como pragmatista” (2009, p. 16). Saber, porém, se esse pêndulo vai continuar movimentando-se é algo que apenas o tempo nos dirá, embora eu seja cético quanto a isto.

REFERÊNCIAS

CALABRESI, Guido. “**Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**”. Yale Law Journal. Vol. 70, n. 4, 1961, p. 499-553.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of Judicial Process**. Dover: Dover Publications, 2012.

CHOW, Daniel C.K. “**A Pragmatic Model of Law**”. Washington Law Review. Vol. 65, 1992, p. 775-825.

COASE, Ronald H. “**The Problem of Social Cost**”. Journal of Law and Economic. Vol. 3, 1961, p. 1-69.

FREIRE, Alonso. “**Odisseu ou Hércules? Sobre o Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner**”. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. N. 3, 2011, p. 21-45. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1996/2179> Acesso em: 16 jul. 2015.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. “**The Path of the Law**”. Harvard Law Review. Vol. 10, n. 8, 1897, p. 457-478.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

LANCASTER, Robert. “**A Note on Pierce, Pragmatism, and Jurisprudence**”. Journal of Public Law. Vol. 7, n. 1, 1958, p. 13-19.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond**. 2nd. Princeton: Princeton University Press, 2006.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. WMF Martins Fontes, 2010a.

_____. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Forense, 2010b.

_____. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen Publishers, 2007a.

_____. **Fronteiras da Justiça**. WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Para Além do Direito**. WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

SAVARESE, Ralph J. “**American Legal Realism**”. *Houston Law Review*. Vol. 03, 1966, p. 180-200.

SPEZIALE, Marcia. “**Langdell’s Concept of Law as Science: the Beginning of Anti-formalism in American Legal Theory**”. *Vermont Law Review*. Vol. 5, n.01, 1980, p. 1-38