



Tiago Penna Braga

A Autonomia do Direito nas Propostas Pragmatistas de Richard Posner e de Stanley Fish

Dissertação de Mestrado em Direito
Menção em Ciências Jurídico-Filosóficas

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**A AUTONOMIA DO DIREITO NAS PROPOSTAS PRAGMATISTAS DE
RICHARD POSNER E DE STANLEY FISH**

Tiago Penna Braga

COIMBRA

2018

TIAGO PENNA BRAGA

**A AUTONOMIA DO DIREITO NAS PROPOSTAS PRAGMATISTAS DE
RICHARD POSNER E DE STANLEY FISH**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Menção
em Ciências Jurídico-filosóficas, sob a
orientação do Senhor Doutor José Manuel
Aroso Linhares.

COIMBRA

2018

RESUMO

Depois de identificar algumas nuances e equívocos envolvendo o problema da autonomia do direito, em especial a sua identificação à tese da separação entre o direito e a moral ou à autonomia formal das propostas normativistas, propõe-se o seu enfrentamento a partir da teoria de Castanheira Neves, que enxerga a universalidade do direito como um problema para defender a autonomia material do direito como normatividade prática. A partir desta proposta analisam-se as teorias de Richard Posner e Stanley Fish, ambas as quais se denominam pragmatistas.

A teoria de Posner é sintetizada a partir das linhas gerais da sua “Análise Econômica do Direito” até a sua “viragem pragmática”. O pragmatismo de Posner é apresentado a partir da sua teoria da decisão judicial, com forte influência de Holmes, em que defende que o julgador deva decidir de acordo com as melhores consequências da decisão. No momento descritivo, o pragmatismo de Posner se propõe pensar por elementos de uma “teoria da previsão”. No momento normativo, defende que as teorias (ciências como a economia, a sociologia e a psicologia, entre outras) externas ao direito devam ser convocadas pela prática jurídica para a resolução dos casos difíceis, existentes na área aberta, num horizonte de superação do direito. O pragmatismo de Posner pode ser classificado como um funcionalismo, negando a autonomia do direito, ainda que admita a possibilidade de decisões normativistas, com interpretações textuais, nos casos fáceis quando as consequências sistêmicas assim exigirem.

Já Fish defende existir uma separação disciplinar radical entre as diversas áreas do conhecimento, intencionalmente definidas, a qual separa também a teoria e a prática do direito, sendo o direito autônomo em relação a outras disciplinas (inclusive em relação à teoria do direito) em razão dos códigos retóricos que o possibilitam dentro da comunidade interpretativa dos juristas. Sua teoria da interpretação literária permite perceber também o direito como disciplina autônoma retórica e culturalmente determinada. Todavia, ele identifica a retórica jurídica de autonomização disciplinar ao manejo pelos juristas dos códigos formalistas. Por este motivo, seu pensamento crítico não consegue formular (sequer de forma incipiente) uma teoria do direito que o compreenda com um

sentido normativo material.

Palavras-chave:

Direito – Moral – Normativismo – Funcionalismo – Jurisprudencialismo – Universalidade
– Autonomia – Análise Econômica – Maximização da riqueza – Pragmatismo – Texto –
Interpretação – Comunidades interpretativas – Filosofia do Direito

ABSTRACT

After identifying some nuances and equivocalities concerning the problem of law's autonomy, specially its identification with the separation thesis between law and morals or with the formal autonomy of the normativistic theories, we face them on the point of view of Castanheira Neves's theory, which treats law's claim to universality as a problem in order to present law's substantive autonomy as practical normativity. With this background we analyze Richard Posner's and Stanley Fish's pragmatist theories.

Posner's theory is presented from the "Economic Analysis of Law" until its "pragmatic turn". Posner's pragmatism is shown through his judicial decision theory, strongly influenced by Holmes, in which he defends that the judge should decide according to the best consequences available. In the theory's descriptive part, Posner's pragmatism intends to achieve aspects of a "prediction theory". In its normative part, it argues that the theories (sciences like economy, sociology, psychology and others) outside the law should be used by legal practice to solve the difficult cases, which are the ones in the "open area", purposing to overcome law. Posner's pragmatism may be characterized as a kind of functionalism, as it denies law's autonomy, even if it concedes the possibility of legalistic judgments, with textual interpretations on the easy cases, when the systemic consequences so demand.

Fish, on the other hand, defends the existence of a radical disciplinary separation between the several areas of knowledge, purposefully established, which also separates law's theory and practice, making law autonomous in relation to other disciplines (including in relation to law's theory) because of the rhetoric codes that enable it inside the lawyers' interpretive community. His interpretation theory also makes us understand law as an autonomous discipline, rhetorically and culturally determined. Nevertheless, he identifies law's disciplinary autonomization rhetoric with the lawyer's using the formalist codes. That is why his critical thought is not able to create (not even in a superficial way) a theory of law that understands it with a substantive normative meaning.

Keywords:

Law – Morals – Normativism – Functionalism – Jurisprudencialism – Universality –
Autonomy – Economic Analysis – Wealth maximization – Pragmatism – Text –
Interpretation – Interpretive communities – Jurisprudence

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - A teoria de Richard Posner da análise econômica ao pragmatismo	
1.1) Visão geral sobre a análise econômica do direito de Posner	29
1.2) A viragem pragmática	36
1.3) Teoria e interdisciplinaridade: do pragmatismo ao realismo	49
CAPÍTULO 2 - Da inexistência do texto à separação disciplinar entre teoria e prática: uma síntese da anti-teoria de Stanley Fish e de sua visão sobre o direito	
2.1) Da “literatura no leitor” às comunidades interpretativas: as bases (teóricas?) do pragmatismo anti-teórico.....	56
2.2) O debate entre Fish e Dworkin	
2.2.1) Direito e literatura e o “romance em cadeia”	64
2.2.2) Da objetividade do texto à separação entre teoria e prática	68
2.3) A “teoria” de Fish sobre o direito: o direito como a reafirmação retórica de sua autonomia disciplinar.....	71
CAPÍTULO 3 - Posner e Fish: diálogos possíveis e divergências fundamentais na compreensão da autonomia do direito	
3.1) Posner por Fish: existe um texto no tribunal de Posner?	76
3.2) Fish por Posner: um pragmatismo sem princípios, sem fundamentos e sem	

consequências práticas	79
 3.3) A autonomia do direito no pensamento de Stanley Fish e Richard Posner.....	83
CONCLUSÃO	88

INTRODUÇÃO

A autonomia do direito é questão que se coloca desde que este se propõe como disciplina prática, convocando respostas que abordam os mais variados temas não menos problemáticos, como o conceito do direito e a sua forma, a sua função, a separação entre o direito e a moral e os seus fundamentos¹.

É central, na análise de tais problemas, o modo como se trata da universalidade do direito, muitas vezes pressuposta de forma aproblemática. Como se verá, olhar para a universalidade do direito como um problema possibilita pensar o direito, ao mesmo tempo, como disciplina prática e reflexiva, materialmente autônoma em seus fundamentos axiológicos, é dizer, pensar o direito como validade².

Antes, no entanto, é importante afastar alguns equívocos que o problema da autonomia possa suscitar³. No cenário anglo-saxão, por exemplo, destaca-se a centralidade

¹ Segue-se no texto, de forma geral (e resumida, adiantem-se as escusas pelas eventuais omissões e simplificações que os limites intencionais do presente trabalho nos impuseram), a proposta de José Manuel Aroso Linhares desenvolvida no relatório que permitiu que se orientassem de forma ampla (mas, por isso, não menos aprofundada) as reflexões da disciplina de Filosofia do Direito cursada no Mestrado em Direito da Universidade de Coimbra: LINHARES, José Manuel Aroso. *O direito como mundo prático autônomo: equívocos e possibilidades – Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito*, Coimbra, 2013, policop.).

² “Desde logo, a *exigência de fundamento* para todas as pretensões que na intersubjetividade da coexistência eu dirija aos outros e os outros me dirijam a mim. Um *fundamento* é a expressão de uma *ratio* em que se afirma uma *validade – é argumentum* de validade. E a validade é a manifestação de um sentido normativo (de um valor ou de um princípio) transindividual (...)” NEVES, António Castanheira. “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito” in *Digesta – escritos acerca do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, v. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 38. Sobre o sentido material do direito como validade no reconhecimento intencional comunitário do ser humano como pessoa: NEVES, António Castanheira. “Justiça e Direito” in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 241-286, publicado originalmente no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, 1976, p. 205-269. Ver ainda: NEVES, António Castanheira. “O direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista” in *Revista de legislação e de jurisprudência*, n. 3984, Coimbra: Coimbra Editora, jan/fev de 2014, p. 154-175.

³ Conforme ensina José Manuel Aroso Linhares, dois equívocos relevantes se identificam atualmente. O primeiro é tratar do problema da autonomia do direito como questão que se possa formular e responder tendo por pressuposto o arcabouço teórico das propostas normativistas ou formalistas. É dizer, para alguns, pensar em autonomia do direito é sempre buscar uma autonomia formal. Assim, utilizam-se do conceito de autonomia para criticar as propostas teóricas que a defendem. O segundo é o que entende a pergunta como direcionada à questão da separação entre direito e moral e a consequente classificação das teorias jusfilosóficas entre positivistas e não-positivistas – e suas subclasses (LINHARES, José Manuel Aroso. “*Law’s cultural project and the claim to universality or the equivocalities of a familiar debate*” in *International Journal of the Semiotics of Law*, n. 25, dez. 2011, p. 499-501). O primeiro equívoco será tratado mais adiante.

teórica (ou metateórica) da tese da separação entre direito e moral (“*the separation thesis*”). Com importante formulação na teoria de John Austin, segundo a qual a existência do direito não se confunde com o seu mérito ou demérito⁴, a tese da separação entre o direito e a moral foi revigorada na reformulação de Hart⁵ e questionada por Dworkin⁶. As respostas ao questionamento de Dworkin permitiram que se tratasse da separação entre o direito e a moral como forma de classificar as teorias contemporâneas entre positivistas e não-positivistas⁷, com suas subclasses, includentes e excludentes⁸.

Waluchow sintetiza a questão no que diz respeito aos positivismos: para os positivismos excludentes, o conceito do direito necessariamente deveria excluir a utilização de critérios morais; para os positivismos includentes, o direito poderia ou não incluir critérios morais⁹.

⁴ AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture 5, London: Weidenfeld & Nicholson, 1954, primeira edição de 1832 *apud* WALUCHOW, Wilfrid. “*Legal positivism, inclusive versus exclusive*” in Routledge Encyclopedia of Philosophy, Taylor and Francis, 2001, p. 3, disponível on-line em <<https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/legal-positivism-inclusive-versus-exclusive/v-1>>, último acesso em 08 mai. 2018.

⁵ Vide HART, Herbert. *The concept of law*, 2. ed., New York: Clarendon Press, 1994 e HART, Herbert. “*Positivism and the separation of law and morals*” in Harvard Law Review, vol. 71, n. 4, 1958, p. 593-629.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. Para uma discussão, especialmente dos artigos *Model of Rules I* e *Model of Rules II*, defendendo o positivismo convencionalista da regra de reconhecimento como regra social: COLEMAN, Jules. “*Negative and positive positivism*” in The Journal of Legal Studies, v. 11, n. 1, Chicago: The University of Chicago Press, jan. 1982, p. 139-164.

⁷ “*The controversy between positivism and non-positivism is a dispute about the relationship between law and morality. All positivists defend the separation thesis. In its most general form, the thesis says that there is no necessary connection between the law as it is and the law as it ought to be. In a more precise version, it states that there is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other. By contrast, all non-positivists defend the connection thesis, which says that there is a necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other*” (ALEXY, Robert. “*On the concept and the nature of law*” in Ratio Juris, v. 21, n. 3, 2008, p. 284-285).

⁸ Classificação que, apresentada em linhas gerais, não pretende excluir a formulação do positivismo includente incorporacionista de Jules Coleman nem o não-positivismo superincludente de Kant, este último assim entendido a partir da classificação de Alexy, que se verá a seguir.

⁹ “*So the conceptual version of legal positivism comes in at least two sharply different varieties: Inclusive and Exclusive Positivism. The theories of Hart, Austin and Bentham are versions of the former, Raz’s theory an instance of the latter. At the risk of oversimplification, we might characterize these two conceptual versions of positivism as follows:*

Exclusive Legal Positivism: *As a matter of conceptual necessity, determinations of law can never be a function of moral considerations.*

Inclusive Legal Positivism: *It is conceptually possible, but not necessary, that determinations of law can be a function of moral considerations*” (WALUCHOW, Wilfrid, “*The many faces of legal positivism*” in The University of Toronto Law Journal, vol. 48, n. 3, 1998, p. 394). Ver também: WALUCHOW, Wilfrid. “*Legal positivism, inclusive versus exclusive*”, *op. cit.*

Neste quadro, os positivistas excludentes estariam aptos a defender a “tese da autonomia” (“*the autonomy thesis*”) segundo a qual o direito seria uma forma de razão prática capaz de desenvolver o seu propósito em razão de sua autonomia em relação à moral e à política¹⁰.

Tal tese pode ser definida como uma síntese da conclusão a que chega Joseph Raz, positivista excludente, que parte de um certo sentido de autoridade para fundamentar a validade do direito¹¹. Para ele, a essência do direito seria a sua autoridade, estabelecida pela forma como o direito presta um serviço à sociedade, o serviço de fornecer razões para o agir. Assim, diante de uma dúvida sobre o que fazer, a moral forneceria razões de primeira ordem (“*first-order reasons*”), as quais, após sopesadas, forneceria uma resposta. No entanto, é possível pensar em delegar-se o serviço de apresentar razões para um corpo de profissionais especializados, os quais apresentariam, então, razões de segunda ordem (“*second-order reasons*”). Estas seriam as razões do direito e o serviço de apresentá-las seria o fundamento da sua autoridade. Por isso, para Raz, a autoridade do direito dependeria da sua autonomia em relação à moral.

Já os positivistas incluídos rejeitam a necessidade da separação entre direito e moral, admitindo a existência de sistemas jurídicos em que a moral esteja prevista na regra de reconhecimento como fundamentos de decisões jurídicas, como no caso da Constituição dos Estados Unidos, que prevê o critério do devido processo legal. Além disso, nos casos difíceis, a serem decididos na “área aberta” do direito, a decisão discricionária do julgador, para os positivistas incluídos, poderia convocar validamente critérios morais.

¹⁰ Segundo a formulação de Gerald Postema (utilizada como ponto de partida para a crítica que faz da teoria de Joseph Raz), de acordo com a “tese da autonomia”, “*legal reasoning is a viable and vital form of public practical reasoning that is able to serve the task assigned to it because of its autonomy from moral and political reasoning. This autonomy consists, roughly, in the fact that the existence, content, and practical force of the norms from which legal reasoning proceeds are determined by criteria that make no essential reference to considerations of political morality, and so legal reasoning can proceed entirely without engaging in arguments of political morality*” (POSTEMA, Gerald. “*Law’s autonomy and public practical reasoning*” in GEORGE, Robert (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford University Press, 1996, p. 80 apud WALUCHOW, Wilfrid. “*The many faces of legal positivism*”, op. cit., p. 431).

¹¹ RAZ, Joseph. “*Authority and Justification*” in *Philosophy and Public Affairs*, n. 14, 1985, p. 3 e RAZ, Joseph. “*Authority, Law and Morality*” in *The Monist*, n. 68, 1985, p. 295 ambos na citação de WALUCHOW, Wilfrid. “*Legal positivism, inclusive versus exclusive*”, op. cit., p. 7-9.

Para os não-positivismos, Alexy formula uma proposta classificatória com uma certa simetria, para enquadrar a sua própria teoria como não-positivista includente. Para ele, o não-positivismo reconheceria uma conexão com a moral como necessária e essencial para a definição do direito, havendo, contudo, não-positivistas que entendem que uma solução jurídica injusta (imoral) seria necessariamente inválida (não-positivistas excludentes) e não-positivistas que, malgrado a conexão necessária entre o direito e a moral, entendem que podem ser admitidas soluções jurídicas imorais em alguns casos, mas não em outros (não-positivistas includentes)¹².

Esta seria a posição de Alexy: sua teoria seria não-positivista, haja vista a sua concepção da natureza dual do direito, segundo a qual o direito teria necessariamente uma dimensão real e uma dimensão ideal, nas quais, ao lado da pretensão de certeza (da dimensão real), o direito formularia sempre uma pretensão de correção moral (da dimensão ideal)¹³; e seria não-positivista includente porque admitiria a existência de soluções jurídicas imorais, exceto nos casos de injustiça extrema (segundo a sua leitura que faz da fórmula de Radbruch¹⁴), tendo em conta a prevalência *prima facie* da certeza sobre a correção¹⁵.

Nesta classificação, Alexy formula ainda uma subclasse específica para a

¹² ALEXY, Robert. “*On the concept and the nature of law*”, op. cit., p. 286-288.

¹³ “*The basis of non-positivism as defended here is the thesis that the single most essential feature of law is its dual nature. The thesis of the dual nature of law presupposes that there exist necessary properties of law belonging to its factual or real dimension, as well as necessary properties belonging to its ideal or critical dimension. Coercion is an essential feature found on the factual side, whereas the claim to correctness is constitutive of the ideal dimension*” (*ibidem*, p. 292). Vide também: ALEXY, Robert. “*The Dual Nature of Law*”, in *Ratio Juris*, vol. 23, n. 2, 2010, p. 167-182 e ALEXY, Robert. “*Certeza jurídica e correção*”, tradução de Ana Margarida Gaudêncio e Luís Menezes do Vale da conferência intitulada “*Legal certainty and correctness*” proferida por Alexy na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 30/10/2012, publicada no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXVIII, Tomo II, 2012, p. 481-497.

¹⁴ “*Perhaps the most important feature of the Radbruch formula as an expression of a non-positivistic concept of law is that it does not require any sort of complete fit as between law and morality. That is, appropriately issued and socially efficacious norms may well be valid law even where they prove to be severely unjust. It is only when the threshold of intolerable injustice is crossed that appropriately issued and socially efficacious norms lose their legal validity. In this way, the non-positivistic concept of law builds into law an outermost limit*” (ALEXY, Robert. “*On the concept and the nature of law*”, op. cit., p. 282).

¹⁵ “O ponto decisivo [sobre a possibilidade de decisões *contra legem* sem prejuízo à dimensão de certeza], tal como sucede com a ponderação de princípios em geral, é o grau de interferência com os princípios envolvidos, neste caso os princípios da certeza jurídica e da correção substantiva. Uma competência geral das autoridades aplicadoras do direito para controlar a correção do conteúdo interferiria desproporcionadamente com a certeza jurídica. Por esta razão, é necessária uma prioridade *prima facie* do lado autoritário ou institucional” (ALEXY, Robert. “*Certeza jurídica e correção*”, op. cit., p. 496).

teoria de Kant, a qual descreve como não positivista superincludente. Para Kant, após a escolha racional (determinada pela razão prática) de submissão ao direito positivo, não caberia mais ao indivíduo se valer de argumentos morais ou de direito natural contrários ao direito. Assim, a moral estaria conectada necessariamente à escolha autônoma necessária de um Estado de Direito que positivasse os direitos naturais e na validade do direito positivo pressuposto nesta condição original. No entanto, após a positivação do direito, não haveria, para Kant, a possibilidade de validamente descumpri-lo por razões morais¹⁶.

O equívoco de se tratar a questão da autonomia do direito a partir da tese da separação entre direito e moral é, por um lado, pensar na universalidade do direito de forma aproblemática e, por outro, imaginar que a principal questão (e o próprio sentido) do positivismo jurídico seja a forma como ele separa o direito da moral.

O positivismo jurídico tem diversas características mais relevantes para que se possa compreender de forma crítica o seu sentido. Em artigo clássico em que trata mesmo do positivismo e da separação do direito e da moral, Hart identificou inicialmente cinco concepções do positivismo. Em apenas uma delas a definição do positivismo se referia à tese da separação entre o direito e a moral¹⁷. Mesmo Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, apenas defende a separação do direito e da moral do ponto de vista da ciência do direito, pela impossibilidade de tratar da moral numa teoria do direito científica. Do ponto de vista da prática jurídica, Kelsen reconhece que geralmente a norma jurídica terá um sentido de uma determinada moral (em geral, a concepção moral do grupo dominante), o

¹⁶ “The crucial point of Kant’s argument is that the transition from non-positive law to positive law is as radical a step as one can conceive. Once a positive legal system is established, every form of resistance or disobedience by appeal to non-positive or natural rights is prohibited (...)” (ALEXY, Robert. “On the concept and the nature of law”, cit., p. 288).

¹⁷ “It may help to identify five (there may be more) meanings of “positivism” bandied about in contemporary jurisprudence: (i) the contention that laws are commands of human beings, (...), (2) the contention that there is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be, (...) (3) the contention that the analysis (or study of the meaning) of legal concepts is (a) worth pursuing and (b) to be distinguished from historical inquiries into the causes or origins of laws, from sociological inquiries into the relation of law and other social phenomena, and from the criticism or appraisal of law whether in terms of morals, social aims, “functions,” or otherwise, (...), (4) the contention that a legal system is a “closed logical system” in which correct legal decisions can be deduced by logical means from predetermined legal rules without reference to social aims, policies, moral standards, (...), and (5) the contention that moral judgments cannot be established or defended, as statements of facts can, by rational argument, evidence, or proof (“noncognitivism” in ethics) (...). Bentham and Austin held the views described in (i), (2), and (3) but not those in (4) and (5). Opinion (4) is often ascribed to analytical jurists (...), but I know of no “analyst” who held this view.” (HART, Herbert. “Positivism and the separation of law and morals”, op. cit., nota de rodapé 25, p. 601-602).

que, todavia, não deve ser objeto de estudo da ciência do direito, preocupada em conhecer e descrever o direito como norma¹⁸.

Com efeito, à “tese da separação” não pode ser atribuída a essência do positivismo¹⁹, sob pena de se ocultarem dimensões relevantes tanto à sua defesa quanto à sua crítica. Coleman mostra como o positivismo excludente e o jusnaturalismo podem ter muito mais dimensões comuns do que se poderia supor, sugerindo, ademais, que o positivismo includente e o positivismo excludente não apresentariam divergências num mesmo plano argumentativo, sustentando a sua visão positivista includente de um ponto de vista metateórico, que não se opõe diretamente ao positivismo excludente, de formulação apenas teórica. Com isso, pretende que se abandonem as discussões em torno da tese da separação como forma de “preparar o terreno” para que outras questões mais relevantes possam ser tratadas pela Filosofia do Direito²⁰.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado a partir do original *Reine Rechtslehre*, 2. ed., de 1960, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48-49. Percebe-se, portanto, que, para Kelsen, malgrado a teoria pura exigir a separação entre o direito e tudo o que não seja direito, ela o faz com um objetivo epistemológico que antecede a necessidade da separação. Assim, podemos dizer que, para Kelsen, o seu positivismo jurídico não seria definido pela tese da separação, mas sim pela elaboração de uma teoria científica do direito, que não ignora que direito e moral se entrelacem em diversas normas jurídicas (até pela pluralidade de morais existentes – a inexistência de uma moral absoluta é determinante no desenvolvimento por ele realizado), mas que, para descrever objetivamente o direito, se recusa a incluir esta relação em seu objeto.

¹⁹ Conforme também conclui Jules Coleman: “*The old distinctions have worn out their welcome. Emphasizing them at this point is distracting at best, and often more misleading than illuminating. The question then is whether there are any useful distinctions to be drawn among jurisprudential theories and whether attending to them will help us to further our understanding of the nature of law and to appreciate its role in the social and normative space*” (COLEMAN, Jules. “*Beyond inclusive legal positivism*” in *Ratio Iuris*, vol. 22, 3, 2009, p. 392).

²⁰ Ao que nos parece, a tese da separação e as discussões dela decorrentes pressupõem uma espécie de hipotético momento moral como ainda-não-jurídico, seja nas metáforas de origem do sistema jurídico, seja nas soluções morais para os problemas da área aberta. Em qualquer dos casos, a questão é proposta de uma perspectiva externa hipoteticamente ahistórica, o que nos faz, mais do que criticar as respostas, rejeitar a centralidade das perguntas. Em outra perspectiva e reforçando especialmente o momento moral do ainda-não-jurídico como semelhança relevante entre teorias tão distintas como a de Dworkin e a de Raz, Coleman também sugere que a tese da separação não deva ter tanta relevância, especialmente para a conceituação do direito: “*Whether this charitable interpretation of the natural law claim can be sustained will not detain us further, for our concern is not with whether we can make heads or tails of either legal positivism or natural law theory, but whether the separability thesis is of any use in our efforts to do so. I think not. We have formulated the separability thesis in a way that makes it invulnerable to Green’s objections to it, but in the course of doing so, we have identified a principle with which there is no reason to suppose the natural lawyer would disagree. At least we cannot charitably take the natural lawyer to be disagreeing with the separability thesis. Instead, he disagrees with the methodology he associates with positivism. The natural lawyer is not analyzing the general concept of law so much as he is offering a distinctive way of approaching jurisprudence and identifying a concept of law suitable for those tasks, the value of which depends upon its payoffs —payoffs I am inclined to believe are not, in any case, forthcoming*” (COLEMAN, Jules. *The architecture of jurisprudence – part I*, ensaio apresentado na 1st Conference on Philosophy and Law Neutrality and Theory of Law, Girona, 2010, p. 12-13, disponível on-line em <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/jules_coleman.pdf>, último

Do ponto de vista do presente trabalho, a insistência na centralidade da tese da separação (e a forma aproblemática das discussões que enseja), além de não ser capaz de definir o problema da autonomia do direito, prejudica a análise de duas dimensões centrais a uma reflexão crítica sobre o positivismo: (1) a questão metodológica²¹, que, no positivismo normativista, pressupõe um paradigma de aplicação, com a precedência do método lógico-dedutivo, a separação da questão de fato (aproblematicamente constituída por fatos discretos) da questão de direito (apurada abstratamente a partir da interpretação do texto); e (2) o problema da universalidade do direito, correlato à questão axiológica da necessidade de fundamentos normativos materiais para o sistema jurídico, no sentido de autotranscendência proposto por Castanheira Neves.

Na análise do problema da autonomia do direito, o primeiro ponto invoca um segundo equívoco, o equívoco de identificar a defesa da autonomia do direito apenas com a solução apresentada pelas propostas normativistas.

As propostas normativistas são as que compreendem o direito como um conjunto de normas²² e a normas, a princípio, como texto (com sentido abstratamente definido), mas essencialmente como *ratio*²³.

acesso em 15 mai. 2018). No artigo derivado deste ensaio Coleman defende que o positivismo incluyente e o positivismo excludente não se contradizem de modo tão fundamental porque argumentam em planos distintos. Enquanto o positivismo excludente defende que os determinantes dos fatos jurídicos sejam (necessariamente) sociais, o positivismo incluyente defende que os “determinantes dos determinantes” dos fatos jurídicos sejam sociais (por exemplo, a regra de reconhecimento) enquanto os determinantes dos fatos jurídicos possam ser fatos normativos (fatos morais incorporados pela regra de reconhecimento) ou fatos sociais. Ele propõe uma reformulação da arquitetura da filosofia do direito (“*jurisprudence*”) que rejeite a tese da separação para compreender melhor as teorias contemporâneas na busca de questões filosóficas mais gerais (metafísicas) no lugar da dicotomia positivismo vs. não-positivismo (COLEMAN, Jules. “*The architecture of jurisprudence*” in *The Yale Law Journal*, vol. 121, n. 1, 2011, p. 2-80, disponível on-line em <https://www.yalelawjournal.org/pdf/1009_3fvkd8i.pdf>, último acesso em 04 jun. 2018).

²¹ Na raiz do problema metodológico está a impossibilidade da realização do direito por aplicação de normas. Como ensina Castanheira Neves: “Sabemos que a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios. E não se confunde com essa mera aplicação, mesmo quando tenha em normas pressupostas o seu critério, porque na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativo-constitutivos (...) que convolam a mera *aplicação* de normas para uma verdadeira *criação* (constituição) de direito, posto que no quadro vinculante do direito vigente” (NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, *STVDIA IVRIDICA*, 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 17).

²² NEVES, António Castanheira. *Teoria do direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, policop., Coimbra, 1998, p. 37.

²³ Temos aqui como guia os sumários de José Manuel Aroso Linhares (LINHARES, José Manuel Aroso.

A identificação do direito com o texto, a identidade entre *ius* e *lex*, tem sua origem no pensamento na filosofia medieval, inspiração relevante das propostas normativistas²⁴. No entanto, somente após o juracionalismo iluminista²⁵ e a constituição política dos Estados de Direito (a que se seguiram as codificações), o normativismo pôde se consolidar, com sua expressão maior no positivismo formalista do século XIX.

O Iluminismo foi fundamental na definição da norma como *ratio*. Por meio da razão, a norma geral e abstrata seria capaz de igualar a juridicidade à “obediência de si próprio”, conjugando a vontade de todos e a vontade geral, conforme elaborou Rousseau²⁶. Também Kant, ao fundamentar o direito na “universalização racional das liberdades”, demanda um direito de normatividade racional, a partir de normas gerais, abstratas e formais²⁷.

A autonomia do direito é essencial às propostas normativistas. Para elas o direito compreende-se como “um *sistema de normas*, subsistente numa *autorracional normatividade*, *abstratamente* determinável e prévia à sua realização concreta”²⁸.

As propostas normativistas prezam pelo dogmatismo e pelo conceitualismo, buscando um sentido abstrato da autonomia do direito, que encontra a sua realização através do método lógico-dedutivo, do modelo de realização por aplicação, em que os problemas são objeto de subsunção ao sistema abstrato, ou seja, em que os problemas se

Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo – sumários desenvolvidos, policop., p. 10-53).

²⁴ Castanheira Neves afirma ser o pensamento dominante na Europa continental desde a escola dos comentadores: “O pensamento jurídico *normativístico* é-nos decerto facilmente compreensível, pois pode dizer-se que esse tipo de pensamento tem sido dominante – não obstante as suas modalidades e as importantes diferenciações históricas que nele hajam de fazer-se – na orientação e na formação jurídica europeias continentais desde a obra dogmática dos comentadores, no século XIV. Traduz-se ele numa redução dogmática e conceitual do jurídico, de modo a que este encontra a sua expressão imediata, de novo se diga, num sistema normativo abstrato logicamente elaborado e onde, portanto, as intenções lógico-sistemáticas assimilam as intenções estritamente jurídicas (prático-normativas) e tendem mesmo a substituir-se-lhes numa autonomia toda ela também lógica (lógica-conceitual) e sistemática” (NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, primeira edição publicada em 2002, p. 24).

²⁵ LINHARES, José Manuel Aroso. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo* – sumários desenvolvidos, cit., p. 27.

²⁶ *Ibidem*, p. 27-28.

²⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁸ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito, op. cit., p. 24.

reduzem a casos particulares de um abstrato geral²⁹. São a base da metodologia jurídica tradicional, que identificam a lei ao texto, com reflexos nas propostas mais recentes do neopositivismo do século XX, com sua “redução linguística do pensamento jurídico”³⁰.

Para o normativismo, o direito pode ser conhecido como um sistema fechado de normas, bastando, para a sua realização, a interpretação do sentido autorreferente das normas no sistema para a subsequente aplicação aos fatos discretos. A precisão conceitual buscada pelo dogmatismo normativista permitiria encontrar em abstrato – independente de qualquer teleologia ou sentido prático-normativo – tal sentido do direito, numa primeira operação (*prius*). Num segundo momento (*posterius*) a norma geral deveria ser simplesmente aplicada ao fato particular para que o direito se realizasse³¹. É dizer, a interpretação jurídica ocorreria de modo formalmente autônomo, num sentido hermenêutico-positivista, que buscaria o sentido do direito isoladamente no texto (mobilizando objetivos e critérios canônicos), não levando em consideração seu sentido prático-normativo³².

Este dualismo metodológico, ao descartar uma mediação normativo-juridicamente constitutiva, separa o “direito que é” do “direito que deve ser”³³ (como visto acima quando tratado da tese da separação entre direito e moral), fechando o direito num sistema autorreferente meramente formal, alienado da realidade social e econômica.

Por este motivo a identificação da autonomia do direito com a proposta de autonomia formal normativista é um equívoco recorrente que precisa ser afastado³⁴. Ao ver

²⁹ “A solução [normativista] que haverá de corresponder aos problemas jurídicos concretos não é o resultado a constituir através de uma ponderação e elaboração normativa problematicamente também concreta, mas uma conclusão a obter dedutivo-logicamente do sistema em que aqueles problemas se hão de reconhecer (subsumir) mediante uma redução de *species* a *genus*, mediante uma redução sistemático-conceitual que vê nesses problemas tão só casos particulares de aplicação de um abstrato geral” (*ibidem*, p. 25).

³⁰ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, op. cit., p. 88.

³¹ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*, op. cit., p. 27.

³² Vide NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, op. cit., especialmente o capítulo 2.

³³ “Que o mesmo é dizer que a solução jurídica concreta deveria obter-se por mera *aplicação*, ou sem nenhuma mediação normativo-juridicamente constitutiva – de contrário o direito realizado não existiria totalmente ou não estaria afinal todo já existente e objetivado nas normas do sistema («o direito que é», não «o direito que deve ser»)” NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*, op. cit., p. 27.

³⁴ “*The first of these misjudgments inscribes the claim of legal autonomy, whatever mask it puts on,*

como necessária a superação do normativismo e compreendendo que a autonomia do direito só possa ser pensada nestes termos formais, alguns críticos acabam por simplesmente rejeitar os argumentos de princípio autônomos e não conseguem compreender o sistema jurídico como uma categoria de análise relevante³⁵.

Na verdade, é possível pensar numa autonomia do direito que não implique o fechamento de um sistema abstrato de normas, juridicamente identificado a partir de caracteres formais, numa estrutura lógica condicional (se... então...).

Portanto, se, por um lado, deve-se reconhecer que a autonomia do direito (formalmente concebida) é essencial às propostas normativistas, por outro, deve-se pensar a autonomia também a partir de outros pressupostos filosóficos normativos (axiológicos, materiais) e práticos que superem o normativismo e sejam aptos a formular uma proposta capaz de lidar de forma responsável com a atual situação de crise do pensamento jurídico.

Houve quem, contudo, resolvesse o problema da autonomia do direito pela via negativa, através de propostas as mais heterogêneas, todas as quais compartilham um viés funcionalista, que busca instrumentalizar o direito em relação a outras disciplinas.

As propostas funcionalistas se desenvolveram no século XX como reação aos problemas do normativismo e como radicalização da ruptura com o paradigma cultural clássico³⁶, com o que se passou a compreender o ser não mais em sua substância, mas na medida dos resultados que produza³⁷. Em busca de um direito mais adequado às

exclusively in the prescriptive realm of normativism and formalism (and formalistic legal thinking), reducing the possibilities of an internal juridical attitude (the experience of law as an autonomous dimension of practice and an autonomous field of knowledge) to the corresponding programme of isolation of an abstract self-sufficient normative cosmos (freed from the dynamics of social reality or reduced to an ensemble of discrete facts, foreseen as such in the rules' hypothesis)" (LINHARES, José Manuel Aroso. "Law's cultural project and the claim to universality or the equivocalities of a familiar debate" in International Journal of the Semiotics of Law, n. 25, dez. 2011, p. 499-500).

³⁵ "This misjudgment justifies not only an explicit hostility to an autonomous mobilization of arguments of principle and normative principles, but also the rejection of the intelligibility category of the legal system" (*ibidem*, p. 500).

³⁶ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito, op. cit., p. 31-32.

³⁷ "Ser, pois, que, nessa sua energia criadora, transformadora e evolutiva, excluía a referência que apenas compreendesse o «ser enquanto ser» (ARISTÓTELES) para lhe substituir – e é este um ponto de importância capital – uma sua consideração sobretudo pelos resultados que produzisse ou pela possibilidade de efeitos que oferecesse" (*ibidem*, p. 33).

necessidades sociais, elas tratam o direito como um instrumento de teleologias externas, manifestada como pretensões subjetivas³⁸, sacrificando-lhe a autonomia³⁹ e substituindo categorias axiológicas materiais pela funcionalidade, utilidade, eficiência e *performance*⁴⁰.

A racionalidade funcionalista é a racionalidade instrumental, uma racionalidade de fins (*Zweckrationalität*) em contraposição a uma racionalidade de valores (*Wertrationalität*), conforme a classificação de Max Weber. A racionalidade finalística é uma racionalidade de meios para fins, enquanto a racionalidade axiológica é uma racionalidade orientada por valores incondicionais, independente do resultado⁴¹. Nas palavras de Castanheira Neves: “Que tanto é dizer que a *fundamentação* cede à *instrumentalização* ou a razão objectivo-material à formal «razão instrumental» e a *ordem* (de validade ou institucional) à *planificação* (programático-regulamentar), a *validade* à *eficácia* ou à *eficiência*”⁴². É uma racionalidade consequencialista. Assim, o direito pensado pelas propostas funcionalistas é um simples meio, um instrumento de outras finalidades (subjetivamente definidas).

As propostas funcionalistas podem se classificar em funcionalismo político, funcionalismo social (tecnológico ou econômico) e funcionalismo sistêmico⁴³.

O funcionalismo político pretende instrumentalizar o direito em prol de uma determinada política, normalmente de inspiração neomarxista, em busca de resultados de emancipação social. São exemplos de teorias funcionalistas, a teoria crítica da Escola de

³⁸ Na teleologia moderna, que ilumina o funcionalismo, “(...) os fins deixaram de ser a expressão teleológica de uma ordem ontoaxiológica para passarem a ser simples manifestações de pretensões subjetivas («a subjetivação dos fins»), enquanto a ação se entende relativamente a esses fins como «possibilidade causal», i. é, funcional ou técnica (cf. LUHMANN, *Zwekbegriff und Systemrationalität, Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, 1968, p. 9 e segs.), e se avalia pela sua eficiência quanto aos objetivos e a sua eficácia nos efeitos” (*ibidem*, p. 34).

³⁹ “(...) a própria autonomia do direito se sacrificaria. Pois na linha do funcionalismo o direito deixa de ser um autossubsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um *instrumento* – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem” (*ibidem*, p. 30).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

⁴² NEVES, António Castanheira. “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito” in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 74, 1998, p. 25.

⁴³ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito. op. cit., p. 40. Ver também: NEVES, António Castanheira. *Teoria do direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, cit.; LINHARES, José Manuel Aroso. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo* – sumários desenvolvidos, op. cit.

Frankfurt, o *Critical Legal Studies Movement* e as teorias do direito alternativo, ou do uso alternativo do direito⁴⁴.

O funcionalismo social tecnológico trata o direito como um instrumento neutro da eficiência, uma espécie de engenharia social (*social engineering*, como definido por Roscoe Pound). Ele trata a decisão judicial de um ponto de vista estratégico-tático, em busca de uma solução eficiente em face das consequências socialmente buscadas⁴⁵.

O funcionalismo social econômico instrumentaliza o direito em prol de uma determinada concepção da economia. Neste sentido, o direito deveria ser aplicado como instrumento otimizador de resultados, através de análises de custo-benefício, com vistas a soluções que gerassem a maximização da riqueza, numa perspectiva de eficiência econômica⁴⁶.

Ambos os funcionalismos, político e social, tratam o direito como um simples instrumento, negando-lhe autonomia.

Situação diferente ocorre no funcionalismo sistêmico, o qual compreende o direito como um subsistema autorreferente e autopoietico dentro do sistema social. Tal subsistema visto do ponto de vista externo, sociológico, seria autônomo na pressuposição descritiva que tal ponto de vista exige. Visto do ponto de vista interno, com seu código normativo binário e sua função de redução da complexidade dos outros subsistemas, seria autônomo apenas formalmente, como na autonomia do direito defendida pelo normativismo⁴⁷.

As propostas funcionalistas acabam por impor uma opção antropológico-cultural da qual depende o próprio sentido do direito: ou o direito como prática referida a

⁴⁴ *Ibidem*, p. 42. Para uma análise geral (e, ao mesmo tempo, profunda) do *Critical Legal Studies Movement*: GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Entre o centro e a periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e a decisão judicial no Critical Legal Studies Movement*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 45. Cabe adiantar que um dos expoentes do funcionalismo econômico é justamente Richard Posner, motivo pelo qual a sua *Análise Econômica do Direito* será tratada de forma sintética no presente trabalho.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 47.

uma validade, ou o direito como prática referida a uma finalidade (subjetivamente definida)⁴⁸.

Castanheira Neves opta pela primeira alternativa – o direito como validade. Com isso, entende que o homem não pode ser “simples *objeto* de programação ou de benefícios planificáveis”⁴⁹, mas sujeito de direitos, pessoa com dignidade e responsabilidades comunitárias, do que depende o sentido e a autonomia do direito por ele defendidos.

Desta forma, compreender o sentido atual do direito, na sua autonomia, é compreender o direito como historicamente constituído, ou seja, culturalmente constituído pelo homem para solucionar um problema também culturalmente concebido, o da partilha do mundo⁵⁰. O direito, em sua autonomia normativa material (que se realiza continuamente no contexto judicante do problema⁵¹), pressupõe a autonomia cultural humana, na sua historicidade.

O direito é uma solução possível para um problema necessário⁵², o da convivência humana no mundo. Ao lado do direito há “alternativas ao direito num comum

⁴⁸ “Uma prática referida a uma validade, seja porventura problemática mas não prescindindo nunca de interrogar por ela, a implicar um fundamento axiologicamente crítico e o homem transcendendo-se assim a um sentido materialmente vinculante em que assuma o projeto responsabilizante da sua própria humanidade; ou uma prática determinada tão só por juízos de oportunidade, a não exigir mais do que programações finalísticas atuadas por esquemas de uma operatória eficiente, e o homem reduzindo-se à imanente titularidade de estratégias de interesses que lhe permitirão uma existência axiologicamente neutralizante ou uma existência formalmente calculada, e nada mais” (*ibidem*, p. 49-50).

⁴⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁰ “(...) que o direito compete à autonomia cultural do homem, que ele, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta por isso só possível, não necessária) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e o condicionamento histórico-sociais de toda a cultura – não é «descoberto» em termos de objetividade essencial pela «razão teórica» e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela «razão prática» e imputado à responsabilidade poética dessa mesma razão prática” (*ibidem*, p. 54).

⁵¹ NEVES, António Castanheira. “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, op. cit., p. 38.

⁵² NEVES, António Castanheira. “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas” in DIAS, Jorge de Figueiredo (org.), *Internacionalização do direito no novo século*, Coimbra Editora: Coimbra, 2009, p. 50. Também: NEVES, António Castanheira. “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito”, op. cit., p. 11.

objectivo socialmente regulador”⁵³.

Neste contexto, reconhecer a autonomia do direito exige que se reconheça como problemática a sua pretensão de universalidade⁵⁴. Com efeito, a pretensão de universalidade do direito é um fenómeno ocidental, decorrente dos fundamentos cristãos da civilização⁵⁵.

Castanheira Neves não vê a universalidade do direito como uma realidade nem como um objetivo, mas, antes, como um problema. Como problema, ela tem os limites intencionais e de possibilidade da proposta civilizacional ocidental⁵⁶, apresentando-se como solução possível apenas nos limites desta proposta.

Outras civilizações não partilham desta concepção de direito e de universalidade do direito propostas pelo mundo ocidental, o que reduz a intencionalidade universal a um voto lógico, impossível de ser efetivado⁵⁷. Assim, do sentido de direito civilizacionalmente situado devem-se excluir duas condições negativas de possibilidade, a

⁵³ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁴ Para uma crítica à concepção aproblemática da universalidade do direito na teoria da natureza dual do direito de Alexy e suas consequências para a compreensão da autonomia do direito diante da dualidade positivismo/ não-positivismo assentada na separação/ integração e exclusão/ inclusão na relação entre a moral e o direito: LINHARES, José Manuel Aroso. “*Law’s cultural project and the claim to universality or the equivocalities of a familiar debate*”, op. cit., p. 489-503.

⁵⁵ GALTUNG, Johan. *Human rights – in another key*, tradução portuguesa citada por NEVES, António Castanheira. “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”, op. cit., p. 46-47.

⁵⁶ “E a universalidade do direito é problema, porque o direito o havemos de compreender de um sentido civilizacionalmente cultural específico, como uma criação e dimensão cultural da nossa civilização ocidental e enquanto a particular e muito diferenciada solução aí, segundo os pressupostos intencionais e as dimensões constitutivas da mesma civilização, para o problema do histórico-social encontro humano, se não desencontro, no nosso espaço de coexistência e convivência. Pelo que esse sentido, com essa sua solução, terá os limites intencionais e de possibilidade dessa civilizacional cultura da sua constituição” (NEVES, António Castanheira. “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”, cit., p. 49).

⁵⁷ *Ibidem*, p. 50.

necessidade (ontológica⁵⁸ ou racional⁵⁹) e o arbítrio decisório⁶⁰.

Afastar tais condições negativas permite-nos reconhecer que o direito sempre convoca “constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos fundamentais que pertencem ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época”⁶¹.

Assim, pensar o problema da universalidade do direito colocado pelo direito ocidental implica compreender os pressupostos desse pensamento jurídico ocidental. Neste sentido, passando pelas bases do pensamento na filosofia grega, ainda compreendendo o direito de forma indiferenciada em relação à justiça, à ética e à política e pela emergência de uma dimensão civilizacional específica em relação ao direito (como *jurisprudencia*) em Roma, é no mundo medieval que se pode falar de uma síntese do direito como sentido e do direito como experiência⁶². O direito passa a se compreender como direito natural teologicamente concebido, o qual funda a dialética autonomia-responsabilidade e se traduz na interpretação de textos enquanto *lex*⁶³.

⁵⁸ A necessidade ontológica, convocada pelo jusnaturalismo tornou-se insustentável uma vez insustentável o cognitivismo teorético com seus três pressupostos principais de ser como ordem (entendido a partir da intencionalidade grega); de transparência imediata do ser à consciência; e de pensamento fora do tempo, ahistórico (*ibidem*, p. 52).

⁵⁹ A necessidade racional podemos entender, com Kant, no sentido de que o direito não seria apenas o direito positivo dos juristas, mas deveria se entender como referido à metafísica dos costumes, como *Philosophia practica universalis*, que tem na razão o seu único fundamento. A partir da razão seria possível compreender as condições empíricas de conciliação do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos segundo uma lei universal de liberdade. Essa razão acaba, no entanto, por ser apenas formal e pensada fora do tempo, de forma ahistórica. Por isso a necessidade do direito como razão universal também não mais se sustenta (*ibidem*, p. 53-54).

⁶⁰ O arbítrio do simples positivismo, que defende um direito fruto de um mero arbítrio contingente, *voluntas* apenas, valendo sem validade (*ibidem*, p. 54).

⁶¹ “Pelo que a exclusão da necessidade ontológica e também da necessidade puramente racional não nos condena à mera contingência decisória no domínio do prático-jurídico, a posição exacta será a da consideração de uma autopressuposição axiológico-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva num certo histórico-cultural espaço humano” (*ibidem*, p. 54-55).

⁶² *Ibidem*, p. 56-57.

⁶³ “Com três notas simultâneas de conversão: 1) o sentido transnormativamente fundamentante assimila o legado grego do ‘direito natural’, mas intencionado agora por uma razão filosófico-especulativa perspectivada teologicamente — abstraímos da tensão entre o ‘voluntarismo’, agostiniano e franciscano e o ‘racionalismo’ tomista, não obstante a importância desta polémica na compreensão do direito e de categorias dele muito particulares, como a da *lex* e do ‘direito subjectivo’; 2) a dialética autonomia-responsabilidade adquire uma conversão existencialmente axiológica radical: a) a autonomia compreende-se como *valor absoluto* (titulada pelos homens enquanto filhos de Deus) e *peçoal* (imputada à subjectividade, agora ética, pessoalmente assumida) - é a *liberdade peçoal*, liberdade que pode pecar; b) a responsabilidade é a correlatividade necessária dessa liberdade, já que esta só tem sentido em referência à transcendência que a possibilita — além de que a liberdade se reconhece como uma *vocação* (é o que hoje diríamos ‘liberdade positiva’), e, já por isso, a responsabilidade (*res-pondere*) torna-se *culpa* (responsabilidade peçoal); c) com duas outras notas ainda: o direito *ius* converte-se em

A modernidade parte dessa compreensão de autonomia para conferir-lhe um sentido secular, a partir do qual o jusracionalismo na compreensão do direito natural dá origem aos direitos do homem, a que se seguem o contratualismo, o normativismo, o legalismo e o constitucionalismo⁶⁴. Desta forma, na modernidade, o direito se apresenta como uma solução para o problema político, sendo uma dimensão diferenciadora da civilização ocidental como “civilização de direito”⁶⁵.

Com isso, diante do problema do direito, várias respostas se apresentam⁶⁶. A resposta sustentada por Castanheira Neves visa à reconstrução do sentido do direito pela convocação do seu originário constitutivo⁶⁷. Nestes termos, indagando “por que o direito e não antes o não-direito?”, elabora as “condições de possibilidade” do direito: 1) uma condição mundano-social a que se refere a partilha de um mundo limitado; 2) uma condição humano-existencial em que se convoca a autonomia e a responsabilidade comunitária e; 3) uma condição ética de dignidade do sujeito ético, pessoa, compreendida numa determinada cultura, e que assume o direito como uma específica axiologia culturalmente determinada⁶⁸.

Deste modo, o direito, sabendo-se culturalmente limitado na sua pretensão de universalidade, pode buscar um seu sentido, histórico-social, de autonomia. Tal sentido, originário na “responsabilidade da autonomia cultural humana”, convoca valores e

lex com um sentido ético (de mandamento), que a modernidade em princípio aceitou, posto que só na sua abstracta normatividade sem sentido ético e o substituiu por um sentido secularmente político; em função das condições culturais medievais (a essencial mediação de *textos* e *autoridades*) e da recepção do direito romano num *livro* (um livro leigo junto do livro sagrado), a jurisprudência prática transforma-se em hermenêutica, numa jurisprudência-hermenêutica” (*ibidem*, p. 58).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 58-59.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 59.

⁶⁶ “São essas atitudes de resposta: 1) As que consideram *a resposta sem, ou com elisão, do problema*: seja pela perspectiva do *optimismo* (‘a resposta está dada’) — assim na perspectiva hermenêutica e na perspectiva analítica; seja pela perspectiva do *pessimismo* (‘não há resposta’) — a atitude do pirronismo crítico, seja desconstrutivista ou não, e a generalizada inteligência do niilismo. 2) As que antes consideram *a resposta excluída pelo sem-sentido do problema* — não é outra a posição da perspectiva sistémica, com a sua proclamada necessidade evolutiva do sistema jurídico, na sua tautologia e paradoxia. 3) As que constroem *a resposta para além do problema*: o utopismo, com a hipertrofia escatológica (o imediatismo do absoluto); a abstracção utópica do hiporrealismo voluntarista (a proclamação do projecto prefere à solução)”. (*ibidem*, p. 62).

⁶⁷ *Ibidem*, p. 62.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 63-65. Assim, também, de forma mais elaborada: NEVES, António Castanheira. “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito”, op. cit.

princípios normativos relativos a uma determinada sociedade em uma determinada época⁶⁹.

A autonomia buscada, contudo, diferente do que ocorre no normativismo, não implica fechamento. Pelo contrário, o sistema jurídico visto pelo jurisprudencialismo é aberto e reconstitui-se num *continuum* problemático quando da sua realização nas decisões concretas⁷⁰. Assim, o jurisprudencialismo inclui a jurisprudência em sentido amplo (doutrina e jurisprudência – ou *Juristenrecht* e *Richterrecht*, respectivamente) no quadro das fontes do direito⁷¹ e reconhece os princípios jurídicos no seu sentido material como direito vigente (*ius*)⁷², enquanto fundamento do sistema, seja em razão da própria constituição histórica da normatividade autônoma do direito, seja em razão dos direitos fundamentais convocados a partir da força normativa da constituição.

Tais princípios-fundamentos formam-se na consciência comunitária como assimilações jurídicas de intenções políticas, éticas e sociais que se estabilizam em determinada cultura historicamente concebida⁷³. Intenções, que todavia, na sua assimilação como fundamentos do sistema jurídico, transcendem o plano cotidiano de sucessão de

⁶⁹ Após reconhecer a superação do jusnaturalismo pelo positivismo, Castanheira Neves explica que o positivismo falha ao não encontrar a autonomia do direito em pressupostos substantivos, ainda que culturalmente relativos: “(...) a prática humana histórico-cultural e de comunicativa coexistência (quer a prática ética em geral, quer particularmente a prática jurídica), com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, refere sempre nessa intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época. E que assim, sem se lhes poder ignorar a historicidade e sem deixarem de ser da responsabilidade da autonomia cultural humana, se revelam em pressuposição problematicamente fundamentante e constitutiva perante as contingentes positivities normativas que se exprimem nessa cultura e nessa época – são valores e princípios metapositivos e pressupostos dessa mesma positividade, como que numa *autotranscendência* ou *transcendentabilidade* prático-cultural, em que ela reconhece os seus fundamentos de validade e os seus regulativo-normativos de constituição” (NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito, op. cit., p. 54-55).

⁷⁰ “(...) abandona este [o sistema jurídico] a unidimensionalidade normativista por uma pluridimensionalidade de elementos normativos e ao seu caráter virtualmente fechado, postulado também pelo normativismo, opõe a abertura a uma espiral regressiva (ou reflexivamente) reconstrutiva imposta pela sua própria e contínua realização” (*ibidem*, p. 60).

⁷¹ *Ibidem*, p. 59-60.

⁷² Sobre as diversas compreensões dos princípios jurídicos, como *ratio*, *intentio* e *ius*: LINHARES, José Manuel Aroso. “Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?”, in Fernando ALVES CORREIA, Jónatas E. M. MACHADO, João Carlos LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, STVDIA IVRIDICA*, 106, Ad Honorem – 6, Volume III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 395-421.

⁷³ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito, op. cit., p. 62.

direitos positivos, passam ao nível da intenção essencial, constituindo o direito como direito⁷⁴.

Do *ius* constituído pela *lex* do contratualismo moderno, passa-se, hoje, à lei que busca a sua validade nos direitos fundamentais⁷⁵ e nos princípios normativos materiais fundamentantes da própria juridicidade.

Com isso, a compreensão do direito a partir de princípios comunitariamente construídos como jurídicos permite conceber um direito autônomo. Mas, ao contrário do que se concebe nas propostas normativistas, tal autonomia não é apenas formal. O elemento material da autonomia do direito encontra-se na pessoa humana, como o vértice de sentido que permite o diálogo no meio dos conflitos ideológicos⁷⁶. “O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”⁷⁷.

A pessoa entendida como ser singular que se reconhece socialmente, na dialética do “eu pessoal” e do “eu social”⁷⁸. Dialética que traz pressuposta a irreduzibilidade da pessoa à comunidade ou da comunidade à pessoa, que convoca a histórica aquisição de direitos fundamentais associada à responsabilidade comunitária de cada um para com os outros. Desta forma, é indispensável o reconhecimento material da autonomia do direito, que tem como último e fundamental o “direito ao direito”⁷⁹.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 62-63.

⁷⁵ “Ora, o que hoje se verifica é a reafirmação de *direitos fundamentais*, como projecção de proclamados «direitos do homem» (na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, e em todas as Declarações e Convenções, que gerais, quer regionais que se lhe seguirem), antes e acima da lei, em todas as constituições contemporâneas e no pensamento jurídico em geral. Não é já a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjectivos, são os direitos, os reconhecidos como fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem a sua validade jurídica” (NEVES, António Castanheira. “Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema” - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, op. cit., p. 5).

⁷⁶ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito, op. cit., p. 67-68.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 68-69. Ver também:

⁷⁸ “A pessoa é um ser pessoal e simultaneamente um ser social. Se se aliena ao perder-se ou ao degradar-se na sua pessoalidade, também não se realiza nem vem à epifania de si própria sem a mediação comunitária. (...) O que nos leva a concluir que a pessoa, enquanto *homem real*, é a unidade dialética de duas relativas autonomias, a autonomia do seu *eu social* (aquele comum de existência comunitária que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) e de um *eu pessoal* (aquele próprio de existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico «incomparável no comparável») – a unidade dialética, se quisermos, da objetividade e da subjetividade humanas” (*ibidem*, p. 69).

⁷⁹ “Nestes termos, cremos poder compreender-se hoje a afirmação da autonomia do direito e do mesmo passo se reconhecerá que ela é em absoluto indispensável – pois, digamo-lo numa paráfrase à

Assim, a autonomia do direito não se caracteriza pelo seu aspecto meramente descritivo, mas como um postulado normativo de validade, a ser reconstruído na prática da realização do direito diante das controvérsias (problemas) a ele apresentadas. Apenas tendo a pessoa como vértice de validade – é dizer, fundamento material dos princípios (fundamento dos fundamentos) – o sistema jurídico pode apresentar-se como *tertium comparationis* na contínua luta pelo reconhecimento implicada na analógica realização do direito. Tal sistema jurídico é aberto, no sentido de que está continuamente se reconstruindo na prática comunitária de criação de sentidos a partir da experiência juridicamente autônoma da humana personalidade⁸⁰.

Castanheira Neves vê como necessárias duas condições para que tal projeto contínuo de autonomia ganhe força prática: uma condição institucional e uma condição existencialmente cultural.

A condição institucional logra-se pela proclamação da autonomia (material) do direito e pela realização do direito incondicionalmente como tal, o que, na compreensão de Castanheira Neves, é tarefa a ser conseguida pela conjugação das atividades dos tribunais e das universidades⁸¹.

A condição existencialmente cultural é uma exigência de virtude: que o homem seja sujeito do próprio direito, comprometido com ele e não apenas seu destinatário, titular ou beneficiário⁸². Com isso, a autonomia do direito poderá participar do

concludente eloquência de Hannah Arendt, o último e verdadeiramente fundamental direito hoje do homem é afinal o «direito ao direito»” (*ibidem*, p. 73).

⁸⁰ “To reconstruct this spectrum in our contemporary circumstances is, however, to identify both a continuous (not yet closed or crystallized) quest... and its explicit fight for recognition. Which quest would this be, if not the one that creates communitarian meaning by invoking an unmistakable juridical experience of personhood (developed, however, in different stages and differently expanded circles)?” (LINHARES, José Manuel Aroso. “Law’s cultural project and the claim to universality or the equivocalities of a familiar debate”, op. cit., p. 498).

⁸¹ NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema atual da autonomia do direito, op. cit., p. 74.

⁸² “A condição existencialmente cultural – e a condição decisiva – refere uma exigência de virtude. Que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele – o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido. O direito só concorrerá para a epifania da pessoa se o homem lograr culturalmente a virtude desse compromisso” (*ibidem*, p. 75).

universo prático, permitindo a compreensão efetiva do direito como validade.

Nos capítulos seguintes propomos analisar o problema da autonomia do direito a partir do pensamento de dois autores que se intitulam pragmatistas e que apresentam conclusões distintas acerca da autonomia do direito (e sentidos distintos para a autonomia por eles analisada).

Richard Posner distingue a teoria e a prática do direito para propor que o direito seja tratado de forma interdisciplinar, buscando soluções para os problemas jurídicos da área aberta em outras disciplinas (teorias), com destaque para a economia no sentido proposto pela “Análise Econômica do Direito”. Com isso, a partir da sua proposta pragmatista, ele busca afastar a autonomia do direito.

Stanley Fish, por outro lado, apresenta um pragmatismo anti-fundacionalista, que define as práticas como radicalmente disciplinares, na medida em que determinadas pelos sentidos atribuídos pelas comunidades interpretativas a elas vinculadas. Desta forma, para ele, teoria do direito e prática do direito seriam duas disciplinas distintas, autônomas, com comunidades interpretativas próprias, sujeitas à interferência mútua apenas de forma contingente. E o direito se realizaria necessariamente pela construção retórica de sua própria autonomia disciplinar.

1) A teoria de Richard Posner da análise econômica ao pragmatismo

1.1) Visão geral sobre a análise econômica do direito de Posner

Richard Posner se notabilizou como expoente da escola de pensamento conhecida como “*Law and Economics*”, que defende a utilização da análise econômica (é dizer, da microeconomia)⁸³ para a solução dos casos jurídicos. A intenção da proposta é permitir aos juristas enxergar além da retórica para identificar as razões econômicas subjacentes à fundamentação dos julgamentos pelos tribunais⁸⁴. Neste sentido, o *common law* poderia ser melhor explicado como um sistema criado para maximizar a riqueza da sociedade⁸⁵, uma vez que o determinante para cada decisão seria o seu melhor resultado econômico.

A maximização da riqueza pensada por Posner é definida como a soma dos bens e serviços tangíveis e intangíveis considerados os preços ponderados de oferta e de procura⁸⁶. Como estes preços são considerados subjetivamente, o aumento da riqueza após uma transação econômica será, muitas vezes, não-pecuniário, relativo ao aumento líquido da satisfação dos sujeitos envolvidos⁸⁷ (o que, de toda forma, é avaliado quantitativamente em termos pecuniários). No exemplo de Posner, se alguém tem uma coleção de selos e está disposto a vendê-la por \$90 e outra pessoa está disposta a pagar \$100 por ela, antes da venda, a soma dos preços é \$190. Se a venda é feita por \$100, a pessoa que tinha a coleção que para ela valia \$90 passa a ter \$100 e a pessoa que tinha \$100 passa a ter uma coleção que para ela vale \$100. A soma dos preços passa a ser \$200, com um ganho de riqueza de

⁸³ “Rapid increases in recent decades in the scope and rigor of microeconomics have fostered the emergence and stimulated the continuing growth of a distinct and important subfield of legal theory—economic analysis of law, or as it is more commonly (if somewhat misleadingly) called, “law and economics.” (POSNER, Richard. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations” in *Ratio Juris*, n. 17, v. 1, março de 2017, p. 66).

⁸⁴ “Although few judicial opinions refer explicitly to economic concepts, often the true grounds of a legal decision are concealed rather than illuminated by the characteristic rhetoric of the opinion setting forth the decision. One has to dig beneath the rhetorical surface to find those grounds, many of which may turn out to have an economic character” (POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 9. ed., New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2014, p. 31-32).

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ “The “wealth” in “wealth maximization” refers to the sum of all tangible and intangible goods and services, weighted by prices of two sorts: offer prices (what people are willing to pay for the goods they do not already own); and asking prices (what people demand to sell what they do own)” (POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, op. cit., 1990, p. 356).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 356.

A escola da Análise Econômica do Direito chegou mesmo a propôr uma teoria unificada que permitisse a compreensão do direito com a função principal de permitir a alocação eficiente de recursos numa economia de livre mercado. Nas áreas em que não houvesse o mercado, o jurista deveria imitar o mercado a fim de permitir tal alocação eficiente de recursos⁸⁹, com vistas à maximização da riqueza (“*wealth-maximization*”⁹⁰).

Posner atribui o surgimento da “moderna” Análise Econômica do Direito⁹¹ a três trabalhos escritos nas décadas de 1960 e 1970⁹²: *The problem of social cost*, de Ronald

⁸⁸ *Ibidem*, p. 356.

⁸⁹ “*The most ambitious theoretical aspect of the economic approach to law has been the proposal of a unified economic theory of law. In that theory (...), law’s function is understood to be to facilitate the operation of free markets and, in areas where the costs of market transactions are prohibitive, to “mimic the market” by decreeing the outcome that the market could be expected to produce if market transactions were feasible. A corollary of this proposition is the positive economic theory of the common law, the theory that the Anglo-American common law (that is, judge-made as distinct from legislated law, encompassing such important fields as property, contract, trust, and tort law, as well as basic criminal, procedural, and remedial law) is best understood as if the judges in fashioning that law had been consciously trying (which they were not) to bring about an efficient allocation of resources.*” (POSNER, Richard. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations”, cit., p. 67).

⁹⁰ A ideia de maximização da riqueza é central nesta fase do pensamento de Posner. Ele chega a afirmar que a maximização da riqueza fundamenta o próprio conceito de direito. Partindo do conceito de Austin, com origem em Hobbes (*Leviathan*, parte II, capítulo 26, 1651 *apud* POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 11) de que o direito seria um comando sustentado pelo poder coercitivo do Estado, Posner (citando Rawls) acrescenta quatro qualidades: aceitação dos destinatários, igualdade no trato de casos iguais, publicidade, e existência de um procedimento de certificação da verdade dos fatos para a aplicação dos comandos jurídicos (RAWLS, John. *A theory of justice*, 1971, p. 237-239 *apud* POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 74). Tais características poderiam ser fundamentadas na concepção do direito como um conjunto de incentivos para regular o comportamento social de indivíduos racionais, com vistas à maximização da riqueza (POSNER, Richard. *The economics of justice*, op. cit., p. 75-76).

⁹¹ Aqui preferimos manter, de forma limitada, a genealogia reconhecida pelo próprio Posner como influência imediata. Alexandre Morais da Rosa vincula a Análise Econômica do Direito ao neoliberalismo econômico de Friedman e Hayek (ROSA, Alexandre Morais da. “Crítica ao discurso da *Law and Economics*: a exceção econômica ao direito” in LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009, p. 3-140). Apesar de concordar em grande parte com as críticas que o autor elabora a partir desta leitura que vincula Posner a Hayek em termos ideológicos (vinculação que parece mesmo evidente), é importante observar que, num ensaio muito interessante, o próprio Posner atesta que a teoria jurídica de Hayek (não a econômica a que se vincula) deixa pouco espaço para a análise econômica nos moldes por ele propostos, ao contrário da teoria de Kelsen (POSNER, Richard. “*Kelsen, Hayek and the Economic Analysis of Law*” palestra proferida na 18ª Conferência da European Association for Law and Economics, realizada em Viena, setembro de 2001, disponível on-line em <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>, último acesso em 14 mai. 2018, posteriormente incluída como o capítulo 7 de POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 250-291).

⁹² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 30-31.

Coase⁹³, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, de Guido Calabresi⁹⁴ e *The economic analysis of human behavior*, de Gary Becker.

A referência ao trabalho de Guido Calabresi, no entanto, é feita sem um aprofundamento descritivo ou mesmo crítico (pelo menos no que se referem a críticas diretas) de sua teoria (que, em grande medida, diverge da teoria de Posner)⁹⁵.

O destaque de Posner é para a teoria de Ronald Coase⁹⁶. Segundo o “teorema de Coase”, quando os custos da transação equivalem a zero, é indiferente a atribuição inicial de direitos, haja vista que as partes, num mercado livre, podem corrigir a diferença por meio de um acordo⁹⁷. Com isso, pode-se pensar em dois corolários: que o direito deva minimizar os custos de transação e que, nos casos em que os custos

⁹³ COASE, Ronald. “*The problem of social cost*” in *The Journal of Law and Economics*, v. 3, The University of Chicago Press, out. 1960, p. 1-44, disponível on-line em JSTOR, <www.jstor.org/stable/724810>, acesso em 24 mar. 2018.

⁹⁴ CALABRESI, Guido. “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*” in *Faculty Scholarship Series*, paper n. 1979, 1961, disponível on-line em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979>, último acesso em 10 mai. 2018.

⁹⁵ Calabresi vê como ultrapassada a ideia de analisar a economia a partir da suposição de indivíduos racionais operando no mercado que Posner pressupõe. Escrevendo antes de Posner formular sua teoria (e antes de Posner se tornar juiz), declara que lhe parece irreal que pessoas práticas como juízes possam acreditar totalmente em tal conceito: “*One reason why resource allocation may have played so small a role in tort law during the 19th century might be that 19th century thinkers placed too much reliance on the way people theoretically react to having a risk put on them, rather than on the way they react in practice. The 19th century was a time when the "rational," "all-knowing," economic man was in vogue, and in a world populated by such men, proper resource allocation would often result no matter who bore the initial risk of loss. Thus, the "rational" worker in a purely competitive world would demand higher wages if his job involved a substantial risk of accident and the company did not provide him with insurance for it. As a result, putting accident costs on worker or company would not matter. (...) the whole "rational economic man" approach strikes me as so unreal that I cannot fully believe that men as practical as judges often are could fully buy it. I therefore feel that their reasoning, even when placed on these grounds, must have been bolstered by a feeling that in practice the decisions establishing liability only when there was real fault, actually accomplished an important and very real economic function*” (*Ibidem*, p. 515, nota 43).

⁹⁶ No ensaio “*The problem of social cost*”, Coase faz uma análise econômica de problemas jurídicos referentes à responsabilidade civil por incômodo (*nuisance*) especialmente em casos envolvendo vizinhos (fumaça, barulho, incêndio, poluição). Coase defende que o economista não deve se contentar com uma solução jurídica que atribua os direitos de propriedade (e a responsabilidade civil pelos danos) de forma fixa, sem considerar, de forma global, o custo social envolvido. É dizer, para Coase, o economista, ao analisar tais tipos de problema, não deve se limitar o ganho de riqueza particular, mas sim o ganho de riqueza geral, socialmente considerado. Vide: COASE, Ronald. “*The problem of social cost*”, op. cit.

⁹⁷ “*The “Coase Theorem” holds that where market transaction costs are zero, the law’s initial assignment of rights is irrelevant to efficiency, since if the assignment is inefficient the parties will rectify it by a corrective transaction.*” (POSNER, Richard. “*Law and economics in common-law, civil-law and developing nations*”, op. cit., p. 68).

permaneçam altos, deva atribuir direitos a quem dê mais valor ao bem em disputa⁹⁸⁻⁹⁹ (o que não deixa de ser uma forma de reduzir os custos de transação¹⁰⁰).

Além disso, a análise econômica de assuntos “não econômicos” promovida por Gary Becker inspirou diversas reflexões de Posner sobre temas como o direito penal, a sexualidade, a privacidade, a discriminação racial e a liberdade de expressão.

A Análise Econômica do Direito presume que as pessoas sejam sujeitos racionais fazendo escolhas num mercado racional com fundamento numa razão instrumental¹⁰¹ e, com base nisso, tenta formular regras que influenciem o comportamento das pessoas sem afetar o equilíbrio do mercado. Mesmo em situações de incerteza, é possível realizar tal análise. Um exemplo apresentado por Posner é a fórmula de Learned Hand para definição da responsabilidade civil por negligência, segundo a qual o prejuízo de um acidente, multiplicado pela probabilidade de ele ocorrer deve ser, para o responsável, maior que os custos de sua prevenção. Ou seja, nesta ótica, quem tiver os menores custos relativos de prevenção (considerando probabilidade de ocorrência do dano) deve ser o responsável civil pela negligência¹⁰².

⁹⁸ “*There are two important corollaries. The first is that the law, to the extent concerned with promoting economic efficiency, should strive to minimize transaction costs, for example by clearly defining property rights, by making them readily transferable, and by creating cheap and effective remedies for breach of contract. (...) The second corollary of the economic approach to law that I am expounding is that where, despite the law’s best efforts, market transaction costs remain high, the law should simulate the market’s allocation of resources by assigning property rights to the highest-valued users.*” (*ibidem*, p. 68-69).

⁹⁹ Posner exemplifica com uma regra relativa aos direitos de autor, segundo a qual uma reprodução de parte de uma obra deveria ser autorizada numa citação por serem os custos da transação (pedir autorização para o autor) muito altos, sendo os preços de mercado pagos pela citação, insignificantes (*ibidem*, p. 69).

¹⁰⁰ Posner explica que, se um determinado bem for atribuído a quem não lhe dê o maior valor, provavelmente quem o valorize mais vai adquiri-lo. Assim, atribuí-lo inicialmente a quem mais o valorize poupa a economia dos custos da transação (POSNER, Richard. *The economics of justice*. op.cit., p. 71).

¹⁰¹ “*Most economic analysis consists of tracing out the consequences of assuming that people are more or less rational in their social interactions, which means little more than that people prefer more to less, in other words picking efficient means to their ends (instrumental rationality), whatever those may be.*” (POSNER, Richard. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations”, op. cit., p. 70).

¹⁰² “*Consider the question how much care a rational person should take to avoid an accident. The accident will occur with probability P and impose a cost (call it “ L ,” for loss), while eliminating the possibility of such an accident would impose a cost on the potential injurer; a cost that I shall call B (for burden). The cost of avoiding the accident will be less than the expected accident cost (or benefit of avoiding the accident) if B is smaller than L discounted (multiplied) by P ; that is, $B < PL$. In that event, should the potential injurer fail to take the precaution (perhaps because he does not reckon the cost to the accident victim a cost to him) and should the accident occur as a result of that failure, he is properly regarded as being at fault and is made to pay the victim’s damages so that other potential injurers in his position will be given an incentive to take cost-justified precautions.*” (*ibidem*, p. 71-72).

Um fundamento importante para tal tipo de análise é o conceito de justiça corretiva de Aristóteles, segundo o qual, diante de um dano, se deve simplesmente buscar restaurar a situação anterior¹⁰³. Uma consequência de tal conceito é a busca da impessoalidade dos julgamentos, uma vez que a solução será sempre a mesma, independente de quem sejam as pessoas envolvidas¹⁰⁴. Com isso, um sistema de regras impessoais seria uma forma de possibilitar a eficiência econômica numa economia capitalista¹⁰⁵.

Tal abordagem tem como norte a maximização da riqueza num sistema de livre mercado. Apesar de, várias vezes, afirmar que a análise econômica não impõe um determinado julgamento moral¹⁰⁶, Posner defende que o livre mercado maximizador da riqueza possa ser considerado um limite ético melhor do que o limite utilitarista, uma vez que serviria como limite aos desejos humanos: alguém que tivesse prazer em torturar outra pessoa teria que comprar o consentimento do torturado, com o que logo sua riqueza (do torturador) diminuiria¹⁰⁷.

¹⁰³ “It begins with Aristotle, who in the *Nicomachean Ethics* set forth a theory of law that he called “corrective justice.” The essential point that Aristotle made is that if someone through wrongful behavior (the wrongdoer) disturbs the preexisting balance between himself and another person to the injury of the latter (the victim), some form of redress must be provided that will, to the extent feasible, restore that preexisting balance—that will correct, in other words, the departure from equilibrium that was brought about by the wrongful act.” (ibidem, p. 74-75).

¹⁰⁴ “Aristotle derived from his theory of corrective justice a corollary of critical importance to the evolution of legal theory. The corollary is that corrective justice abstracts from the personal qualities, the merit or desert, of the wrongdoer and his victim. The victim may be a bad man and the wrongdoer a good one, having in mind the character and entire course of a person’s career, the summation of all his good and bad deeds, and not just the particular episode that resulted in the injury to the victim. Nevertheless, the victim is entitled to redress. The reason this is a corollary of corrective justice rather than a separate principle of justice is that corrective justice seeks to redress a preexisting equilibrium rather than to change it. The court doesn’t use the occasion to enrich or impoverish wrongdoer or victim on the basis of a judgment about their merits or deserts apart from the circumstances of the injury itself, for that would be not to restore the parties to the preexisting equilibrium but to create a new equilibrium.” (ibidem, p. 75).

¹⁰⁵ Ibidem, p. 75-77.

¹⁰⁶ Após uma breve análise do argumento moral de Michael Sandel em um artigo em que este condenava a barriga de aluguel (“surrogate motherhood”), mas concordava com a venda de bebês: “I do not suggest that on the basis of my economic analysis those of you who are opposed to surrogate motherhood should give up your opposition. I don’t believe that economics (or any other body of thought, for that matter) can compel a moral judgment” (POSNER, Richard. “Values and consequences: an introduction to Economic Analysis of Law” in John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 53, Chicago, palestra proferida em janeiro de 1998, disponível on-line em <https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>, último acesso em 29 mar. 2018, p. 7).

¹⁰⁷ “The “utility monster” has no place in a system of ethics founded on wealth maximization. The fact that I might derive so much gusto from torturing people as to exceed their misery in a felicific weighing would not make me a good man or give me the right to torture people. I would have to buy my victims’ consent, and these purchases would soon deplete the wealth of all but the wealthiest sadists. Critics of the market system tend to think of the opportunities created by wealth rather than of the constraints a market system

A neutralidade da análise econômica, como entende Posner, permite concluir que os juízes não conseguem redistribuir riqueza através de suas decisões. Uma regra que protegesse um locatário pobre nos momentos de rescisão de contratos de locação causaria o aumento do valor dos aluguéis, devolvendo o prejuízo dos locadores de forma difusa pelo mercado¹⁰⁸.

Vista como um instrumento neutro, que permite uma abordagem a partir de modelos que pressupõem a racionalidade das pessoas a realizar ponderações de custo-benefício (na qual a certeza, incerteza e o risco são variáveis importantes), a análise econômica (e a análise econômica do direito) pode tratar também de situações que não envolvam o mercado propriamente dito, como a criminalidade, a privacidade¹⁰⁹, a família, a sexualidade, o preconceito racial¹¹⁰, o direito probatório¹¹¹, entre outras.

A Análise Econômica do Direito permite, portanto, que o jurista trate dos problemas jurídicos a partir de uma certa teoria econômica. Inicialmente, as análises eram feitas de modo a buscar uma ligação permanente do direito ao ideal de maximização da

*places on the fulfillment of individual desire. In a thoroughgoing utilitarian system no budget constraint exists to cramp the style of the utility monster. But in a system of wealth maximization his activities are circumscribed by the limitations of his wealth, and his victims are protected by the rights system, which forces the monster to pay them whatever compensation they demand” (POSNER, Richard. *The economics of justice*, op. cit., p. 82).*

¹⁰⁸ POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, op. cit., p. 359-360.

¹⁰⁹ Posner sustenta que a proibição de se fotografar de fora para dentro da residência de alguém como espionagem fotográfica (“*photographic surveillance*”) tenha fundamento na redução de custos que a possibilidade de ficar em casa sem ter que se preocupar com a aparência e o vestuário acarretaria. Com efeito, para ele, a privacidade teria maior sentido no mundo dos negócios do que na vida pessoal, uma vez que nesta o segredo só serviria para esconder informações desabonadoras que serviriam melhor ao mercado se fossem descobertas (POSNER, Richard. *The economics of justice*, op. cit., p. 247-248).

¹¹⁰ Sobre a discriminação racial na contratação de empregados, ele é contra as leis que a proíbem e que estabelecem políticas de cotas, sob o argumento de que o mercado deva sopesar os benefícios e os custos, pecuniários e não-pecuniários – neste caso um custo não-pecuniário seria a insatisfação de um branco em trabalhar com um negro (*ibidem*, p. 360). A melhor solução seria garantir a um negro prejudicado por uma prática discriminatória o direito de obter uma indenização contra o empregador, sem, contudo, impor a sua contratação. Para Posner, a discriminação pode ser vista, do ponto de vista econômico como uma forma de redução de custos de informação, uma vez que, tomando em conta o que geralmente ocorre, pouparia o racista de uma análise específica sobre determinada característica de uma pessoa com quem fosse contratar (*ibidem*, p. 407).

¹¹¹ A “confissão involuntária” poderia ser analisada sob o aspecto custo-benefício. Uma confissão obtida sob grave violência ou ameaça deveria ser anulada porque causaria um mal tão grande ao investigado que seria capaz de fazer até mesmo um inocente confessar. Por outro lado, uma confissão involuntária fruto de uma falsa promessa, de uma ameaça menos grave ou de erro poderia ser tolerada como meio de combater o aumento da criminalidade. Neste caso, o sopesamento entre o custo e o benefício da confissão por um sujeito racional não levaria à confissão de um inocente (POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, op. cit., p. 179-180).

riqueza a ser realizado de forma natural e neutra pelas práticas habituais dos mercados livres operados por sujeitos racionais ou pela suposição de racionalidade dos sujeitos a sopesar dimensões de custo e benefício nas questões jurídicas não relacionadas ao mercado.

Assim, ela não apenas subordina o direito à finalidade econômica de maximização da riqueza, mas abandona a busca por uma metodologia jurídica que solucione os problemas na área aberta, para propor uma metodologia econômica que traga soluções racionais de eficiência¹¹².

¹¹² É interessante notar que tal negação tão radical da autonomia do direito pela proposta da sua análise econômica não parecia decorrer do artigo apontado por Posner como o pioneiro em tal empreitada, *The problem of social cost*, de Ronald Coase. Neste ensaio, Coase busca refutar o argumento de Pigou (a referência de Coase é à 4ª edição de *The Economics of Welfare*, de Arthur Pigou, publicada em 1932), no sentido de que a intervenção estatal pela atribuição jurídica de responsabilidade por danos seria uma forma de adequar o mercado ao seu caminho mais natural. Para Coase, a solução jurídica economicamente mais adequada, levando em conta o custo social, deveria ser apurada diante do problema concreto, não havendo solução jurídica que seja, *a priori*, mais eficiente do ponto de vista econômico (COASE, Ronald. “*The problem of social cost*”, cit., p. 40). Com isso, a proposta de Coase, em vez de subordinar o direito à economia, tem como horizonte ampliar a análise econômica, inclusive para que leve em consideração dimensões morais e estéticas (*ibidem*, p. 43) na solução dos problemas relativos à ordem social (“*social arrangements*”) propõe, do ponto de vista econômico, pensar categorias econômicas inclusive a partir do direito (por exemplo, entender os fatores de produção como direitos subjetivos, limitados por definição). Coase pretende demonstrar que as soluções jurídicas (atribuições prévias de direitos) muitas vezes não alteram o resultado econômico global, o que de nenhuma forma implica subordinar o direito à finalidade econômica de maximização da riqueza. Em outro ensaio, Coase questiona mesmo a concepção da economia como a ciência do comportamento racional do ser humano maximizador de utilidade. Para ele, esta definição é demasiado ampla e não leva em conta que as outras disciplinas possam ter outros propósitos, diferentes dos econômicos: “*Since the people who operate in the economic system are the same people who are found in the legal or political system, it is to be expected that their behaviour will be, in a broad sense, similar. But it by no means follows that an approach developed to explain behaviour in the economic system will be equally successful in the other social sciences. In these different fields, the purposes which men seek to achieve will not be the same, the degree of consistency in behaviour need not be the same and, in particular, the institutional framework within which the choices are made are quite different. It seems to me probable that an ability to discern and understand these purposes and the character of the institutional framework (how, for example, the political and legal systems actually operate) will require specialized knowledge not likely to be acquired by those who work in some other discipline. Furthermore, a theory appropriate for the analysis of these other social systems will presumably need to embody features which deal with the important specific interrelationships of that system*” (COASE, Ronald. “*Economics and contiguous disciplines*” in *The Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 2, Chicago: The University of Chicago Press, Junho de 1978, p. 208). Ademais, a própria formulação da teoria da utilidade pela economia para tratar das questões econômicas (a redundância é necessária) tem resultados pouco relevantes. Ele acaba por concluir, no entanto, que a economia pode, de forma competitiva, contribuir para outras áreas do conhecimento, ainda que haja uma tendência de que, fora da análise dos problemas econômicos, ela seja melhor tratada pelos especialistas das outras disciplinas do que pelos economistas. Ele defende que os economistas estudem outras disciplinas, como o direito, não com o propósito de resolver problemas jurídicos, mas para entender melhor o funcionamento do próprio sistema econômico (*ibidem*, p. 201-211).

1.2) A viragem pragmática

Muitas foram as críticas à Análise Econômica do Direito de Posner¹¹³, especialmente ao ideal de maximização da riqueza (assumido como finalidade de um modelo positivo)¹¹⁴. Depois de se defender¹¹⁵, ele parte para um contra-ataque crítico. Ele analisa diversas propostas da filosofia do direito (“*jurisprudence*”) contemporânea para concluir que o direito, na sua área aberta, precisa das teorias de outras disciplinas, especialmente no que diz respeito ao conhecimento dos fatos. Para tanto, ele propõe uma defesa pragmática da importância de se tratar o direito a partir de perspectivas externas, como da filosofia, da sociologia, da psicologia e da economia. Dentre as perspectivas externas possíveis, a econômica se destaca pela racionalidade de seus modelos matemáticos e estatísticos. Com isso, Posner constrói um cenário teórico que lhe permite um ponto de vista mais amplo (que ele denomina pragmático) para sustentar a Análise Econômica do Direito como um caminho especialmente racional e, de certa forma, objetivo, na sua concorrência com outras perspectivas externas possíveis.

Além disso, ele admite uma relativização do ideal de maximização da riqueza, reconhecendo ser ele mais ligado ao direito de precedentes do *common law*, do que ao direito legislado (“*statute law*”)¹¹⁶ e reconhece que muitas questões jurídicas (como a proibição da escravidão, a liberdade religiosa, a proteção das minorias) são afastadas intuitivamente, sendo colocadas fora da análise racional de custo benefício (talvez, ele

¹¹³ Logo à primeira edição de *Economic Analysis of Law* é de se destacar a crítica de Arthur Leff, a qual, de certa forma, antecipa, muitas das críticas posteriores, em especial quanto à irrefutabilidade das premissas conseguida pelo excesso de suposições e abstrações simplificadas que constituem a análise econômica de Posner (LEFF, Arthur. “*Economic analysis of law: some realism about nominalism* in Yale Faculty Scholarship Series, Paper 2820, 1974, disponível on-line em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2820>, último acesso em 17 abr. 2018).

¹¹⁴ O próprio Posner enumera vários críticos, com referências a Jules Coleman, Ronald Dworkin, Anthony Kronman, Nicholas Mercuro e Timothy Ryan, Joseph Steiner e Ernest Weinreb (POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, op. cit., p. 375, nota 23).

¹¹⁵ Ele admite que não pretende demonstrar que um dever possa ser derivado de um fato. Para ele a maximização da riqueza seria apenas uma forma razoável de resolver problemas jurídicos do “*common-law*” na área aberta, combinando utilitarismo e individualismo. Os problemas dos direitos inalienáveis que a ética da maximização da riqueza poderia contrariar (por exemplo admitindo que uma ponderação custo-benefício no mercado pudesse autorizar a escravidão ou a tortura), podem ser resolvidos pela Constituição. Por outro lado, as questões de justiça distributiva ficariam a cargo das leis (“*statute law*”), permanecendo a maximização da riqueza como um caminho razoável para a solução de casos na área aberta. É dizer, neste entendimento, aos Tribunais caberia “fazer a torta crescer” e ao Legislativo caberia “dividir as fatias”. No sentido aqui exposto: POSNER, Richard. “*Wealth maximization revisited*” in Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, n. 2, 1985, p. 85-105, disponível on-line em <<https://chicagounbound.uchicago.edu>>, último acesso em 17 abr. 2018.

¹¹⁶ POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, op. cit., p. 374.

reflete, em razão da concepção kantiana de não fazer das pessoas objetos!¹¹⁷). Desta forma, ele tenta preservar a análise econômica do direito, reduzindo, contudo, a sua antes presumida centralidade apriorística¹¹⁸. Em vez de buscar uma justificação moral ou axiológica para a maximização de riqueza, ele pretende sustentá-la num argumento pragmático.

O que interessa para este pragmatismo é o julgamento das questões jurídicas por suas consequências práticas: sabendo os objetivos práticos de uma determinada lei, a análise objetiva de seus resultados determinaria a sua qualidade como obra de engenharia social¹¹⁹. Na análise das consequências, a economia poderia competir com outras ciências, analisando os problemas jurídicos de um ponto de vista externo.

A essa mudança de rumos denominou-se viragem pragmática¹²⁰. Com isso,

¹¹⁷ Não admira que a teoria de Posner, tão centrada na maximização da riqueza, veja a dignidade da pessoa humana como uma barreira sentimental a ser respeitada apenas por sua aceitação social: “*Still, hypocritical and incoherent as our political ethics may frequently be, we do not permit degrading invasions of individual autonomy merely on a judgment that, on balance, the invasion would make a net addition to the social wealth. And whatever the philosophical grounding of this sentiment [aqui há uma nota de rodapé em que ele parece querer se referir ao conceito de dignidade da pessoa humana de Kant] it is too deeply entrenched in our society at present for wealth maximization to be given free rein*” (*ibidem*, p. 379-380).

¹¹⁸ Assim fazendo, procedeu a uma ambiciosa adaptação-correção de sua teoria, abandonando a pretensão de cientificidade e objetividade da primeira fase, como explica José Manuel Aroso Linhares. “Uma reavaliação que renuncia à possibilidade de um sistema pré-determinado (de «conceitos e princípios econômicos básicos») - e com ela à exigência de conceber a prática e o pensamento jurídicos como uma *desimplicação* lograda deste sistema (...) -... na mesma medida em que se desvincula da *law as a social science claim* – que a «primeira geração» dos *Chicago Scholars* tinha herdado (mais ou menos inconfessadamente) tanto da *Sociological Jurisprudence* quanto dos *Progressive Realists* (...). Uma reavaliação, no entanto, que não põe em causa (que antes reafirma) a possibilidade de mobilizar a análise *custo/benefício* (e o *rational actor model* que a sustenta mas também a *welfarist proposition* que a torna possível)... para com eles construir uma verdadeira *teoria da decisão -julgamento* (*a certain theory of adjudication*): decerto como uma *perspectiva* entre outras possíveis – aquela que o *economic analyst of law* (*as external theorist*) está em condições de recomendar e de promover (quando se dirige aos operadores do direito); mas decerto também... como uma perspectiva cuja mobilização não garante nem determina «respostas únicas» (porque se trata antes de reconhecer a impossibilidade destas ou de qualquer reflexão metodológica lograda!)” (LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 78, 2002, p. 66-67, nota 2).

¹¹⁹ “*The situation would be improved if law committed itself to a simple functionalism or consequentialism. Suppose the sole goal of every legal doctrine and institution was a practical one. The goal of a new bankruptcy statute, for example, might be to reduce the number of bankruptcies and lower interest rates. The operation of the statute would be evaluated in terms of these goals, and if the statute failed to fulfill them it would be repealed. Law really would be a method of social engineering, and its structures and designs would be susceptible of objective evaluation, much like the projects of civil engineers. This would be a triumph of pragmatism*” (POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, op. cit., p. 122).

¹²⁰ Conforme exposição de José Manuel Aroso Linhares (*ibidem*), viragem esta iniciada com a trilogia *The Problems of jurisprudence* (de 1990), *Overcoming law* (de 1995) e *The problematics of moral and legal theory* (de 1999) e sintetizada em *Frontiers of legal theory* (de 2001).

a teoria econômica passou a ser mais uma forma (dentre outras possíveis, ainda que muitas vezes a mais importante quando justificada pragmaticamente) de buscar resultados para os problemas jurídicos na “área aberta” através de uma teoria com possibilidade de confirmação empírica¹²¹. Passou a ser um dos caminhos possíveis para que o direito se realizasse, no ponto de vista das decisões judiciais (especialmente das decisões das cortes de apelação dos Estados Unidos, numa das quais Posner é juiz), na perspectiva do pragmatismo¹²².

Pragmatismo, no sentido tratado por Posner para análise das decisões judiciais, opõe-se a “legalismo”¹²³ e implica, sobretudo que, na “área aberta”¹²⁴ do direito, o juiz decida de forma discricionária, como uma espécie de legislador eventual (“*occasional legislator*”), levando em consideração as consequências da sua decisão¹²⁵.

¹²¹ Comparando a teoria econômica com a teoria da evolução: “*Economic theory is closely related to the theory of evolution; concepts of maximization, competition, unconscious rationality, cost, investment, self-interest, survival, and equilibrium play parallel roles in both theories. Evolution deals with unconscious maximizers, the genes; economics with conscious maximizers, persons. The empirical difference is that unlike the theory of evolution, economic theory deals with observable social behaviors (...). I do not claim that economic and biological theories are successful because they are true, or even that they are true. They are successful because they help us to predict, understand, and to a limited extent control our physical and social environment; they yield knowledge that makes a difference (the pragmatic criterion of knowledge).*” (POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 14).

¹²² “*Most economic analysis of law is pragmatic, in the sense of trying to be usable by the legal profession, rather than doctrinaire or abstract; it has had dramatic effects on legal practice in fields as different as securities law and family law; and lately there have been some efforts explicitly to mix pragmatism and economics in approaching legal issues*” (*ibidem*, p. 239).

¹²³ José Manuel Aroso Linhares sugere que se traduza “*legalism*” por “juridismo” ou “juridicismo”, o que, de fato, enfatiza melhor o amplíssimo sentido atribuído por Posner à expressão (LINHARES, José Manuel Aroso, *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 19). Uma ou outra tradução, no caso, não funcionam sem a explicação, de modo que optamos pela expressão “legalismo” entre aspas com a intenção de provocar a necessidade da explicação em detrimento da maior fidelidade de sentido que “juridismo” ou “juridicismo” certamente representam. Segundo Posner: “*Legalists decide cases by applying preexisting rules or, in some versions of legalism, by employing allegedly distinctive models of reasoning, such as “legal reasoning by analogy”*” (POSNER, Richard. *How judges think*, Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 7).

¹²⁴ “*The decision making freedom that judges have is an involuntary freedom. It is the consequence of legalism’s inability in many cases to decide the outcome (or decide it tolerably, a distinction I shall elaborate), and the related difficulty, often impossibility, of verifying the correctness of the outcome, whether by its consequences or its logic. That inability, and that difficulty or impossibility, create an open area in which judges have decisional discretion – a blank slate on which to inscribe their decisions – rather than being compelled to a particular decision by “the law.” How they fill in the open area is the fundamental question that this book addresses, though lurking in the background and occasionally coming to the fore is the question how they should fill it in*” (*ibidem*, p. 9).

¹²⁵ “*“Pragmatism,” in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now it is enough to note that the word refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. Pragmatism bears a family resemblance to utilitarianism and, in a commercial society like ours, to*

Uma síntese da questão pode ser pensada a partir de uma citação de Holmes, segundo a qual o jurista do presente seria o “homem do texto” (“*the black-letter man*”) enquanto o jurista do futuro seria o mestre da estatística e da economia¹²⁶. O pragmatismo proposto por Posner pretende assumir este papel futurista pensado por Holmes, considerando já possuir as ferramentas estatísticas, econômicas e os dados necessários para o sucesso da empreitada.

Neste caminho, Posner parte de uma certa inspiração na teoria da previsão (“*prediction theory*”¹²⁷) para propor uma análise sociológica, política e psicológico-comportamental dos processos de trabalho que levam à decisão judicial¹²⁸.

Ao analisar as decisões judiciais a partir do comportamento do juiz como um trabalhador tomando decisões racionais no mercado de trabalho, até mesmo a necessidade de agilidade na produção e de busca de mais horas de lazer podem ser fatores que influenciem a forma de julgar os casos. Um juiz que não esteja treinado para aplicar outros métodos (como a análise econômica do direito) pode preferir um estilo “legalista”

*welfare economics, but without a commitment to the specific ways in which those philosophies evaluate consequences. In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statute or of a case, or more generally on a preexisting rule” (ibidem, p. 40). Posner faz uma síntese das premissas de seu pragmatismo em POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*, op. cit., especialmente no segundo capítulo.*

¹²⁶ Uma citação muitas vezes lembrada por Posner, que interpreta o ensaio de Holmes como uma previsão de que o caminho do direito será, de certo modo, o da superação do direito pela ciência (POSNER, Richard. “*The path away from the law*” in *Harvard Law Review*, n. 110, 1996, p. 1039-1043): “*For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics*” (HOLMES JR., Oliver. “*The path of the law*”, op. cit., p. 469).

¹²⁷ A teoria da previsão de Holmes é por ele formulada com o intuito de conceituar o direito de uma forma provocativa. Para criticar a visão positivista dominante, ele inverte a perspectiva e propõe que o jurista, em vez de buscar o sentido dos textos jurídicos, tente prever como os juízes vão julgar os casos problemáticos. Esta seria a competência profissional buscada pelas pessoas nos advogados: “*People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts*” (HOLMES JR., Oliver. “*The path of the law*” in *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, 1897, p. 457).

¹²⁸ Uma proposta elaborada neste sentido encontramos na obra conjunta *The behavior of Federal Judges* em que são analisadas diversas variáveis com ferramentas estatísticas para explicar as decisões judiciais a partir de fatores externos, como a orientação política do Presidente que indicou o julgador, a probabilidade de reforma da decisão por uma instância superior, a busca por promoção na carreira e o equilíbrio entre trabalho e lazer: EPSTEIN, Lee; LANDES, William; POSNER, Richard. *The behavior of Federal Judges – a theoretical and empirical study of rational choice*, Cambridge: Harvard University Press, 2013.

em busca de soluções mais rápidas e diretas que o permitam se dedicar a outras atividades nas horas vagas¹²⁹.

Também as preferências políticas do juiz podem ser importantes para definir a sua decisão. A teoria comportamental-ativista (“*attitudinal theory*”) dos julgamentos, faz uma análise descritiva dos resultados dos processos a partir da preferência política dos julgadores. Tal forma de análise parte da orientação política do Presidente (democrata ou republicano) que indicou cada juiz, o que permitiria classificá-los como liberais ou conservadores, e, assim, prever como votarão para decidir cada caso. No entanto, nem todos os processos têm um viés político muito acentuado. Além disso, outros fatores também influenciam nos julgamentos. A teoria estratégica considera que, ao decidir em órgãos colegiados, os juízes, ao votar, consideram como votarão os demais. Preocupam-se, ainda, com a reação dos legisladores e do público em geral¹³⁰.

Por outro lado, o pragmatismo permite perceber que a abordagem dos casos pelos julgadores é essencialmente intuitiva, o que implica que diversos fatores subjetivos (como a história pessoal, o temperamento, a educação, o sexo, a idade e a cor, por exemplo) afetem o resultado do julgamento. Esta prática intuitiva é inafastável, sendo, ademais, uma forma mais eficiente para tratar assuntos complexos, haja vista que o processamento dos diversos fatores a serem considerados na decisão se faz de forma subconsciente e, com isso, mais ágil¹³¹.

¹²⁹ “*It might seem that leisure preference would lead judges to decide as many cases as possible (or more!) by legalist techniques. Not only are those the techniques the judge knows best and is most comfortable with; but by excluding from the decision-making process a range of often recalcitrant material (such as legislative history, public policy, and the consequences of his decision), legalism demands less of the judge in the way of research. The other side of this coin, however, is that a judgment based on nonlegalist factors may require no research at all – may require no more than knowing who the parties are and which side of the case conforms the judge’s untheorized concept of what is “just” or “fair”. This point suggests that judicial performance in the open area might be improved by training judges in economics. (...) Objectivity is one of the main aims of legalists. It can sometimes be achieved by methods other than those of legalism*” (ibidem, p. 77).

¹³⁰ Ibidem, p. 29. Além das teorias comportamental, estratégica e do pragmatismo, Posner menciona a teoria sociológica, a psicológica, a econômica, a organizacional, a fenomenológica e a legalista (vide POSNER, Richard. *How judges think*, op. cit., p. 19-56).

¹³¹ “*Intuition plays a major role in judicial as in most decision making. The faculty of intuition that enables a judge, a businessman, or an army commander to make a quick judgment without a conscious weighting and comparison of the pros and cons of the possible courses of action is best understood as a capability for reaching down into a subconscious repository of knowledge acquired from one’s education and particularly one’s experiences*” (ibidem, p. 107). Mais adiante: “*When a decision depends on several factors, you may do better by using your intuition than by trying to evaluate consciously each factor separately and combining the evaluations to form an ultimate conclusion. The costs of consciously processing the information may be so high that intuition will enable a more accurate as well as a*

A intuição, para Posner, está presente de forma ampla nos julgamentos, sendo admitida por muitos juízes como, ao menos, um ponto de partida¹³². Ela se torna especialmente problemática, todavia, quando passa a ser, na realidade dos tribunais, a forma por excelência de decisão.

Como, nos dias de hoje, a maioria dos juízes delega a elaboração escrita das decisões (“*opinions*”) para seus assessores (“*law clerks*”), eles não participam da construção das fundamentações¹³³, tão importantes para que a intuição fosse apenas o princípio do método de julgamento. Com a delegação para os assessores, os juízes decidem intuitivamente e os assessores apenas buscam argumentos para justificar a decisão. Como normalmente são funcionários subordinados ao juiz, não se espera que os assessores

speedier decision than analytical reasoning would” (ibidem, p. 108).

¹³² Posner cita uma entrevista em que o Ministro da Suprema Corte Anthony Kennedy explica como ele vê a intuição nos julgamentos jurídicos: “*You know, all of us have an instinctive judgment that we make. You meet a person, you say, “I trust this person, I don’t trust this person. I find her interesting. I don’t find him interesting.” Whatever. You make these quick judgments. That’s the way you get through life. And judges do the same thing. And I suppose there is nothing wrong with that if it’s just a beginning point. But after you make a judgment, you then must formulate the reason for your judgment into a verbal phrase, into a verbal formula. And then you have to see if that makes sense, if it’s logical, if it’s fair, if it accords with the law, if it accords with the Constitution, if it accords with your own sense of ethics and morality. And if at any point along this process you think you’re wrong, you have to go back and do it all over again. And that’s, I think, not unique to the law, in that any prudent person behaves that way . . . I think that maybe the qualities for achievement in my field are not different – much different – than any others. Number one, knowing yourself, and being honest about your own failings and your own weakness. Number two: To have an understanding that you have the opportunity to shape the destiny of this country. The framers wanted you to shape the destiny of the country. They didn’t want to frame it for you.*” (KENNEDY, Anthony. “*Anthony Kennedy Interview*” in *Academy of Achievement: A Museum of Living History*, 22/10/2006, disponível em <<http://www.achievement.org/autodoc/page/ken0int-3.int-5>>, acesso em 16 mai 2017 *apud* POSNER, Richard. *How judges think*, op. cit., p. 257).

¹³³ Sobre a delegação dos juízes aos assessores e como isso prejudica o controle interno no momento da fundamentação: “*The expanded role of law clerks in the work of the Supreme Court (as in that of the lower courts) has produced an unearned increase in the judicial comfort level. Supreme Court law clerks are more numerous and experienced (because all now have spent at least a year in the lower-court clerkship before coming to the Court) than they used to be. They are also on average somewhat abler because law schools draw a higher average quality of applicants than they used to, probably as a consequence of the astronomical salaries of elite lawyers. There is almost no legal outcome that a really skillful legal analyst cannot cover with a professional varnish. So a Supreme Court Justice – however questionable his position in a particular case might seem to be – can, without lifting a pen or touching a computer keyboard, but merely by whistling for his law clerks, assure himself that he can defend whatever position he wants to take with enough professional panache to keep the critics at bay. A law clerk is not going to tell his Justice “I won’t write” – the symbol of self-disciplining effect of authorship. It would be a confession of inadequacy. So “delegation of the opinion-drafting function to law clerks may increase the propensity of Justices to decide cases based solely on their policy preferences.” (David R. Stras, “The Supreme Court’s Goalkeepers: The Role of Law Clerks in the Certiorari Process,” 85 *Texas Law Review* 947, 961-962 (2007)). The more that is delegated (because of more and better clerks), the more sway the propensity can be expected to have” (POSNER, Richard. *How judges think*, op. cit., p. 285-286).*

questionem o julgador. Caso a fundamentação indique outro desfecho, o assessor, em geral, vai buscar outra forma de justificar a solução intuitivamente indicada por seu superior. Por isso, Posner sugere que os juízes escrevam as próprias decisões, contando com os assessores para as tarefas de crítica, revisão e pesquisa. É assim que ele próprio organiza seu trabalho como juiz da corte de apelações¹³⁴.

De todo modo, é de se constatar que a maioria dos juízes dos Estados Unidos é pragmatista (ainda que um pragmatista limitado), mesmo que não se descrevam desta forma¹³⁵. Eles julgam de forma intuitiva e discricionária, atuando como legisladores eventuais e ponderando os interesses em jogo e consequências da decisão, mas sujeitam-se a limites internos e externos.

Os limites internos, tradicionalmente sustentados como tais pelos legalistas, são as regras, os direitos subjetivos (“*rights*”) e os princípios, extraídos tanto das leis (“*statutes*”) quanto dos precedentes (“*common law*”). Para um pragmatista, contudo, tais limites não são decisivos, haja vista que o que define realmente o direito é o que os juízes fazem no exercício da sua atividade jurisdicional¹³⁶.

¹³⁴ “*In the “Posner model,” emulated I fear by few if any other judges, the judge, being an experienced writer of judicial opinions if he’s been a judge for even just a few years (for he may be writing fifty or more opinions a year), writes a serviceable if rough draft shortly after the judges confer following the argument and the opinion assignments are made. He gives his draft to one of his law clerks, indicating mainly by bracketed directions in the draft what further research he wants the clerk to do. That further research is likely to be both legal and factual (...). The clerk understands that he’s also to check all the facts in the draft carefully, delve into the record for key facts that the judge may have overlooked, criticize the form and substance, tone and clarity, of the judge’s opinion, suggest ideas, suggest style and word changes, and propose and if feasible pursue additional lines of research or ask the judge whether they are worth pursuing.*

The clerk presents the results of his work on the judge’s first draft in the form of comments either inserted in the draft, if short, or if not then in a separate memorandum. The judge then rewrites the draft. The cycle of judge-clerk interaction may be repeated several times before the opinion is ready to be cite checked by another law clerk (who is also welcome to make suggestions for further improvements) and then reworked a final time by the judge and finally circulated to the other judges on the panel. The judge may also show part or all of his draft to another judge, soliciting suggestions, in advance of completion and circulation” (POSNER, Richard. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 241).

¹³⁵ “*The word that best describes the average American judge at all levels of our judicial hierarchies and yields the greatest insight into his behavior is “pragmatist” (more precisely, as I shall explain, “constrained pragmatist”).*” (POSNER, Richard. *How judges think*, op. cit., p. 230).

¹³⁶ “*At issue are two concepts of law. In one, (...) law is distinct from politics and policy; it is the realm of rules, rights, and principles. In the other, law, at least insofar as the study of judges is concerned, is whatever judges do in their official capacity unless they go wild and court impeachment for being usurpative. I shall continue to call the first concept of law legalism and the second pragmatism (...)*” (*ibidem*, p. 175).

O “legalismo” tende a preferir regras em relação a *standards* em razão da maior certeza (aparente) trazida pelas regras. No entanto, a construção das regras, por ser mais estreita, acaba por possibilitar, num determinado caso concreto, uma aplicação dissociada do seu propósito, o que demanda a criação de exceções e ampliação do seu sentido. Neste sentido, comparado a uma regra, com exceções e possibilidades de ampliação, um *standard* pode aumentar a certeza e a previsibilidade¹³⁷.

Tal, contudo, não implica que o pragmatismo prefira os *standards* às regras. Em alguns casos, como a fixação de prazos para propositura de demandas, ou de limites de velocidade, as regras são preferíveis mesmo de um ponto de vista pragmático. A preferência por regras ou *standards* sempre dependerá de um julgamento de política pública (“*policy judgment*”)¹³⁸, o qual acaba por ser feito pragmaticamente.

Em relação à interpretação dos textos legislativos (como das leis e da constituição), pode-se afirmar que um “legalista” é, em geral, um intérprete com limites estritos (“*strict constructionist*”) e um pragmatista é um intérprete com limites flexíveis (“*loose constructionist*”). O pragmatista não se apega tanto aos limites semânticos. Antes, busca reconstruir a intenção dos legisladores, atento aos propósitos da regra e às consequências da decisão. Com isso, a função do juiz torna-se, do ponto de vista pragmatista, complementar à do legislador na obtenção dos fins que motivaram o ato legislativo¹³⁹.

¹³⁷ Tratando de um exemplo envolvendo uma regra de trânsito que fixe um limite de velocidade: “(...) *the certainty of a rule is bought at a price. By excluding considerations potentially relevant to its purpose (such as safe driving), the rule may generate a misfit between purpose and application. And while a posted speed limit is a rule that every user of the highway will learn, most rules of law are not “posted,” so unless they are intuitive laypeople will violate them inadvertently. Standards are more likely to conform to lay understandings – which means that despite their great vagueness they may provide better guidance to compliance with the law. Also, by virtue of being formulated in general terms (“negligence,” “possession,” “due diligence,” and so forth), standards really embrace unforeseen situations. Rules do not, and that creates arguments over their boundaries and, what is closely related, pressure for exceptions. Often, therefore, the real comparison is between a standard on the one hand and a rule plus exceptions and boundary issues on the other. Clarity may not favor the rule” (ibidem, p. 176-177).*

¹³⁸ “Although I have been emphasizing the limitations of rules, often it is reasonably clear that they are superior to standards even from a pragmatic standpoint. (...) But the legalists’ general preference for rules over standards has never been shown to be correct. No responsible person favors a legal regime of just rules or just standards, but there is a large middle range in which the choice of a rule over a standard depends on a policy judgment rather than on an exercise of logic” (ibidem, p. 179).

¹³⁹ “The loose constructionist, in contrast to the strict, is a pragmatist. He wants the enactments he interprets to have sensible consequences, though not necessarily the consequences he would prefer – he is a constrained pragmatist (...), though he thinks that sensible consequences are usually what the legislators want as well. (...) The pragmatist wants to use the experience gleaned from cases and other sources of postenactment information to complete the legislative project. He wants to help the legislators

Contudo, a escolha, em cada caso, pela interpretação estrita ou pela interpretação flexível, depende da análise pragmática discricionária das consequências específicas do caso e das consequências sistêmicas, de modo que, assim como na questão das regras e dos *standards*, não existe um resultado que seja melhor de forma geral e *a priori*¹⁴⁰.

Por sua vez, os limites externos por excelência seriam caracterizados pela crítica acadêmica ao trabalho dos juízes. Os juízes se importam com a sua reputação e querem ser reconhecidos pelos principais juristas acadêmicos como sendo bons julgadores. Análises positivas dos julgamentos, bem como críticas negativas, seriam capazes de estabelecer parâmetros para que os juízes melhorassem a sua atuação¹⁴¹.

Ocorre que, após a década de 1950¹⁴², um grande distanciamento entre a academia e a prática judiciária dificulta que a crítica acadêmica seja um limite efetivo à atuação judicial. Nos dias de hoje, tanto os juízes não se interessam pelo que pensam os acadêmicos, quanto os acadêmicos não se preocupam mais em analisar o trabalho individual dos juízes (com exceção da análise de julgamentos dos juízes da Suprema Corte, que, por terem alta carga política, geram análises também bastante políticas, o que acaba por não ser levado muito em consideração pelos magistrados e, com isso, por não servir de limite externo à sua atuação)¹⁴³.

Tal distanciamento entre a academia e o judiciário decorre também da

achieve their ends” (*ibidem*, p. 192-193).

¹⁴⁰ “Good pragmatic judges balance two types of consequence, the case-specific and the systemic. (...) The point is only that legalism no more requires strict construction than it requires a law made up entirely of rules than of rules and standards. These are choices that entail the exercise of legislative-like judicial discretion” (*ibidem*, p. 202-203).

¹⁴¹ “The external constraint on judicial behavior that is most compatible with a judiciary as independent as our federal judiciary is academic criticism, since it is noncoercive. It is potentially a powerful constraint because judges care about their reputation, care about being (and not merely being thought to be) “good” judges, respect the intellect and specialized knowledge of first-rate academic lawyers, and by virtue of their very independence are open to a wide array of influences, including those exerted by criticism, that would have little impact were judges subject to the powerful incentives and constraints of employees who lack the independence of a federal judge. Actually a better word than “criticism” in this context is “critique.” Judges would benefit from praise that indicated where they were doing a good job as well as from criticism, and judges who were not praised would learn from the praise of others where they were falling short” (*ibidem*, p. 204).

¹⁴² *Ibidem*, p. 208-209.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 205.

diferença entre o aumento da especialização acadêmica nas faculdades de direito (com uma grande abertura interdisciplinar para outras áreas das ciências humanas) e a necessidade de atuação generalista dos juízes. Com isso, os acadêmicos se isolam nas suas investigações, distanciando-se da prática jurídica judicial.

Neste sentido, Posner acaba por reconhecer que o limite externo da crítica acadêmica não seja tão efetivo e que, hoje, juízes não são professores de direito.

No entanto, ele vislumbra uma possibilidade de esse distanciamento acadêmico servir como um apoio aos juízes para que possam, especialmente nos casos difíceis, compreender as consequências práticas dos julgamentos e realizar uma ponderação consciente dos interesses em disputa. Para tanto, os acadêmicos, quando atuarem nos processos judiciais, seja como pareceristas, seja como *amicus curiae*, devem se valer de seus conhecimentos especializados, suprindo os magistrados generalistas com informações fáticas a que eles têm melhor acesso porque têm mais tempo disponível para investigar¹⁴⁴. É dizer, os acadêmicos (não apenas juristas, mas historiadores, cientistas políticos, sociólogos e economistas, por exemplo), na visão de Posner, podem atuar como auxiliares para esclarecer os julgadores os propósitos e os interesses subjacentes ao caso controvertido e as consequências dos possíveis julgamentos¹⁴⁵.

¹⁴⁴ “I would like to see the legal professoriat redirect its research and teaching efforts toward fuller participation in the enterprise of social science (broadly conceived, and certainly not limited to quantitative studies) and by doing so give judges better help in understanding the social problems that get thrust on the courts” (POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 164).

¹⁴⁵ Referindo-se à atuação dos advogados em geral: “Rarely is it effective advocacy to try to convince the judges that the case law compels them to rule in one’s favor. For if that were so, the case probably would not have gotten to the appellate stage (unless it is a criminal case – criminal cases tend to be appealed regardless of the merit of the appeal, because normally the appellant is not bearing the cost of the appeal). And so the second-biggest mistake the appellate advocates make, after exaggerating how much the judges know about, or are willing to devote time to learning about, the circumstances behind the appeal, is to think they can win by rubbing the judges’ noses in the precedents. In a case that is not controlled by precedent, the task of the advocate is to convince the judges that the position for which he is contending is the more reasonable one in the light of all relevant circumstances, which include but are not exhausted in the case law, the statutory text, and the other conventional materials of legal decision making.

*The most effective method of arguing such a case (...) is to identify the purpose behind the relevant legal principle and then show how that purpose would be furthered by a decision in favor of the advocates position. Having done this, he will have to show that the position does not violate settled law, and this will require a further discussion of the cases. So precedent will enter at two stages in the argument: as a source of governing principles, and as a constraint on efforts to realize those principles in the novel setting of the case at hand. At neither stage, however, will the good advocate be arguing that the result for which he is contending is already “in” the law” (POSNER, Richard. *How judges think*, op. cit., p. 220). Em seguida, Posner reforça esta necessidade quando discute a atuação específica de professores de*

O que Posner quer dizer é que os limites internos e externos tradicionais não funcionam tão bem como limites imediatos para o julgador pragmatista. O que define mesmo um julgamento pragmatista é a preocupação com as consequências práticas da sua decisão. No entanto, essa preocupação com as consequências deve não apenas considerar as consequências do julgamento no caso específico, como deve se preocupar com as consequências sistêmicas e institucionais¹⁴⁶. Com isso, o pragmatista pode, muitas vezes, adotar a solução legalista como sendo a mais adequada às melhores consequências institucionais, por exemplo, como na maioria dos casos de rotina, em que a previsibilidade da decisão deve ser considerada de forma preponderante¹⁴⁷.

Deste modo, ele apresenta uma justificação externa do “legalismo” jurídico e da necessidade de uma certa auto-restrição dos julgadores para proferirem decisões

Harvard e de Yale num determinado processo judicial que envolvia a constitucionalidade de uma lei (*the Solomon Amendment*) que proibia o recebimento de verbas federais pelas faculdades que impedissem o acesso das forças armadas aos seus eventos de mostras profissionais, em que os estudantes podiam conversar com potenciais empregadores (*Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. (FAIR)*). As faculdades impediam o acesso das forças armadas por força de uma regra geral que não permitia, em tais eventos, o acesso de instituições que discriminassem os homossexuais. “*The practical consequences of upholding or invalidating the Solomon Amendment are sociopolitical facts that academics are in a better position to investigate than practicing lawyers. Inquiring into those facts and presenting the results to the courts would be a more useful employment of law professors’ time than hiring practitioners to flog precedents. There is a sheeplike character to all these professors signing on to a practitioner’s brief (the sheep being led by the goat). One might have thought that some of them would speak on their own voice – express an individual view. Can’t a law professor at Harvard or Yale write a brief? Well, maybe not anymore; but he could do the research that only academics can do well, and let the practitioner convey the results in the brief*” (*ibidem*, p. 229).

¹⁴⁶ “*The core of legal pragmatism is pragmatic adjudication, and its core is heightened judicial concern for consequences and thus a disposition to base policy judgments on them rather than on conceptualisms and generalities. But rather than being a synonym for ad hoc adjudication, in the sense of having regard only for the consequences to the parties to the immediate case, sensible legal pragmatism tells the judge to consider systemic, including institutional, consequences as well as consequences of the decision in the case at hand. He thus must consider the effects on commercial activity of disregarding the actual wording of a contract or failing to adhere to legal precedents on which the commercial community has come to rely.*

Sensible pragmatic judges are to be distinguished from short-sighted pragmatists, blinded by the equities of the case to the long-term consequences of their decisions; it is for the latter that the pejorative expression “result oriented” should be reserved.” (*ibidem*, p. 238-239).

¹⁴⁷ “*(...) in most routine cases, where legalist analysis promotes the valuable social good of legal predictability, legalism can be understood as a special case of legal pragmatism. It is even possible to imagine legal systems in which a thoroughgoing rather than an intermittent legalism might be the best pragmatic strategy. But even in our system it will sometimes be difficult to distinguish a pragmatist judge from a legalist one. Suppose the pragmatist sees enormous values in rules compared to standards. He will push for rules, and to the extent successful the push will increase the scope of legalism. From the outside he may look just like a legalist judge who thinks law is only law when it involves the application of clear rules. The analogy is to “rule utilitarians” who believe that utility can often be more effectively promoted by means of rules that do not require a comparison of utilities than by trying to evaluate the effect on utility of every act*” (*ibidem*, p. 80-81).

contra legem (especialmente nas questões de inconstitucionalidade – que deve ser limitada aos casos extremos, inevitáveis, na expressão de Holmes, “*can’t help*”), com vistas nas consequências sistêmicas de estabilidade e no valor da experimentação para análise mais responsável das consequências concretas das alterações legislativas¹⁴⁸.

De todo modo, nesta reconvocação do “legalismo”, o trato do pragmatista com as regras jurídicas vai além do sentido imediato das palavras, para buscar o propósito por trás do texto. Assim, o juiz deve reconstruir a regra em termos práticos¹⁴⁹ e sopesar os custos e benefícios das soluções em relação aos interesses em disputa para decidir qual interesse deve prevalecer (com o que o pragmatismo pode incorporar os métodos da análise econômica do direito¹⁵⁰, ainda que de forma inconsciente).

Além disso, o julgador pragmatista deve preferir fundamentar a sua decisão em parâmetros mais estreitos, permitindo que as soluções jurídicas sejam, primeiro, testadas empiricamente, antes do controle judicial¹⁵¹. Por este motivo, ele não decide com

¹⁴⁸ Neste ponto, a teoria de Posner oscila. Ele chega a criticar a “escola da indignação” (“*outrage school*”), a qual argumenta que a decisão de declarar uma lei inconstitucional deve ser tomada em último caso, quando a lei “revirar o estômago” ou for muito assustadora para a consciência do julgador (POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 147) para afirmar que o critério acaba por ser muito relativo (*ibidem*, p. 148-149).

¹⁴⁹ “*There are two ways to determine whether a new case fits under a rule. The first is to examine the extension of the rule – that is, to determine what instances fall within its meaning (as you would gather meaning, knowing nothing about the context, from a dictionary plus the rules for constructing English sentences), and then to determine whether the facts of the case at hand correspond to one of those instances. The second method, which is the pragmatic, is to determine the purpose of the rule – almost always there is a discernible purpose – and then pick the outcome that will accomplish that purpose. A purpose having been identified, the rule can be restated in practical rather than legalistic terms. The search for the purpose carries the judge beneath the verbal surface of the law to the social reality that the law is trying to shape. He must of course try not to exaggerate the thrust of the statute by ignoring a legislative compromise that may have blunted that thrust. He must save the legislation from being undone by unforeseen contingencies rather than improve it*” (*ibidem*, p. 245).

¹⁵⁰ “*Many areas of consensus in the law today are ones in which economic analysis provides a good account of what judges are doing, whether or not they are conscious that what they are doing is economics. Cost-benefit analysis – the economist’s method of determining what course of action to follow – is simply a disciplined way of weighing the consequences of alternative courses and choosing the one that is likely to produce the largest surplus of good over bad consequences. Remember that when cases are difficult to decide it is usually because the decision must strike a balance between two legitimate interests, one of which must give way. Pragmatism is a better description of judicial behavior in these areas than economics only because judges are more likely to recognize themselves in a description of a pragmatist than in a description of an economist, pragmatism being so deeply ingrained in American popular and political culture*” (*ibidem*, p. 245-246).

¹⁵¹ “*A related point is that the pragmatic judge is likely to favor narrow over broad grounds of decision in the early stages of the evolution of a legal doctrine. Deciding a case on a narrow ground is a corollary of an empiricist or experimentalist orientation. The narrower the ground, the less the judges are interfering with the challenged activity. The broader the ground, the less scope he judges will have for obtaining from future cases additional information bearing on the consequences of the activity, because the decision will be a precedent that until overruled or distinguished will rule new cases within its*

base em princípios, os quais trazem parâmetros demasiado amplos e, com isso, comprometem uma inovação futura, decorrente de fatos não previstos. O pragmatista, por se preocupar com as consequências, tem os olhos voltados para o futuro. Ele utiliza a análise do texto e da história como controles negativos, a fim de afastar a regra caso o seu único fundamento para incidência no caso seja semântico, ou caso tenha seu propósito vinculado a circunstâncias históricas que não estão mais presentes¹⁵². É importante que o pragmatista considere o passado como fonte de informação e sabedoria para a solução dos casos que se lhe apresentam, servindo a sua análise, inclusive, para a interpretação do propósito da norma. Ele deve considerar, ainda, as consequências institucionais relativas à previsibilidade e à estabilidade¹⁵³. No entanto, ele não tem o dever de se prender ao passado¹⁵⁴, devendo buscar a decisão que tenha as melhores consequências empiricamente determinadas.

semantic domain, which may be vast" (POSNER, Richard. *How judges think*, op. cit., p. 246-247).

¹⁵² "Neutral principles are a legalist trace in a school (the legal process school) that thought it had turned its back on legalism and was merely tempering legal realism. With neutral principles as with originalism, the past is allowed to rule the present and future. The neutral principle is laid down on the basis of what is known today but establishes a commitment for tomorrow, when much more may be known. Since the consequences of a decision always lie in the future, legal pragmatism is forward-looking. Adherence to precedent performs important functions, but ultimately precedent, and thus the past, is servant rather than master to the pragmatist. The value to him of the study of history lies less in directing judgment than in identifying rules that have nothing to validate them but a pedigree. Like the weakened descendants of overbred aristocrats, such rules are candidates for a critical reexamination that may lead to their supersession. Pragmatic judges thus are historicist in the counterintuitive sense of being alert to the possibility that a current legal doctrine may be a mere vestige of historical circumstances and should be discarded. Historical inquiry is like distinguishing; it is a search for differences rather than for similarities" (ibidem, p. 247-248).

¹⁵³ "The judicial pragmatist has different priorities. He wants to come up with the decision that will be best with regard to present and future needs. He is not uninterested in past decisions, in statutes, and so forth. Far from it. For one thing, these are repositories of knowledge, even, sometimes, of wisdom; so it would be folly to ignore them even if they had no authoritative significance. For another, a decision that destabilized the law by departing too abruptly from precedent might on balance have bad consequences. Judges often must choose between rendering substantive justice in the case at hand and maintaining the law's certainty and predictability. The trade-off—posed most starkly in cases in which the statute of limitations is asserted as a defense—will sometimes point to sacrificing substantive justice in the individual case to consistency with previous cases or with statutes or, in short, with well-founded expectations necessary to the orderly management of society's business. Another reason not to ignore the past is that often it is difficult to determine the purpose and scope of a rule without tracing the rule to its origins" (POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 242).

¹⁵⁴ "But I do not understand "forward-looking" in that sense. I understand it to mean that the past is valued not in itself but only in relation to the present and the future. That relation may be a very important one. In many cases the best the judge can do for the present and the future is to insist that breaks with the past be duly considered. In such a case the only difference between the positivist judge and the pragmatic judge is that the latter lacks reverence for the past, a felt duty of continuity with the past. That sense of duty would be inconsistent with the forward-looking stance and hence with pragmatism" (ibidem, p. 261).

1.3) Teoria e interdisciplinaridade: do pragmatismo ao realismo

Sem negar as raízes óbvias na Análise Econômica do Direito, de se reconhecer que, com a chamada “viragem pragmática”, a interdisciplinaridade ganha centralidade crítica no pensamento de Posner. Ele sugere que os juristas estudem mais “teoria”, atribuindo ao termo, no entanto, o sentido de uma visão externa ao direito, formulada a partir de outras disciplinas¹⁵⁵. A este momento “teórico”, contudo, antecede uma formulação crítica, em que ele exclui do conceito de teoria tanto a Teoria do direito (como filosofia moral e jurídica) quanto a doutrina¹⁵⁶, e que, ademais, reconhece que, em qualquer dos três sentidos, a teoria acadêmica está, em geral, distante da prática judiciária¹⁵⁷.

A doutrina, na visão de Posner, perdeu importância na produção acadêmica das principais universidades, mais concentrada na produção de “teoria” nos outros dois sentidos¹⁵⁸. Por outro lado, a maior disponibilidade de informações na Internet, torna os tratados menos importantes como referência para a produção de decisões no cotidiano dos tribunais¹⁵⁹.

Sobre a teoria no seu sentido mais abstrato, Posner contesta mesmo a relevância prática da teoria moral produzida no mundo acadêmico. A moral seria, na realidade, influenciada e modificada por alterações na percepção dos fatos (pelas descobertas científicas, por exemplo) e pelo trabalho dos chamados “empreendedores morais” (“*moral entrepreneurs*”), pessoas influentes e carismáticas que guiam os sentimentos da sociedade a respeito do que é certo e errado por métodos de persuasão não-

¹⁵⁵ “By Legal Theory, I mean the study of the law not as a means of acquiring conventional professional competence but “from the outside,” using the methods of scientific and humanistic inquiry to enlarge our knowledge of the legal system. There should be departments of law, where students can pursue doctoral programs in Legal Theory, or alternatively programs that meld college, law school, and doctoral training in another discipline into an integrated course of study taking less than the minimum of ten years after high school that such a program would currently require” (POSNER, Richard. “The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987” in Harvard Law Review, n. 100, 1987, p. 779).

¹⁵⁶ POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 2.

¹⁵⁷ POSNER, Richard. “The judiciary and the academy – a fraught relationship” in University of Queensland Law Journal, n. 29, 2010, p. 13-18, disponível on-line em <https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1839/>, último acesso em 02 jul. 2018.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 16.

racionais¹⁶⁰. Diferentemente, os acadêmicos não detêm estas características e produzem discursos com pouca repercussão fora de seus círculos reduzidos.

De forma análoga, a Teoria jurídica (“*Legal theory*”), que engloba a Filosofia do direito (“*jurisprudence*”) e alguns aspectos da Filosofia política e da Filosofia moral¹⁶¹, cria discursos abstratos e herméticos que não são capazes de influenciar a prática jurídica no dia a dia dos tribunais¹⁶², seja pela recusa dos próprios juízes de aderirem a posições políticas de acadêmicos¹⁶³, seja em razão do jargão utilizado, que torna as reflexões inacessíveis¹⁶⁴. Ao criar tais discursos, a Teoria do direito deixa de reconhecer a possibilidade dos resultados jurídicos falsificáveis conseguidos pelas ciências, mistificando as soluções aos problemas jurídicos¹⁶⁵.

Por isso, desde o pragmatismo, Posner aposta na “teoria científico-social”,

¹⁶⁰ POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 42.

¹⁶¹ “[“*Legal theory*”] (...) deals with rather abstract issues involving the nature of law and justice, and the judicial role, particularly interpreting the Constitution One might think of it as jurisprudence crossed with politics. It engages the attention of many very able academic lawyers and is heavily taught. Oddly, though it addresses issues that are certainly very important to judges, especially appellate judges and above all Supreme Court Justices, it does not have much impact on the judicial process. This is partly because the literature is too abstract, borrowing as heavily as it does from philosophy and social theory, and partly because both it and adjudication at the highest levels are strongly political and judges are not likely to take their political cues from professors” (POSNER, Richard. “*The judiciary and the academy – a fraught relationship*”, cit., p. 15).

¹⁶² Tal entendimento é exposto por Posner tanto em relação à parte mais voltada à Teoria Moral (“*Hart, Dworkin, and Habermas do not exhaust the universe of jurisprudence. But they are sufficiently representative to suggest that judges looking for help in deciding difficult cases are not going to get much from jurisprudence. It is too abstract yet at the same time, as I have emphasized, too culturally specific to have much utility*” – POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 107), quanto à parte mais voltada à Teoria política ou Teoria da constituição (“*The reason is that constitutional theory has no power to command agreement from people not already predisposed to accept the theorist’s policy prescriptions. This is because it is normative in the same way that moral theory is, being abstract, unempirical, and often at war with strongly held moral intuitions or political commitments; because it is interpretive and the accuracy of an interpretation of an old document is not verifiable or otherwise demonstrable; and because normativists, including law professors, do not like to be backed into a corner by committing themselves to a theory that might be falsified by data, any more than a practicing lawyer wants to take a position that might force him to concede that his client has no case*”). (*ibidem*, p. 145).

¹⁶³ Há uma tendência política bem mais de esquerda na academia do que no judiciário dos Estados Unidos, especialmente após as décadas de 1960 e 1970 (POSNER, Richard. “*The judiciary and the academy – a fraught relationship*”, cit., p. 16).

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶⁵ “*For the academic lawyer, however, moral theory is an escape from having to think of law as a form of social science or policy science. Law conceived in scientific terms might have an embarrassing transparency, for legal claims might them actually be falsifiable. Moral theory and constitutional theory, in contrast to scientific theory, are at once opaque and spongy. They provide vocabularies in which to make law conform to the theorist’s political preferences without seeming to do so. These theories are alternative mystifications to the traditional concept of law as an autonomous and hermetic discipline*” (POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, op. cit., p. 204).

para solucionar os problemas jurídicos da “área aberta” por meio de uma abordagem interdisciplinar¹⁶⁶.

Ele entende não haver uma diferença substantiva entre a metodologia jurídica (“*legal reasoning*”) e a razão prática geral, motivo pelo qual a análise das melhores consequências pode ser bastante auxiliada por uma visão mais clara dos fatos¹⁶⁷.

Mas não somente. Na realidade dos tribunais, uma melhor compreensão dos fatos pode auxiliar também na aplicação formalista do direito e na percepção intuitiva da melhor decisão, a qual muitas vezes não consegue ser traduzida na linguagem da ponderação de consequências.

O auxílio de profissionais especialistas em outras áreas do conhecimento torna-se ainda mais relevante se levarmos em conta o aumento da complexidade das questões de fato sobre as quais o direito é chamado a decidir¹⁶⁸.

Com o aumento da complexidade¹⁶⁹, há o aumento da especialização, o que afasta ainda mais a academia dos juízes. Os juízes são, em sua maioria, generalistas, resolvendo casos de diversos ramos e sub-ramos do direito. Assim, eles, muitas vezes, não têm o conhecimento necessário sequer para compreender as análises fáticas já feitas por profissionais especialistas em outras áreas, escritas em jargão, com pressupostos teóricos

¹⁶⁶ “*Law needs theory – social scientific theory. Even morality needs theory, in the sense that history, psychology, biology, economics, anthropology, sociology, and game theory can help us to a better understanding of the origins, scope, determinants, and efficacy of moral norms, which play an important role in the system of social control in our society as in all societies. What no one needs is normative moral philosophy, or the kind of legal theory that is built on or runs parallel to normative moral theory, or postmodern antitheory. We can avoid these dead ends and keep on the path that leads to a true and healthy professionalization of law if we steer by the light of pragmatism*” (ibidem, p. 309-310).

¹⁶⁷ “*A key tenet of legal pragmatism is that no general analytic procedure distinguishes legal reasoning from other practical reasoning. Law has a special vocabulary, special concerns, special traditions. But the analytical methods used by judges are those of ordinary, everyday reasoning, which is concerned with practical benefits and costs. (...) At a deeper level legal pragmatism asks litigants and their lawyers, along with judges and their law clerks, to go beyond argument – beyond “rhetoric” in the pejorative sense of verbal jousting ungrounded in facts – to data: statistics, precise measurements, photographs, diagrams*” (POSNER, Richard. *How judges think*, op. cit., p. 248).

¹⁶⁸ O que Posner denomina complexidade externa (“*external complexity*”). Vide: POSNER, Richard. *Reflexions on judging*, op. cit., p. 4.

¹⁶⁹ O sentido de complexidade trazido pelo autor é diferente de dificuldade. Ele envolve a pluralidade de interconexões sistêmicas que as questões suscitam: “*A question is complex when it is difficult by virtue of involving complicated interconnections – or in other words when it is a question about a system rather than a monad*” (ibidem, p. 54-55).

estranhos à sua formação acadêmica (dos juízes).

Ocorre que, em vez de buscar melhor compreender esta complexidade externa, os juízes (e os juristas em geral) optam por criar uma complexidade interna ao direito¹⁷⁰, com um jargão desnecessário e excessos formalistas que buscam fechar o direito numa falsa autonomia, distanciando as análises jurídicas de uma compreensão mais adequada do contexto dos problemas.

Recusando este modelo formalista criador de mais complexidade, Posner propõe o que ele denomina realismo¹⁷¹, um “realismo de complexidade”¹⁷². Deste modo, as reflexões de Posner ultrapassam o pragmatismo para traçar as linhas de uma reflexão mais próxima da realidade dos tribunais.

O julgamento realista parte de uma preocupação com a descoberta dos sentidos dos fatos, para o que uma abordagem interdisciplinar é essencial. Tendo sido estabelecido o contexto fático de forma mais clara, o julgador poderá identificar se o caso se situa ou não na “área aberta”. Se os fatos estiverem dentro do sentido das regras, faz-se a aplicação formalista do direito. Se não estiverem, o julgador deve decidir de modo a conformar a solução ao propósito da regra. Caso tal propósito não esteja disponível, ele atuará como um legislador¹⁷³.

¹⁷⁰ Para alguns exemplos: *ibidem*, p. 60-104.

¹⁷¹ Em *Reflections on Judging*, Posner defende um realismo que vai além do pragmatismo, com uma maior abertura aos fatos do que à teoria: “*But I don’t need to limit legal realism to pragmatism to make the points I want to make in this book. The core of a defensible legal realism is the idea that in many cases, and those the most important, the judge will have to settle for a reasonable, a sensible, result, rather than being able to come up with a result that is demonstrably, irrefutably, “logically” correct. Law is not logic but experience, as Holmes famously put it. And experience is the domain of fact, and so the realist has a much greater interest in fact than the formalist, and in “fact” in a richer sense than what a judge can glean from a trial transcript. And today that richer sense encompasses the findings of science, along with statistical and other systematic data. But science and data will no more resolve every case than orthodox legal texts will. What is reasonable or sensible will often depend on moral feelings, common sense, sympathies, and other ingredients of thought and feeling that can’t readily be translated into a weighing of measurable consequences.*

But openness to facts not limited to those found in judicial records is what I want to stress.” (POSNER, Richard. *Reflections on judging*, op. cit., p. 6).

¹⁷² LINHARES, José Manuel Aroso. “*Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?*”. In Boletim de Ciências Econômicas, volume LVII (separata), Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 1753-1789.

¹⁷³ “*A realistic approach to interpretation is an approach that is analytically simple, that shifts the judicial focus to factual inquiry (...). The realist judge’s approach is that if the statute is clear, fine; if it’s not clear, let’s try to figure out what the legislature’s general aim or thinking was and interpret the statute to advance that aim. And there may be clues in the legislative history. If we can’t figure out what the aim is, we’ll have no alternative but to assume the role of pro tem legislators and impose some reasonable*

Diferentemente do realismo das décadas de 1920 e 1930, que, para Posner, redundava muitas vezes em julgamentos baseados em palpites (“*hunches*”), o realismo por ele defendido tem um sentido essencialmente empiricista e cientificista¹⁷⁴. A objetividade e a certeza que o formalismo não conseguiu encontrar nos textos jurídicos, o realismo de Posner busca, de forma aproximada (ele não defende uma procura por uma “resposta certa”), no conhecimento científico.

Por outro lado, o novo realismo (de forma inconsciente) tenta solucionar a complexidade gerada pelo próprio consequencialismo pragmatista¹⁷⁵, convocando a interdisciplinaridade desde o início do processo racional de realização do direito, a fim de que uma compreensão mais clara dos fatos possa diminuir a quantidade de casos difíceis¹⁷⁶.

Apesar de carregar ainda muitos pontos em comum com o pragmatismo, o *meaning on the statute*” (POSNER, Richard. *Reflections on judging*, op. cit., p. 234-235).

¹⁷⁴ “*The judiciary needs better tools for deciding cases. It needs a return to legal realism, but this time realism with depth, realism grounded in modern analytical and empirical methods, realism that goes beyond the hunch.*”

One reason the legal realism of the 1920s and 1930s was widely disparaged was that it seemed to involve the substitution of personal beliefs and emotions—at best of common sense (which often is untrustworthy)—for the legal “science” represented by formalism, with its claims to objectivity and impersonality. Those claims were and are wildly overstated—intuition, personal beliefs, and like sources of subjectivity play a large role in judicial decisions, even when a decision comes wrapped in a rhetorical cloak of objectivity. But that is no reason to be complacent about realism. Realism, to be realistic in this day and age, has to be grounded, to a considerably greater extent than at present, in scientific theory and empirical understanding” (ibidem, p. 353).

¹⁷⁵ Quando o pragmatismo convoca ao sopesamento também as consequências institucionais e sistêmicas, o caminho formalista do direito-texto acaba por retornar ao círculo analítico para ser sopesado na análise consequencialista de custo-benefício entre a solução que melhor preserva o sistema e a solução com melhores consequências imediatas (LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício”, cit., p. 163-167). Tudo isso no contexto da decisão em que o julgador analisa os casos sem uma suposta demarcação de descontinuidade entre casos fáceis e difíceis, em que a convocação dos critérios simultaneamente como regras e *policies* gera uma complexidade problemática impossível de ser tratada pela razão pragmática assumida. É dizer, tal circularidade acaba por convocar “uma ordem de poderes que produz critérios-textos indeterminados (agora decerto com um grau de indeterminação-limite) ... que teria por sua vez que ser absorvidos pelo (e simultaneamente que resistir ao) processo de assimilação das consequências...” (ibidem, p. 167).

¹⁷⁶ José Manuel Aroso Linhares observa a oscilação na obra de Posner sobre a relevância quantitativa dos casos fáceis e difíceis. Em *How judges think*, Posner considera que, especialmente no tribunal de apelações, os casos difíceis são bem mais numerosos por serem eles os casos mais controversos. Os casos difíceis seriam menos numerosos no tribunal porque acabariam por ser resolvidos fora do judiciário ou, no máximo, até o primeiro grau de jurisdição. Em *Reflections on judging*, Posner defende o contrário, que muitos dos casos que chegam ao tribunal para julgamento de recursos são casos fáceis, com solução pela simples aplicação formalista do direito (LINHARES, José Manuel Aroso. “*Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?*”, op. cit., p. 1767, nota 30; p. 1776).

realismo de complexidade, ao mesmo tempo em que celebra a necessidade de soluções interdisciplinares desde o início – com julgamentos a se resolverem especialmente após o esclarecimento científico da questão de fato¹⁷⁷ – assume que a prática jurídica ocorra de forma mais intuitiva, natural, como um pragmatismo do senso comum¹⁷⁸.

No entanto, com exceção a Análise Econômica do Direito¹⁷⁹, as teorias científico-sociais pensadas por Posner não conseguiram, ainda, influenciar a prática das decisões dos tribunais, tendo em vista que o aumento da especialização não permite aos juízes generalistas compreender o jargão dos diversos ramos e sub-ramos interdisciplinarmente constituídos.

Por isso, para o sucesso deste realismo, é importante o treinamento interdisciplinar dos juízes para compreender melhor as estatísticas e as provas técnicas¹⁸⁰. O formalismo deixa de analisar a complexidade dos fatos subjacentes às causas quando se esconde atrás de questionamentos semânticos. Os juízes formalistas se esquivam da compreensão adequada dos fatos quando se fecham nas discussões jurídicas, muitas vezes delegadas aos assessores¹⁸¹. Por isso a necessidade de um empiricismo que compreenda os fatos a partir do ponto de vista das ciências a eles pertinentes¹⁸².

¹⁷⁷ Com o que o realismo de complexidade se aproxima mais da *sociological jurisprudence* do que do *legal realism* (*ibidem*, p. 1780).

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 1781. O que, compreendido ao lado da hipótese do juiz como um trabalhador no mercado de trabalho, acaba por afastar o modelo do juiz maximizador da riqueza (*ibidem*, p. 1787). De fato, o juiz trabalhador terá que ponderar os próprios custos e benefícios antes de decidir qual o modelo de realização do direito vai adotar.

¹⁷⁹ POSNER, Richard. “*The judiciary and the academy – a fraught relationship*”, cit., p. 17.

¹⁸⁰ “*Continuing judicial education needs, like initial judicial education, to focus on helping judges cope with complexity, which is different from trying to turn them into part-time scientists, physicians, statisticians, and engineers. Judges need to be taught how to manage encounters with statistical analysis in litigation, including appeals. They need instruction in screening prospective expert witnesses and in appointing and directing neutral experts; instruction in the cognitive abilities and psychological characteristics of judges, jurors, and witnesses; and instruction in the probative value (and psychological impact on judges and jurors) of evidence both technical and otherwise (“otherwise” including for example eyewitness testimony). They need instruction in avoiding fallacies in reasoning; in the selection and management of law clerks and other judicial staff to assure that the judge has adequate help in dealing with technical issues; and in the culture rather than the details of scientific inquiry and proof and in the differences between lay intuition and the testing of hypotheses by empirical methodology applied to data. They need instruction in Bayes’s theorem and other methods of rational decision making*” (POSNER, Richard. *Reflections on judging*, op. cit., p. 346).

¹⁸¹ “*Judges resist engagement with the scientific world. Assisted by their law clerks, who imbibe formalistic legal analysis in law school, judges seek to finesse science with semantics when interpretation is needed and with delegation when fact finding is needed*” (*ibidem*, p. 352).

¹⁸² “*It would be nice, though, if judges and law professors were more knowledgeable practitioners or at least consumers of social science (broadly defined to include history and philosophy), so that their “emotional” judgments were better informed*” (POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal*

O direito, neste sentido, não seria uma ciência, nem uma arte, mas um serviço, cuja análise deva ser pouco profunda (as análises profundas devem ficar por conta das ciências na compreensão dos fatos das causas para que os juízes saibam “o que realmente está acontecendo”). Numa analogia zoológica, o juiz não deveria buscar ser um leão, magnífico e perigoso, mas um burro de carga, que presta à sociedade o serviço que dele se espera¹⁸³.

theory. op. cit., p. 260).

¹⁸³ “*A lion is a magnificent but dangerous animal. It belongs in a zoo or, preferably, in its natural habitat (alas too crowded with people). A donkey is a service animal. It has patience and charm but lacks magnificence—as does, or should, law, which is not an art or a science, but a service. All that legal realism ought to mean—all that it means to me—is making law serviceable by bringing it closer, in point of intelligibility and practical utility, to the people it’s supposed to serve, which is the population as a whole. It ought to be possible to decide most cases in a way that can be explained in ordinary language and justified as consistent with the expectations of normal people. This requires judges to understand what is really going on in the cases they hear, which increasingly is bound up with technology*” (*ibidem*, p. 354). Tal analogia é inspirada por uma citação de Oliver Wendell Holmes Junior na qual, em uma carta escrita em 1909, ele contrapõe a sua leitura de Dante à simplicidade do seu trabalho jurídico: “*I long have said there is no such thing as a hard case. I am frightened weekly but always when you walk up to the lion and lay hold the hide comes off and the same old donkey of a question of law is underneath.*” (HOWE, Mark DeWolfe. (ed.). *Holmes-Pollock letters: The correspondence of Mr Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1961, p. 156).

2) Da inexistência do texto à separação disciplinar entre teoria e prática: uma síntese da anti-teoria de Stanley Fish e de sua visão sobre o direito

2.1) Da “literatura no leitor” às comunidades interpretativas: as bases (teóricas?) do pragmatismo anti-teórico

O texto existe ou não existe? Fish relata um diálogo ocorrido no início de um semestre letivo na John Hopkins University: um colega professor conta que foi perguntado por uma aluna, que havia sido aluna de Fish no semestre anterior, se existia um texto na disciplina por ele lecionada (“*Is there a text in this class?*”). Ele respondeu que sim, informando o nome do livro-texto com que trabalhava. A aluna, contudo, reformulou a pergunta. Ela queria saber se naquela disciplina eles acreditavam que os textos existiam, ou se eram apenas criações dos leitores (“*I mean in this class do we believe in poems and things, or is it just us?*”)¹⁸⁴.

Fish propõe uma análise dos textos literários preocupada com o leitor, com o que o leitor faz quando lê um texto (é dizer, metaforicamente, com o que o texto faz com o leitor que o lê)¹⁸⁵. A leitura é uma atividade que ocorre no tempo do leitor¹⁸⁶ e, este tempo, o ritmo do texto, a ordem das ideias, primeiro afirmadas e depois contraditas ou o inverso, tudo isso importa para o sentido do texto. Na verdade, tudo isso, a experiência da leitura, é o sentido do texto¹⁸⁷. E esta experiência ocorre na mente do leitor e não no papel em que o texto está escrito¹⁸⁸. Assim, o texto literário, para Fish, não deve ser interpretado apenas globalmente, como um todo unitário, mas deve ser compreendido também nos sentidos que aparecem e desaparecem, no sentido que o texto tem a partir do que o texto faz. A literatura é apresentada por ele como uma forma de arte em movimento (“*kinectic art*”), na qual os objetos são instáveis na medida da instabilidade das percepções dos

¹⁸⁴ FISH, Stanley. “*Is there a text in this class?*” in *Is there a text in this class?* - The authority of interpretive communities, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 305.

¹⁸⁵ FISH, Stanley. “*Literature in the reader: affective stylistics*” in *Is there a text in this class?* - The authority of interpretive communities, op.cit., p. 21-67.

¹⁸⁶ “*The basis of the method is a consideration of the temporal flow of the reading experience, and it is assumed that the reader responds in terms of that flow and not to the whole utterance*” (*ibidem*, p. 27).

¹⁸⁷ “*It is the experience of an utterance – all of it and not anything that could be said about it, including anything I could say – that is its meaning*” (*ibidem*, p. 32).

¹⁸⁸ “*In an experiential analysis, the sharp distinction between sense and nonsense, with the attendant value judgments and the talk about truth content, is blurred, because the place where sense is made or not made is the reader’s mind rather than the printed page or the space between the covers of a book*” (*ibidem*, p. 36).

leitores¹⁸⁹.

Ele questiona, com isso, a chamada “falácia afetiva” (“*affective fallacy*”), um conceito criado justamente com o objetivo de valorizar apenas interpretações que afirmassem o sentido que o texto tem e não o que o texto faz, afastando as emoções provocadas pelo texto da busca pelo seu sentido. Propondo uma visão global do texto, os teóricos que condenam a falácia afetiva pretendem transformar a experiência temporal da leitura numa experiência espacial, na qual o leitor se afasta do texto, para, de um ponto de vista externo, ter a visão do seu conjunto¹⁹⁰.

Inicialmente, o leitor pensado por Fish é o chamado “leitor informado” (“*informed reader*”¹⁹¹), um leitor que conhece a linguagem como um falante nativo, dominando os seus sentidos, figuras e tendo competência literária (“*literary competence*”). É um híbrido, entre o real e o abstrato, um leitor que busca manter-se informado para realizar os sentidos na tarefa temporal em que consiste a leitura¹⁹². Com isso, Fish pretende abandonar a ilusão de objetividade do “texto em si” para seguir o caminho da subjetividade consciente e controlada¹⁹³, que supõe leituras radicalmente históricas, mas descritivas, não-

¹⁸⁹ “*The great merit (from this point of view) of kinectic art is that it forces you to be aware of yourself as correspondingly changing. Kinectic art does not lend itself to a static interpretation because it refuses to stay still and does not let you stay still either. In its operation it makes inescapable the actualizing role of the observer. Literature is a kinectic art, but the physical form it assumes prevents us from seeing its essential nature, even though we so experience it*” (*ibidem*, p. 43).

¹⁹⁰ “*A criticism that regards “the poem itself as an object of specifically critical judgment” extends this forgetting into a principle: it transforms a temporal experience into a spatial one; it steps back and in a single glance takes in a whole (sentence, page, work) which the reader knows (if at all) only bit by bit, moment by moment. (...) Its question is what goes into the work rather than what does the work go into*” (*ibidem*, p. 43-44).

¹⁹¹ “*All of which returns us to the original question. Who is the reader? Obviously, my reader is a construct, an ideal or idealized reader, somewhat like Wardhaugh’s “mature reader” or Milton’s “fit” reader, or to use a term of my own, the reader is the informed reader. The informed reader is someone who (1) is a competent speaker of the language out of which the text is built up; (2) is in full possession of “the semantic knowledge that a mature... listener brings to his task of comprehension,” including the knowledge (that is, the experience, both as a producer and comprehender) of lexical sets, collocation probabilities, idioms, professional and other dialects, and so on; and (3) has literary competence. That is, he is sufficiently experienced as a reader to have internalized the properties of literary discourses, including everything from the most local of devices (figures of speech, and so on) to whole genres*” (*ibidem*, p. 48).

¹⁹² “*The reader of whose responses I speak, then, is this informed reader; neither an abstraction nor an actual living reader, but a hybrid – a real reader (me) who does everything within his power to make himself informed. (...) In short, the informed reader is to some extent processed by the method that uses him as a control. Each of us, if we are sufficiently responsible and self-conscious, can, in the course of employing the method, become the informed reader and therefore be a more reliable reporter of his experience*” (*ibidem*, p. 49).

¹⁹³ “*I suppose that what I am saying is that I would rather have an acknowledged and controlled subjectivity than an objectivity which is finally an illusion*” (*ibidem*, p. 49).

valorativas (ainda que os valores estejam presentes na escolha dos textos)¹⁹⁴.

Com o desenvolvimento de seus trabalhos como professor e crítico literário, Fish acaba por reconhecer que esta compreensão apresenta falhas, uma vez que substitui uma entidade reificada (o texto), por outra (a experiência objetivada da leitura realizada pelo leitor informado com competência literária – que estigmatiza os leitores que não concordarem com ele como desinformados), supondo um ponto de vista descritivo não-valorativo que não existe¹⁹⁵.

É este o desfecho do ensaio sobre os dois volumes do *Variorum Commentary* dos poemas de John Milton¹⁹⁶. Iniciando com uma crítica às leituras formalistas¹⁹⁷, que escondem as nuances temporais da experiência do leitor, ele acaba por reconhecer que a idealização do leitor informado cria uma estrutura também pretensamente objetiva na busca pela intenção do autor¹⁹⁸ e que nenhuma das formas de leitura (formalista ou temporal) é descoberta, sendo ambas criações¹⁹⁹ dos críticos que as apresentam. Fish,

¹⁹⁴ “Only if we hold a universal aesthetic in the context of which value is somehow correlated with the number of readers who can experience it fully. My method allows for no such aesthetic and no such fixings of value. In fact, it is oriented away from evaluation and toward description. It is difficult to say on the basis of its results that one work is better than another or even that a single work is good or bad” (*ibidem*, p. 50).

¹⁹⁵ “The article summed up everything I then believed, and I find its argument powerful and compelling even now, although it is long since that I began to see its flaws. Those flaws are discussed in detail in the introduction to this volume, but they all reduce to the substitution of one kind of reified entity for another. In place of the objective and self-contained text I put “the basic data of the meaning experience” and “what is objectively true about the activity of reading”; and in order to firm up this new “bottom line” I introduced the notions of the “informed reader” – designed to take account of, by stigmatizing, all those readers whose experiences were not as I described them – and “literary competence” – designed to stabilize the knowledge the informed reader is presumed to have. All of this was attached to the disclaimer that my method is oriented away from evaluation and toward description, a disclaimer that placed me in the value-independent position that I would later declare to be unavailable” (*ibidem*, p. 22).

¹⁹⁶ FISH, Stanley. “Interpreting the Variorum” in *Is there a text in this class?*, op. cit., p. 147-173.

¹⁹⁷ “(...) evidence brought to bear in the course of formalist analyses – that is, analyses generated by the assumption that meaning is embedded in the artifact – will always point in as many directions as there are interpreters; that is, not only will it prove something, it will prove anything” (*ibidem*, p. 150).

¹⁹⁸ “It would be possible to continue with this profile of the optimal reader, but I would not get very far before someone would point out that what I am really describing is the intended reader, the reader whose education, opinions, concerns, linguistic competences, and so on make him capable of having the experience the author wished to provide. I would not resist this characterization because it seems obvious that the efforts of readers are always efforts to discern and therefore to realize (in the sense of becoming) an author’s intention” (*ibidem*, p. 160-161).

¹⁹⁹ “In this view discerning an intention is no more or less than understanding, and understanding includes (is constituted by) all the activities which make up what I call the structure of the reader’s experience. To describe that experience is therefore to describe the reader’s efforts at understanding, and to describe the reader’s efforts at understanding is to describe his realization (in two senses) of an author’s intention. Or to put it another way, what my analyses amount to are descriptions of a succession of decisions made by readers about an author’s intention – decisions that are not limited to the specifying

inicialmente, defende a perspectiva da experiência do leitor como a que melhor expressa o que está realmente acontecendo no texto. Mas acaba por reconhecer que a sua visão sobre o que está realmente acontecendo é apenas mais uma interpretação²⁰⁰, ainda que melhor que as outras porque se assume subjetiva.

Saindo assim da crítica do objetivismo formalista para uma espécie de subjetivismo ético, Fish indaga, então, sobre o começo, sobre, afinal, se o sentido não está no texto, mas no leitor, o que faz as interpretações de diferentes textos pelo mesmo leitor serem diferentes e o que faz as interpretações de um mesmo texto por diferentes leitores serem, muitas vezes, semelhantes²⁰¹. Ele defende que as diferenças e semelhanças, a estabilidade ou instabilidade, são funções das estratégias interpretativas empregadas.

Tais estratégias interpretativas não são convocadas após a leitura, mas são o que possibilitam mesmo que a leitura ocorra²⁰². Por que, então, textos diferentes dão origens a interpretações diferentes? A resposta de Fish é que tal não ocorre necessariamente. Pode-se escolher uma estratégia interpretativa que estabeleça que todos os textos sejam um. É o que, por exemplo, Santo Agostinho sugere quando trata da fé cristã: que todos os textos das escrituras (e todos os fatos do mundo), se lidos adequadamente, carreguem o sentido do amor de Deus pela humanidade e nossa

of purpose but include the specifying of every aspect of successively intended worlds, decisions that are precisely the shape, because they are the content, of the reader's activities" (ibidem, p. 161).

²⁰⁰ *"The moral is clear: the choice is never between objectivity and interpretation but between an interpretation that is unacknowledged as such and an interpretation that is at least aware of itself. It is this awareness that I am claiming for myself, although in doing so I must give up the claims implicitly made in the first part of this essay. There I argue that a bad (because spatial) model had suppressed what was really happening, but by my own declared principles the notion "really happening" is just one more interpretation" (ibidem, p. 167).*

²⁰¹ *"If interpretive acts are the source of forms rather than the other way around, why isn't it the case that readers are always performing the same acts or a sequence of random acts, and therefore creating the same forms or a random succession of forms? How, in short, does one explain these two "facts" of reading? (1) The same reader will perform differently when reading two "different" (the word is in quotation marks because its status is precisely what is at issue) texts; and (2) different readers will perform similarly when reading the "same" (in quotes for the same reason) text. That is to say, both the stability of interpretation among readers and the variety of interpretation in the career of a single reader would seem to argue for the existence of something independent of and prior to interpretive acts, something which produces them. I will answer this challenge by asserting that both the stability and the variety are functions of interpretive strategies rather than of texts" (ibidem, p. 167-168).*

²⁰² *"My disposition to perform these acts (and others; the list is not meant to be exhaustive) constitutes a set of interpretive strategies, which, when they are put into execution, become the large act of reading. That is to say, interpretive strategies are not put into execution after reading (the pure act of perception in which I do not believe); they are the shape of reading; and because they are the shape of reading, they give texts their shape, making them rather than, as it is usually assumed, arising from them" (ibidem, p. 168).*

responsabilidade de amar nossos semelhantes para a Sua causa²⁰³.

Por outro lado, as leituras semelhantes feitas por diferentes intérpretes se devem à existência de comunidades interpretativas, as quais estabelecem estratégias interpretativas que são assumidas antes da leitura dos textos. A posição de Fish é a de que o ato de interpretar é necessariamente criativo; metaforicamente, de que toda leitura é uma reescrita do texto pelo intérprete. As comunidades interpretativas são compostas de pessoas que compartilham estratégias interpretativas de reescrita, ou seja, de imposição de intenções aos textos interpretados²⁰⁴. Com isso, é possível pensar em estabilidades interpretativas (ainda que frágeis e provisórias haja vista a instabilidade das próprias comunidades interpretativas). Neste sentido, as comunidades interpretativas, no seu papel de estabilização, são condição para que a comunicação ocorra e, na sua instabilidade, permitem (e exigem) que a comunicação continue²⁰⁵.

O que não implica num extremo relativismo²⁰⁶, no sentido de que não possam existir interpretações certas. Dentro de uma determinada comunidade

²⁰³ *“That is to say, the answer to the question “why do different texts give rise to different sequences of interpretive acts?” is that they don’t have to, an answer which implies strongly that “they” don’t exist. Indeed, it has always been possible to put into action interpretive strategies designed to make all texts one, or to put it more accurately, to be forever making the same text. Augustine urges just such a strategy, for example, in On Christian Doctrine where he delivers the “rule of faith” which is of course a rule of interpretation. It is dazzlingly simple: everything in the Scriptures, and indeed in the world when it is properly read, points to (bears the meaning of) God’s love for us and our answering responsibility to love our fellow creatures for His sake” (ibidem, p. 170).*

²⁰⁴ *“Interpretive communities are made up of those who share interpretive strategies not for reading (in the conventional sense) but for writing texts, for constituting their properties and assigning their intentions. In other words, these strategies exist prior to the act of reading and therefore determine the shape of what is read rather than, as usually assumed, the other way around” (ibidem, p. 171).*

²⁰⁵ *“The notion of interpretive communities thus stand between an impossible ideal and the fear which leads so many to maintain it. The ideal is of perfect agreement and it would require texts to have a status independent of interpretation. The fear is of interpretive anarchy, but it would only be realized if interpretation (text making) were completely random. It is the fragile but real consolidation of interpretive communities that allows us to talk to one another, but with no hope or fear of ever being able to stop” (ibidem, p. 172).*

²⁰⁶ Fish esclarece uma frase sua, da qual se arrepende, em que afirmava que não buscava uma interpretação que fosse certa, mas apenas uma que fosse interessante. Na verdade, dentro das comunidades interpretativas, dentro de determinado pano de fundo contextual, haverá sim o certo e o errado: *“I have long since repudiated this declaration along with the relativism it implies. The only thing that drops out in my argument is a standard of right that exists independently of community goals and assumptions. Within a community, however, a standard of right (and wrong) can always be invoked because it will be invoked against the background of a prior understanding as to what counts as a fact, what is hearable as an argument, what will be recognized as a purpose, and so on. The point, as I shall later write, is that standards of right and wrong do not exist apart from assumptions, but follow from them, and, moreover, since we ourselves do not exist apart from assumptions, a standard of right and wrong is something we can never be without” (FISH, Stanley. “Interpreting ‘Interpreting the Variorum’ ”. In *Is there a text in this class?*, op. cit., p. 174).*

interpretativa, com as suas pressupostas estratégias interpretativas compartilhadas, haverá leituras (reescritas) mais adequadas aos contextos pressupostos.

Portanto, toda leitura é uma reescrita interpretativa mobilizada pelo intérprete através dos pressupostos de determinada comunidade interpretativa. Isso, todavia, não sustenta as acusações de que os textos não tenham um sentido literal ou de que possam significar o que os intérpretes quiserem²⁰⁷. O que ocorre é que os textos têm sentidos literais adequados aos contextos interpretativos supostos numa determinada situação concreta.

Voltando ao caso do diálogo entre o professor e a aluna, o sentido literal da pergunta, para o professor, no contexto por ele suposto (a sala de aula no início de um semestre), era o de um questionamento sobre qual o livro-texto utilizado. Para a aluna, o sentido literal da pergunta dizia respeito à posição teórica do professor sobre a interpretação literária. No caso, havia dois sentidos literais²⁰⁸.

Tais sentidos literais, no entanto, não decorrem da própria linguagem, de sua gramática e dos sentidos das palavras num dicionário, ou seja, de um sistema linguístico normativo (“*a normative linguistic system*”²⁰⁹), mas de uma série de pressuposições tácitas acerca dos propósitos intencionados pelos sujeitos numa determinada situação prática. Neste sentido, a interpretação não é livre, conforme a vontade dos intérpretes, mas determinada por todos os pressupostos contextuais em que as frases foram proferidas.

O que não quer dizer que o contexto deva ser construído antes do texto, que o contexto preceda o texto ou o inverso. Quando alguém faz uma pergunta (por exemplo, “*Is there a text in this class?*”), texto e contexto são apreendidos simultaneamente pelos intérpretes²¹⁰. É dizer, sendo a leitura uma reescrita, ela sempre traz os pressupostos contextuais, sem os quais não há possibilidade de sentido. A comunicação sempre ocorre

²⁰⁷ “*The charge is that literal or normative meanings are overridden by the actions of willful interpreters*” (FISH, Stanley. “*Is there a text in this class?*”, cit., p. 305).

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 306.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 310.

²¹⁰ *Ibidem*, 1980, p. 313.

internamente a uma situação presumida, com uma estrutura de suposições já presentes que se pretende seja mais ou menos compartilhada pelos interlocutores²¹¹. A estrutura normativa da linguagem não é, pois, abstrata, mas social, e se permite estabilizar de diferentes formas conforme o contexto. O que não implica relativismo nem solipsismo, porque todos os intérpretes estão sempre inseridos numa estrutura social que os precede, delimitando os caminhos possíveis para conhecimento dos sentidos.

Alguém inserido em uma comunidade interpretativa tem um determinado contexto pressuposto e consegue, “naturalmente”, perceber os sentidos dos textos que se lhe apresentam como se os sentidos já estivessem lá. Ou seja, é uma comunidade interpretativa a fornecer um contexto pressuposto (comunidade esta em que o intérprete se insere de forma prática) que permite que o texto tenha um sentido “literal”²¹². É a interpretação pressuposta pelo contexto da comunidade interpretativa que permite que o texto tenha um sentido “claro”, “evidente”, “que salta aos olhos”, etc. É a interpretação do texto em um contexto pressuposto que permite que ele seja lido “sem interpretação”²¹³.

Com isso, um texto pode ter mais de um sentido literal, se compreendido no contexto de diferentes situações, mas apenas um sentido literal em cada uma das situações²¹⁴ (a menos que o contexto crie a expectativa de uma certa ambiguidade, como uma leitura lúdica, humorística ou poética, por exemplo)²¹⁵.

²¹¹ “The answer, implicit in everything I have already said, is that communication occurs within situations and that to be in a situation is already to be in possession of (or to be possessed by) a structure of assumptions, of practices understood to be relevant in relation to purposes and goals that are already in place; and it is within the assumptions of these purposes and goals that any utterance is immediately heard” (ibidem, p. 318).

²¹² “In the view I put forward, determinacy and decidability are always available, not, however, because of the constraints imposed by the language or the world – that is, by entities independent of context – but because of the constraints built into the context or contexts in which we find ourselves operating” (FISH, Stanley. “Normal circumstances, literal language, direct speech acts, the ordinary, the everyday, the obvious, what goes without saying, and other special cases” in *Is there a text in this class?*, op. cit., p. 268).

²¹³ “Thus I pursue a double strategy in the manner indicated in my title. I want to argue for, not against, the normal, the ordinary, the literal, the straightforward, and so on, but I want to argue for them as the products of contextual or interpretive circumstances and not as the property of an acontextual language or an independent world” (ibidem).

²¹⁴ “It may seem confusing and even contradictory to assert that a text may have more than one literal reading, but that is because we usually reserve ‘literal’ for the single meaning a text will always (or should always) have, while I am using ‘literal’ to refer to different single meanings a text will have in a succession of different situations. There always is a literal meaning because in any situation there is always a meaning that seems obvious in the sense that it is there independently of anything we might do. But that only means that we have already done it, and in another situation, when we have already done something else, there will be another obvious, that is, literal, meaning” (ibidem, p. 276).

²¹⁵ “If we expect a text to be ambiguous, we will in the act of reading it imagine situations in which it means

Mas, se as frases só se entendem em contextos, não seria possível pensar um determinado contexto como o mais usual para certas frases? Fish entende que sim, ressaltando, contudo, que a “normalidade” do contexto só tem sentido em face de circunstâncias e expectativas compartilhadas pelos intérpretes²¹⁶, num sentido, por exemplo, de normalidade institucional²¹⁷.

Esta presumida normalidade institucional pode fazer parecer que Fish defenda que existam, afinal, em alguma dimensão, normas que pudessem descrever a comunicação de um ponto de vista privilegiado. Fish admite a existência de normas, não de normas abstratas, mas de normas sociais, que se alteram a cada alteração de contexto²¹⁸.

Em um debate com Owen Fiss²¹⁹, fica claro que, para Fish, essas normas sociais são normas práticas, adquiridas antes por treinamento do que por uma leitura de

first one thing and then another (there is no text with which this cannot be done), and those plural meanings will, in the context of that situation, be that text's literal reading” (ibidem, p. 277).

²¹⁶ “(...) what is normal (like what is ordinary, literal, everyday) is a function of circumstances in that it depends on the expectations and assumptions that happen to be in force. (...) Once again the moral is clear, even though it has the form of a paradox: a normal context is just the special context you happen to be in, although it will not be recognized as special because so long as you are in it whatever it permits you to see will seem obvious and inescapable” (ibidem, p. 287-288).

²¹⁷ “To admit as much is not to weaken my argument by reinstating the category of the normal, because the category as it appears in that argument is not transcendental but institutional; and while no institution is so universally in force and so perdurable that the meanings it enables will be normal forever, some institutions or forms of life are so widely lived in that for a great many people the meanings they enable seem 'naturally' available and it takes a special effort to see that they are the products of circumstances” (FISH, Stanley. “Is there a text in this class?”, cit., p. 309).

²¹⁸ “What I have been arguing is that meanings come already calculated, not because of norms embedded in the language but because language is always perceived, from the very first, within a structure of norms. That structure, however, is not abstract and independent, but social; and therefore it is not a single structure with a privileged relationship to the process of communication as it occurs in any situation but a structure that changes when one situation, with its assumed background of practices, purposes, and goals, has given way to another” (ibidem, p. 318).

²¹⁹ Por exemplo em FISS, Owen M., “The Jurisprudence (?) of Stanley Fish” in *ADE Bulletin*, n. 80, Association of Departments of English, Spring, 1985, p. 1-4, disponível on-line em <<https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/fish.pdf>>, acesso em 13 mar. 2017. Neste artigo, Fiss sintetiza a sua visão sobre o debate que ele teve com Fish no começo da década de 1980. Segundo Fiss, embora ambos concordem que exista uma comunidade de intérpretes, para Fish esta comunidade, no direito, seria uma comunidade que estabeleceria um *know-how*, ou conhecimento tácito, sobre o ato de julgar. A metodologia de julgamento seria, assim, essencialmente prática. Além disso, para Fish, o sentido estaria no contexto e não no texto. Para Fiss, as práticas de julgamento seriam orientadas por certas regras de julgamento e o texto, assim como o contexto, pode também ser fonte do sentido. Como sintetiza Fiss: “Fish's purpose in situating the judge was to deny altogether the freedom that my disciplining rules seek to curb; his purpose in situating the text is to deny that the Constitution has many meanings and thus, once again, to render my disciplining rules unnecessary, since the rules were intended to constrain judges in their choice of meaning – he wants to deny that there is a choice” (ibidem, p. 2).

regras codificadas. São, desta forma, objeto de conhecimento tácito e só podem ser bem percebidas por quem já se encontra inserido em determinada prática²²⁰. Ou seja, não são tais normas que limitam a interpretação. Elas são, na verdade, uma expressão dos limites interpretativos já assumidos implicitamente, de forma “natural”, pelos sujeitos comprometidos com uma determinada disciplina prática.

2.2) O debate entre Fish e Dworkin

2.2.1) Direito e literatura e o “romance em cadeia”

Todo este percurso pelo qual passaram as reflexões literárias de Fish, de certo modo explica o incômodo que ele experimentou como leitor²²¹ ao se deparar com o artigo de Dworkin intitulado *Law as interpretation*²²², em que o jurista defende a necessidade de diálogo entre a teoria literária e o direito como um caminho para superar as duas escolas metodológicas dominantes no pensamento jurídico dos Estados Unidos, o realismo jurídico e o positivismo jurídico analítico²²³, especialmente para a solução dos casos difíceis (“*hard cases*”).

²²⁰ “Just as rules can be read only in the context of the practice they supposedly order, so are those who have learned to read them constrained by the assumptions and categories of understanding embodied in the same practice. It is these assumptions and categories that have been internalized in the course of training, a process at the end of which the trainee is not only possessed of but possessed by a knowledge of the ropes, by a tacit knowledge that tells him not so much what to do, but already has him doing it as a condition of perception and even of thought” (FISH, Stanley. “Fish v. Fiss” in *Doing what comes naturally*, 4. reimpressão, Durham: Duke University Press, 1989, p. 127).

²²¹ O debate direto entre os autores gerou diversos textos expostos na ordem das respostas (como muitos são artigos, posteriormente incluídos em livros, as datas não correspondem, por vezes, à primeira publicação; no entanto, a ordem a seguir corresponde à ordem cronológica, começando do mais antigo): FISH, Stanley. “Working on the chain gang: interpretation in law and literature” in *Doing what comes naturally*, op. cit., p. 87-102; DWORKIN, Ronald. “On interpretation and objectivity” in *A matter of principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 167-177; FISH, Stanley. “Wrong again” in *Doing what comes naturally*, op. cit., p. 103-119; DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 1986; FISH, Stanley. “Still wrong after all these years” in *Doing what comes naturally*, op. cit., p. 356-371; DWORKIN, Ronald. “Pragmatism and law” in *Justice in robes*, Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 2006, p. 36-48; FISH, Stanley. “Almost pragmatism: the jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin” in *There is no such thing as free speech*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 200-230.

²²² DWORKIN, Ronald. “Law as interpretation” in *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, disponível on-line em <<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10224/3739/dworkin.pdf?...1>> acesso em 05 mar. 2017, posteriormente publicado como DWORKIN, Ronald. “How is law like literature” in *A matter of principle*. op. cit., p. 146-166. Citamos aqui a primeira publicação, o que permite melhor perceber a cronologia do debate.

²²³ *Ibidem*, p. 527.

Ao tratar da teoria da interpretação literária, Dworkin começa por limitar o seu campo de investigação justamente às teorias da interpretação criticadas por Fish desde o início, aquelas que desprezam a falácia afetiva, para buscar apenas o sentido de uma obra como um todo²²⁴. Em seguida, ele ensaia uma abertura valorativa, com o conceito de “hipótese estética”²²⁵, mas logo vincula a sua valoração positiva ao resultado descritivo-explicativo (em oposição a um resultado criativo) da interpretação²²⁶, a ser verificada a partir do texto, com um sentido canônico, que não pode ser alterado pelo intérprete²²⁷. O melhor resultado da interpretação, para Dworkin, seria aquele capaz de explicar, sem alterar o texto, valorizando uma melhor interpretação que leve em consideração critérios formais assim estabelecidos por uma formulação teorética antecedente²²⁸, independente da intenção do autor, haja vista que ela não pode ser obtida num momento pré-

²²⁴ “I am interested instead in arguments that offer some sort of interpretation of the meaning of a work as a whole. These sometimes take the form of assertions about characters: that Hamlet really loved his mother, for example, or that he really hated her, or that there really was no ghost but only Hamlet himself in a schizophrenic manifestation. Or about events in the story behind the story: that Hamlet and Ophelia were lovers before the play begins (or were not). More usually they offer hypotheses directly about the “point” or “theme” or “meaning” or “sense” or “tone” of the play as a whole: that Hamlet is a play about death, for example, or about generations, or about politics. These interpretive claims may have a practical point. They may, for example, guide a director staging a new performance of the play. But they may also be of more general importance, helping us to an improved understanding of important parts of our cultural environment. Of course, difficulties about the speaker’s meaning of a particular word in the text (a “crux” of interpretation) may bear upon these larger matters. But the latter are about the point or meaning of the work as a whole, rather than the sense of a particular phrase” (ibidem, p. 530)

²²⁵ Segundo a “hipótese estética” a interpretação de uma obra deva mostrar qual forma de leitura melhor expõe o texto como uma obra de arte (ibidem, p. 531).

²²⁶ “I expect that this suggestion, in spite of its apparent weakness, will be rejected by many scholars as confusing interpretation with criticism or, in any case, as hopelessly relativistic, and therefore as a piece of skepticism that really denies the possibility of interpretation altogether. Indeed the aesthetic hypothesis might seem simply another formulation of a theory now popular, which is that since interpretation creates a work of art, and represents only the fiat of a particular critical community, there are only interpretations and no best interpretation of any particular poem or novel or play. But the aesthetic hypothesis is neither so wild nor so weak nor so inevitably relativistic as might first appear. Interpretation of a text attempts to show it as the best work of art it can be, and the pronoun insists on the difference between explaining a work of art and changing it into a different one” (ibidem, p. 531).

²²⁷ “Contemporary theories of interpretation all seem to use, as part of their response to that requirement, the idea of a canonical text (or score, in the case of music, or unique physical object in the case of most art). The text provides one severe constraint in the name of identity: all the words must be taken account of and none may be changed to make “it” a putatively better work of art. (This constraint, however familiar, is not inevitable. A joke, for example, may be the same joke though told in a variety of forms, none of them canonical; an interpretation of a joke will choose a particular way in which to put it, and this may be wholly original, in order to bring out its “real” point or why it is “really” funny.) So any literary critic’s style of interpretation will be sensitive to his theoretical beliefs about the nature of and evidence for a canonical text” (ibidem, p. 531-532).

²²⁸ “Nevertheless anyone who interprets a work of art relies on beliefs of a theoretical character about identity and other formal properties of art, as well as more explicitly normative beliefs about what is good in art. Both sorts of beliefs figure in the judgment that one way of reading a text makes it a better text than another way” (ibidem, p. 533).

interpretativo²²⁹.

Esta forma de interpretação é transposta para o direito pela metáfora do romance em cadeia (“*chain novel*”) em que o primeiro autor cria um capítulo e que os demais, para escreverem, cada um, um novo capítulo, devem interpretar o romance já escrito e buscar a melhor forma de continuá-lo²³⁰, como uma obra única²³¹.

No lugar da hipótese estética, Dworkin formula uma análoga hipótese política²³², como uma dimensão da adequação prática (“*fit*”) e uma dimensão valorativa (relativa à moralidade política que inspira a teoria política utilizada pelo julgador)²³³.

Para Fish, contudo, o “texto” não existe²³⁴. É por isso que ele acusa Dworkin de ser, afinal, um positivista²³⁵, ainda que, por vezes, identifique nele posições realistas contraditórias²³⁶. Ademais, quando a hipótese estética exige que a melhor

²²⁹ *Ibidem*, p. 537.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ “*But in my imaginary exercise the novelists are expected to take their responsibilities seriously and to recognize the duty to create, so far as they can, a single, unified novel rather than, for example, a series of independent short stories with characters bearing the same names*” (*ibidem*, p. 542).

²³² “*Can we say, in some general way, what those who disagree the best interpretation of legal precedent are disagreeing about. I said that a literary interpretation aims to show how the work in question can be seen as the most valuable work of art, and so must attend to formal features of identity, coherence, and integrity as well as more substantive considerations of artistic value. A plausible interpretation of legal practice must also, in a parallel way, satisfy a test with two dimensions: it must both fit that practice and show its point or value, But point or value here cannot mean artistic value because law, unlike literature, is not an artistic enterprise. Law is a political enterprise, whose general point, if it has one, lies in coordinating social and individual effort, or resolving social and individual disputes, or securing justice between citizens and between them and their government, or some combination of these. (This characterization is itself an interpretation, of course, but allowable now because relatively neutral.) So an interpretation of any body or division of law, like the law of accidents, must show the value of that body of law in political terms by demonstrating the best principle or policy it can be taken to serve*” (*ibidem*, p. 543-544).

²³³ *Ibidem*, p. 545.

²³⁴ É necessária uma explicação sintetizada pelo próprio Fish: “*The answer this book gives to its title is “there is and there isn’t.” There isn’t a text in this or any other class if one means by text what E. D. Hirsch and others mean by it, “an entity which always remains the same from one moment to the next (Validity in Interpretation, p. 46); but there is a text in this and every class if one means by text the structure of meanings that is obvious and inescapable from the perspective of whatever interpretive assumptions happen to be in force. The point is finally a simple one, but it has taken me more than ten years to see it, and, in what follows, it will take me almost four hundred pages to elaborate it*” (FISH, Stanley. *Is there a text in this class?* - The authority of interpretive communities, op. cit., p. VII).

²³⁵ FISH, Stanley. “Wrong again”, cit., p. 103.

²³⁶ “*In general, I find this account of interpretation and its constraints attractive, in part because I find it similar in important ways to the account I have offered under the rubric of ‘interpretive communities’ in Is there a text in this class? There are, however, crucial differences between the two accounts, and in the course of explicating those differences I will argue that Dworkin repeatedly falls away from his own best insights into a version of the fallacies (of pure objectivity and pure subjectivity) he so forcefully*

interpretação seja “explicação” em vez de “criação” e a hipótese política exige que o romance em cadeia dos precedentes jurídicos seja escrito como “continuação” em vez de “modificação”, com referência a materiais jurídicos “encontrados” e não “inventados”, esquece-se do fato de que “encontrar” e “inventar” (e todas as demais atividades referidas) são eles mesmos conceitos interpretativos e, enquanto num sentido fraco inventar e interpretar são sempre inseparáveis²³⁷, num sentido forte a invenção é apenas uma interpretação que não convenceu²³⁸.

Fish critica, também, a preocupação de Dworkin com uma interpretação desvinculada da intenção do autor. Para Fish, a busca da “intenção” é justamente o que significa interpretar um texto²³⁹. E a intenção não está fora da interpretação para dizer qual é o melhor sentido do texto. A intenção é constituída no próprio processo de interpretação²⁴⁰.

Por fim, Fish questiona a explícita ausência de problematização, assumida por Dworkin, da distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Em uma nota²⁴¹, ele acrescenta que, da mesma forma, também não tem sentido a distinção dos casos em que

challenges (FISH, Stanley. “Working on the chain gang: interpretation in law and literature”, cit., p. 88).

²³⁷ “*First of all, one doesn't just find a history; rather one views a body of materials with the assumption that it is organized by judicial concerns. It is that assumption which gives a shape to the materials, a shape that can then be described as having been 'found'. Moreover, not everyone will find the same shape because not everyone will be proceeding within the same notion of what constitutes a proper judicial concern, either in general or in particular cases (...) All histories are invented in the weak sense that they are not simply 'discovered', but assembled under the pressure of some present urgency; no history is invented in the strong sense that the urgency that led to its assembly was unrelated to any generally acknowledged legal concern*” (ibidem, p. 93-94).

²³⁸ “*The distinction between a 'found' history and an 'invented' one is finally nothing more than a distinction between a persuasive interpretation and one that has failed to convince. One man's 'found' history will be another man's invented history, but neither will ever be, because it could not be, either purely found or purely invented*” (FISH, Stanley. “Working on the chain gang: interpretation in law and literature”, cit., p. 95).

²³⁹ “*The crucial point is that one cannot read or reread independently of intention, independently, that is, of the assumption that one is dealing with marks or sounds produced by an intentional being situated in some enterprise in relation to which he has a purpose or a point of view. This is not an assumption that one adds to an already construed sense in order to stabilize it, but an assumption without which the construing of sense could not occur. One cannot understand an utterance without at the same time hearing or reading it as the utterance of someone with more or less specific concerns, interests, and desires, someone with an intention*” (ibidem, p. 99-100).

²⁴⁰ “*This, of course, does not mean that intention anchors interpretation in the sense that it stands outside and guides the process; intention like anything else is an interpretive fact; that is, it must be construed; it is just that it is impossible not to construe it and therefore impossible to oppose it either to the production or the determination of meaning*” (ibidem, p. 100).

²⁴¹ FISH, Stanley. “Working on the chain gang: interpretation in law and literature” in *Doing what comes naturally*, op. cit., nota 21, p. 560.

haja uma lei e os casos julgados conforme precedentes. Para Fish, a distinção é injustificada se Dworkin assume o direito como interpretação, haja vista que todos os casos só podem ser valorados como fáceis ou difíceis depois do mesmo processo de interpretação. Não existem, portanto, caso auto-solucionáveis (fáceis), casos que não dependam de interpretação. E mesmo a leitura que pareça auto-evidente é uma interpretação e, como tal, potencialmente controversa²⁴².

2.2.2) Da objetividade do texto à separação entre teoria e prática

Ao que parece, o texto de Dworkin incomodou tanto a Fish porque Dworkin cometeu praticamente todos os equívocos tratados por Fish no artigo em que ele trata da literatura no leitor: tanto os equívocos questionados por Fish no artigo quanto os equívocos cometidos pelo próprio Fish, dos quais ele posteriormente se retratou.

Dworkin assumiu, de início, um paradigma de teoria literária classificado por Fish como espacial, que acredita na existência de um texto em si, reificado, independente da interpretação (ainda que Dworkin se esforce bastante para se afastar destes pressupostos declarados ao desenvolver seus argumentos).

Ao mesmo tempo, Dworkin, com a metáfora do romance em cadeia, imaginou uma literatura no leitor, ou seja, como uma intenção de sentido de um texto único. Neste ponto, Fish concorda com a metáfora da atividade jurídica como uma atividade em cadeia. Contudo, a insistência de Dworkin em dar mais valor aos resultados “descritivos” da interpretação, assemelha o seu entendimento ao aspecto da teoria de Fish que este acabou por superar. O equívoco, do ponto de vista de Fish, fica mais claro quando, posteriormente, em *Law's Empire*, Dworkin idealiza o juiz autor do romance em cadeia

²⁴² “One doesn't know what form the argument Dworkin decides not to make would take, but it might take the form of pointing out that even in a simple case the ease and immediacy with which one can apply the statute to the facts is a result of the same kind of interpretive work that is more obviously required in the difficult cases. In order for a case to appear readable independently of some interpretive strategy consciously employed, one must already be reading within the assumption of that strategy and employing, without being aware of them, its stipulated (and potentially controversial) definitions, terms, modes of inference, etc. This, at any rate, would be the argument I would make, and in making it I would be denying the distinction between hard and easy cases, not as an empirical fact (as something one might experience), but as a fact that reflected a basic difference between cases that are self-settling and cases that can be settled only by referring them to the history of procedures, practices, and conventions. All cases are so referred (not after reading but in the act of reading), and they could not be anything but so referred and still be seen as cases” (ibidem, p. 101).

como o “juiz Hércules”²⁴³, um leitor-intérprete idealizado, de certo modo parecido com o “leitor informado” de Fish.

Com isso, Dworkin dialoga melhor com a primeira teoria (superada) de Fish, ainda que admitindo a existência do texto. Assim como Fish, ele buscava se afastar do formalismo com a convocação de uma experiência reificada realizada por um leitor idealizado (com competência literária, ou seja, informado acerca das teorias literárias relevantes para a interpretação do texto em questão), reificada porque parte de um texto canônico de segundo grau, um hipotético tratado de teoria política assumido pela comunidade de princípios²⁴⁴.

Por este motivo, as discussões que se desenrolam entre os autores passam para o tema da separação entre teoria e prática.

Para Dworkin, ao contrário do que entende Fish, no direito, a teoria e a prática caminham juntas e a reflexão teórica sobre a prática está sempre implícita nos julgamentos judiciais²⁴⁵. Assim como um bom jogador de basebol traz implícita uma teoria

²⁴³ *“Just as interpretation within a chain novel is for each interpreter a delicate balance among different types of literary and artistic attitudes, so in law it is a delicate balance among political convictions of different sorts; in law as in literature these must be sufficiently related yet disjoint to allow an overall judgment that trades off an interpretation’s success on one type of standard against its failure on another. I must try to exhibit that complex structure of legal interpretation, and I shall use for that purpose an imaginary judge of superhuman intellectual power and patience who accepts law as integrity. Call him Hercules”* (DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, op.cit., p. 239).

²⁴⁴ *“The third model of community is the model of principle. It agrees with the rulebook model that political community requires a shared understanding, but it takes a more generous and comprehensive view of what that understanding is. It insists that people are members of a genuine political community only when they accept that their fates are linked in the following strong way: they accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise”* (ibidem, p. 211).

²⁴⁵ *“(…) as any lawyer knows, there is no difference, in the case of law, between thinking in and with the practice: These are the same thing. A good judge will “naturally” and “without further reflection” see that it is part of his job to be self-aware and self-critical, to ask what his “obligations really are, what “evidence is really evidence,” and so forth. He will naturally see that he must be, in Fish’s terms, a theoretician as well as, and in virtue of, occupying his role as a participant. That doesn’t mean (I had better say) that lawyers and judges construct theories of their enterprise from scratch every time they speak. It rather means what I said in discussing Grey’s views about “overarching” theory: that they recognize the argumentative character of even the views they hold unreflectively and that they understand that even these are, in principle, vulnerable to a theoretical challenge they have a responsibility to meet, if and when it arises, the best they reasonably can”* (DWORKIN, Ronald. “Pragmatism and law” cit., p. 48). Este argumento já havia sido desenvolvido, de forma parecida, anteriormente: *“Any judge will develop, in the course of his training and experience, a fairly individualized working conception of law on which he will rely, perhaps unthinkingly, in making these various judgments and decisions, and the judgments will then be, for him, a matter of feel or instinct rather than analysis. Even so, we as critics can impose structure on his working theory by teasing out its*

a cada rebatida (a metáfora exagerada não passa despercebida por Fish), o juiz traz, a cada julgamento, mesmo que não elaborados, todos os fundamentos teóricos de moralidade política que sustentam a decisão²⁴⁶.

Disso Fish discorda radicalmente. Para ele, as práticas existem independentes de fundamentos. Um jurista, assim como um desportista, se insere na prática por meio de um treinamento que faz com que ele assuma tacitamente os pressupostos necessários para a atividade, que será realizada naturalmente, sem nenhum recurso necessário à reflexão. Este o sentido do seu pragmatismo antiteórico ou antifundacionalista.

Quando a reflexão e a busca pelos fundamentos é realizada, o sujeito, para Fish, não está mais no jogo da prática, mas sim no jogo da teoria. E os resultados deste jogo teórico, ainda que relevantes no seu universo (teórico – por exemplo no universo acadêmico) não alteram diretamente a prática.

É desta forma que Fish compreende o direito como disciplina autônoma:

*rules of thumb about fit – about the relative importance of consistency with past rhetoric and popular opinion, for example – and its more substantive opinions or learnings about justice and fairness” (DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 256). Mais adiante: “No mortal judge can or should try to articulate his instinctive working theory so far, or make that theory so concrete and detailed, that no further thought will be necessary case by case. He must treat any general principles or rules of thumb he has followed in the past as provisional and stand ready to abandon these in favor of more sophisticated and searching analysis when the occasion demands. These will be moments of special difficulty for any judge, calling for fresh political judgments that may be hard to make. It would be absurd to suppose that he will always have at hand the necessary background convictions of political morality for such occasions. Very hard cases will force him to develop his conception of law and his political morality together in a mutually supporting way. But it is nevertheless possible for any judge to confront fresh and challenging issues as a matter of principle, and this is what law as integrity demands of him” (ibidem, p. 257-258).*

²⁴⁶ Cabe aqui, com o auxílio da própria teoria de Fish, uma pequena defesa da posição de Dworkin. Dworkin trata o direito de um radical ponto de vista interno, ou seja, na sua reescrita interpretativa, está a pressupor um texto único. Este ponto de vista interno é tão radical quanto natural que, mesmo quando Dworkin afirma tratar de outras disciplinas (como a literatura), traz inevitavelmente os pressupostos tácitos da comunidade interpretativa jurídica, em que, pelo menos desde a Idade Média, não se concebe muito bem o direito sem texto. Portanto, se, na teoria da interpretação literária, parece inaceitável para Fish uma posição ao mesmo tempo positivista e realista, na interpretação jurídica tal posição faz mais sentido, até porque Dworkin, naquele momento, propunha uma teoria de fronteira, com a intenção de modificar os pressupostos das comunidades interpretativas jurídicas. O sentido desta teoria e a proposta interpretativa jurídica como a construção de um texto único (em busca da unidade do valor), com o direito como um ramo da moralidade política, só ficam claros muitos anos depois, com a publicação de *Justice for Hedgehogs*. Dworkin, como o ouriço que sabe só uma coisa, mas uma coisa muito importante, quando fala da literatura ou do baseball, na verdade, só está a construir um modelo metafórico que espelhe as suas ideias jurídicas (vide DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge: The Belkanp Press of the Harvard University Press, 2013).

uma prática retórica desvinculada de fundamentos.

2.3) A “teoria” de Fish sobre o direito: o direito como a reafirmação retórica de sua autonomia disciplinar

O direito, como disciplina prática, possui autonomia, a qual se constrói e reconstrói na própria busca dessa autonomia pela prática jurídica²⁴⁷. Essa autonomia seria a expressão do propósito do direito de descrever novamente práticas políticas parciais como resultado de imperativos abstratos e impessoais²⁴⁸.

Neste sentido, o direito contaria sempre duas histórias, uma das quais seria a própria negativa de que a outra estivesse a ser contada. O direito seria um veículo retórico de poder, que esconderia o seu conteúdo ideológico. Desta forma, ele se apresentaria como um discurso universal, que se afirma independente dos valores sociais e políticos que carrega²⁴⁹.

Assim, o direito se faria direito pelo simples propósito de ser autônomo, mobilizando-se através de códigos e estruturas formais. Isso não faz do direito uma farsa. Na verdade, é esta a expressão do seu sucesso. O direito se cria e se recria na prática, ao mesmo tempo fazendo o caminho e contando a história de como descobre esse caminho que já estava lá²⁵⁰.

²⁴⁷ “(...) *legal autonomy should not be understood as a state of impossibly hermetic self-sufficiency, but as a state continually achieved and re-achieved as the law takes unto itself and makes its own (and in so doing alters the 'own' it is making) the materials that history and chance put in its way. Disciplinary identity is asserted and maintained not in an absolute opposition to difference but in a perpetual recognition and overcoming of it by various acts of assimilation and incorporation*” (ibidem, p. 220).

²⁴⁸ “*That, after all, is the law's job – to give us ways of redescribing limited partisan programs so that they can be presented as the natural outcomes of abstract impersonal imperatives*” (ibidem, p. 222).

²⁴⁹ Citando Peter Goodrich, Fish concorda que “(...) *rather than a formal mechanism applying determinate rules to self-declaring fact situations, the law is 'preeminently the discourse of power', that is, a discourse whose categories, distinctions, and revered formulas are extensions of some political program that does not announce itself as such (...) Except for the somewhat inflated vocabulary, this is precisely my account of the law as a discourse continually telling two stories, one of which is denying that the other is being told at all. The difference is that for Goodrich this account amounts to a scandal, whereas for me it simply brings to analytical attention the strategy by which the law fashions out of alien materials the autonomy it is obliged to claim. Were the law to deploy its categories and concepts in the company of an analysis of their roots in extralegal discourses, it would not be exercising, but dismantling its authority; in short, it would no longer be law*” (FISH, Stanley. “*The law wishes to have a formal existence*” in *There is no such thing as free speech*, op. cit., p. 175-176).

²⁵⁰ “*That is to say – and in so saying I rehearse the essence of my argument – the law is continually creating and recreating itself out the very materials and forces it is obliged, by the very desire to be law, to push away. The result is a spectacle that could be described (as the members of the critical legal studies*

Até mesmo quando mobiliza argumentos morais, o direito o faz através de um processo retórico de diferenciação, de ocultação do pano de fundo moral que orienta o discurso²⁵¹. Neste sentido, a existência formal do direito limita a retórica jurídica. Qualquer argumento apresentado na prática do direito deve se apresentar como jurídico (diferenciado da moral) e formal (referenciado nos códigos formais aceitos para poder ser sustentado como leitura “literal”). No entanto, o direito precisa também legitimar um certo discurso de poder (é este o seu propósito). Então o argumento jurídico sempre conta duas histórias contraditórias como se fossem apenas uma, permitindo a recriação jurídica na prática do direito – sempre, contudo, referindo aos códigos formais já existentes – e, assim, ocultando que a formalidade jurídica é a opção política por certa forma de vida, por certos valores²⁵².

movement tend to do) as a farse, but I would describe it differently, as a signal example of the way in which human beings are able to construct the roadway on which they are traveling, even to the extent of 'demonstrating' in the course of building it that it was there all the while. The failure of both legal positivists and natural law theorists to find the set of neutral procedures or basic moral principles underlying the law should not be taken to mean that the law is a failure, but rather that it is an amazing kind of success. The history of legal doctrine and its applications is a history neither of rationalistic purity nor of incoherence and bad faith, but an almost Ovidian history of transformation under the pressure of enormously complicated social, political, and economic urgencies, a history in which victory – in the shape of keep going – is always being wrested from what looks like certain defeat, and wrested by means of stratagems that are all the more remarkable because, rather than being hidden, they are almost always fully on display. Not only does the law forge its identity out of the stuff it disdains, it does so in public” (ibidem, p. 156).

²⁵¹ “In a way, this outcome is inevitable given what we have already noted about the law. In order to be law, it must define itself against particular moral traditions. It follows then that the first thing a moral tradition must do after having captured the law (or some portion of its territory) is present itself as being beyond or below (it doesn't really matter) morality. This, in turn, dictates the strategy by which any alternative morality will have to make its way: it will have materially to alter the law while maintaining all the while that it is preserving what it alters. Just as the winning interpretation of a contract must persuade the court that it is not an interpretation at all but a plain and clear meaning, so the winning morality must persuade the court (or direct the court in the ways of persuading itself) that it is not a morality at all but a perspicuous instance of fidelity to the law's form” (ibidem, p. 159).

²⁵² Fish descreve o funcionamento de tal tipo de discurso no direito dos contratos: “In order to be what it claims to be – something, rather than everything or nothing – contract law must uphold a view of transaction in which its features are purely formal; but in order to be what it wants to be – sensitive to our always changing intuitions about how people ought to behave – contract law must continually smuggle in everything it claims to exclude. I must emphasize again that the so-called formal view of legal obligation was never really formal at all, but was the extension of a social vision from which it was detached at the moment of that vision's triumph. The tension between consideration doctrine with its privileging of the autonomous and selfish agent and the doctrine of moral obligation with its acknowledgment of responsibilities always and already in place is a tension between two contestable conceptions of life; it is just that one of them has won the right to occupy the pole marked formal (i. e., unattached to any particular agenda) in a powerful (because constitutive of an institutional space) opposition. Given that victory, the fact that the claim of consideration doctrine to be merely formal cannot finally be upheld is of no practical consequence; it is upheld by the rhetorical structure it has generated, and in order to alter that structure you must appear to be upholding it too. As I have already said, you can only get around consideration doctrine by elaborately honoring it. And how do you do that? (...) In short, you tell two stories at the same time, one in which the freedom of contracting parties is proclaimed and protected and another in which freedom is denied as a possibility and undermined by almost everything courts do. But in order to make them come out right, you tell two stories as if they

Apesar de perceber esta contradição, Fish defende uma visão positiva da retórica jurídica, definindo o direito como uma disciplina prática, a qual pensa as questões jurídicas de forma localizada, preocupada com a persuasão e com o argumento que funcione, e não com a sua descrição teórica²⁵³.

A expressão do direito pela busca da retórica formalista não contradiz a inexistência do texto, tal como formulada por Fish. O fato de o direito ser indeterminado no sentido forte, não impede que os sentidos temporariamente se estabilizem²⁵⁴. Por este motivo, a autonomia do direito, reconstruída continuamente do seu ponto de vista interno, independe de uma formulação teórica de seus fundamentos²⁵⁵.

Além da autonomia retórica do direito, é importante para Fish a autonomia entre a teoria e a prática do direito.

were one, as if, rather than eroding the supposedly formal basis of contract law, the second story merely refines it at the edges and leaves its primary assertions (which are also assertions of the law's stability) intact. Illustrations of this process are everywhere in the law; indeed, as I have been arguing, the process is the law" (ibidem, p. 163-164).

²⁵³ Numa citação indireta de Steven J. Burton: "A rhetorical jurisprudence does not ask timeless questions; it inquires into the local conditions of persuasion, into the reasons that work; and what it finds interesting about the law's normative claims is not whether or not they can be cashed (in strict terms they cannot), but the leverage one can achieve by invoking them" (ibidem, p. 171).

²⁵⁴ *That is, although the logic of a decision can always be undone by a deconstructive analysis of it or by the elaboration of a more powerful logic, until that happens (and in some cases it may not happen for a very long time, long enough to feel like forever) the decision is as determinate as one would like and has all the consequences of a decision that was absolutely determinate. People will act on it, be influenced in their calculations by it, cite it, invoke it, believe in it. What this means is that the distinction between determinate and indeterminate does not refer to possibilities anyone could actually experience; no state of interpretive affairs can be determinate in the sense that it is invulnerable to challenge, but no interpretive state of affairs is (within its own challengeable terms) characterized by the instability that subsequent events can retroactively confer. To put it another way, everything is always determinate and indeterminate at the same time: interpretation is always determinate in that within the context of its occurrence the meanings it yields will seem obvious and inescapable; and interpretation is always indeterminate because meanings thus yielded can always be dislodged by successfully recharacterizing the context in which they emerged. (...) In the short range a situation-specific determinacy provides all the stability one needs" (FISH, Stanley. "Play of surfaces: theory and law" in *There is no such thing as free speech*, op. cit., p. 191).*

²⁵⁵ *"What I am suggesting is that one needn't choose between a view of the law as autonomous and self-executing and a view in which the legal process is always unfolding in relation to the pressures and needs of its environment; for autonomy should be understood not as a state of hermetic closure but as a state continually achieved and re-achieved as the law takes unto itself and makes its own (and in so doing alters the "own" it is continually making) the materials that history and chance put in its way. The law (or any other enterprise) can display autonomy only in the course of stretching its shape in order to accommodate what seems external to it; autonomy and the status quo are conceivable and achievable only within movement; identity is asserted not in opposition to difference but in a perpetual recognition and overcoming of it" (ibidem, p. 195).*

Esta autonomia decorre da própria autonomia entre as disciplinas, que é o que define a correção profissional. Uma disciplina se apresenta como bem sucedida quando se mostra capaz de lidar com a tarefa que a sociedade dela espera²⁵⁶, sendo a separação entre as disciplinas decorrente da própria parcialidade e limitação cognitiva do ser humano²⁵⁷.

A questão da separação entre teoria e prática se funda para Fish na distinção de propósitos e na acidentalidade da interferência da teoria nos resultados práticos²⁵⁸.

A tese de Fish da disciplinaridade radical, acaba, de certo modo, voltando-se contra ele próprio quando insiste na separação entre teoria e prática no direito²⁵⁹. Isso porque, se esta discussão pode ter sentido no campo literário, no campo jurídico ela afasta

²⁵⁶ “The enterprise will still present itself, both to the outside world and to its members, as uniquely qualified to perform a specific task. An enterprise that can make good on that claim will in an important way be autonomous, not autonomous in the sense of having no affiliations with or debts to other enterprises (that would be an impossible requirement, which, if met, would result in a practice wholly lacking in interest and human intelligibility), but autonomous in the sense of having primary responsibility for doing a job the society wants done” (FISH, Stanley. *Professional correctness: literary studies and political change*, op. cit., p. 19-20).

²⁵⁷ “Were it not partial, were the cultural text of interdisciplinary map wholly adequate to every detail in the universe as seen from every possible angle, no one could read it. A text that was adequate to every detail as seen from every possible angle would be unsituated; it would not proceed from a perspective – a ‘here not there’- but from everywhere and therefore from nowhere. Human being, however, cannot be in such a condition of dispersion. Human beings are always in a particular place; that is what it means to be human; to be limited by what a specific coordinate of space and time permits us to see until we move on to another coordinate with its equally (if differently) limited permission. For human beings the formula ‘as far as I can see’ is more than a ritual acknowledgement of fallibility; it is an accurate statement of our horizon-bound condition; of the fact that at any one moment, the scope of our understanding and, within that understanding, the range of actions we might think to take, are finite and cannot be expanded by an act of will. We do not wake up in the morning and announce as our programme for the day ‘I will now see beyond my horizons’” (ibidem, p. 81).

²⁵⁸ “This is not to deny that theoretical slogans might play a part in one’s thinking about outcomes; it is just that those outcomes will not be determined by theory” (FISH, Stanley. “Play of surfaces: theory and law”, cit., p. 181-182).

²⁵⁹ “One wonders, in fact, if Fish does not prove his thesis of inevitable situatedness, by viewing the relation between legal theory and practice as a literary theorist might. There is something disorienting about Fish’s description of law, be it legal theory, legal practice, or law’s broader social role. It is never quite the law as the legal theorist, at least, has come to recognize it. At times, he seems to miss what many legal scholars view as a distinctive feature of the law: the fact that its practice aims at creating something well beyond its technical limits – a normative structure for shaping and organizing human interactions. At other times, Fish treats law not as a distinctive enterprise, but as a proxy for any practice which employs rhetoricity to master the flux and contingency of a world without transcendent, unifying foundations. (...) Yet I then observe that the demands made on law are hardly unique. Law is not the only institution that functions rhetorically to rescue us from normative chaos. In the same paragraph, he alludes to the family, the university, local and national governments; and in the book as a whole he makes similar statements about literature and philosophy. A portrait of law has blurred into a larger statement about life in an antifoundationalist world” (ABRAMS, Kathryn. “The unbearable lightness of being Stanley Fish” in *Stanford Law Review*, vol. 47, n. 3, 1995, p. 606-607).

a necessária compreensão normativa do direito e, mesmo assumido o direito como simples retórica (como ele faz), não dá tanta importância à teoria do direito como produtora de códigos retóricos, sendo, com isso, fonte do direito, aceita como tal por grande parte da comunidade interpretativa jurídica²⁶⁰. Fish ameniza, ainda, a radicalidade da separação quando afirma ser possível a crítica do ponto de vista interno de uma prática²⁶¹, ainda que não classificando esta crítica interna como uma prática teórica.

²⁶⁰ O próprio Fish reconhece a capacidade da teoria de produzir materiais retóricos, mas insiste que, assim fazendo, a teoria não ocupa nenhuma posição privilegiada diante da prática: “*In all of these cases, and any others that might be imagined, theoretical distinctions name moves that are possible within the practice; one can invoke them (on either side) with a fair (but by no means certain) confidence in their effectiveness not because they ground the practice in the sense of sitting above or below it but because in the current shape of the practice – a shape they do not generate but contribute to – they carry a calculable rhetorical weight*” (FISH, Stanley. “*Play of surfaces: theory and law*”, cit., p. 192). Mais adiante, especificamente sobre o direito: “*The mistake is to think that those propositions generate the decision they are brought in to justify. Of course, it would be equally a mistake to think that they had nothing to do with it since in the process of making a decision the judge will pass through and incorporate the forms of thought the culture makes available, and these will certainly include theoretical formulations. It is just that those formulations will be components of the decision-making process rather than its source. They are resources for the judge, whose sense of the enterprise does not derive from them but from the institutional experience in relation to which they have an honored but not foundational place*” (*ibidem*, p. 198). Novamente, pondo Fish contra ele mesmo, não se pode argumentar que o conceito de fundamento é também interpretativo, construído pela retórica e passível de estabilização no contexto das estratégias interpretativas de determinada comunidade interpretativa? É dizer, não se podendo afirmar que a teoria seja sempre o fundamento da prática, também não se pode estabelecer que não o seja nunca.

²⁶¹ *Does this mean that we are trapped within our present horizon with no hope of a critical perspective on the judgments we feel inclined to make? This is the second question raised by the passages from Dallmayr’s and Stone’s essays, and the answer is no. The urgency of the question stems from the assumption that criticism must come from the outside in order to be criticism, and this assumption itself rests on the assumption that horizons of understanding are monolithic and will go their unconstrained way unless challenged by something external to them. But any horizon of understanding, any agenda, any political arrangements bears within it the dynamics of its own alteration (...)*” (*ibidem*, p. 188).

3) Posner e Fish: diálogos possíveis e divergências fundamentais na compreensão da autonomia do direito

3.1) Posner por Fish: existe um texto no tribunal de Posner?

Após a viragem pragmática, o pensamento de Posner, especialmente quanto à realização judicial do direito, reconheceu, de forma crescente, a importância da intuição no processo de decisão dos juizes. No realismo de complexidade, a compreensão do juiz como um prestador de serviço que, treinado, pode resolver naturalmente os problemas que lhe são apresentados lembra, de certo modo, a autonomia da prática descrita por Fish como “*doing what comes naturally*”²⁶².

Contudo, as convergências talvez não sejam tantas. A celebração da interdisciplinaridade por Posner contrasta com a necessidade da separação disciplinar radical em termos intencionais defendida por Fish²⁶³.

Esta divergência pode ser melhor compreendida a partir da crítica de Fish. Ao iniciar o caminho da realização do direito pela distinção entre casos fáceis e casos difíceis, Posner já pressupõe a “existência” do texto no direito, a ser convocado pelo juiz num momento “legalista”/formalista. Tal distinção carrega, nos casos fáceis, a possibilidade de haver problemas jurídicos que se resolvam pela simples aplicação formalista do direito, num esquema subsuntivo lógico-dedutivo²⁶⁴. O “texto” objetivo do

²⁶² “*Interpretation is a natural mental activity, (...) [it] is not necessarily improved by being made self-conscious (...), [it] is not improved by rules of interpretation* (POSNER, Richard. *Reflexions on judging*, op. cit., p. 231-232 *apud* LINHARES, José Manuel Aroso. “*Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?*”, op. cit., p. 1784). *Judges are unlikely to be persuaded to adopt law professors’ conceptions of the judicial role (...) [and] find unhelpful to be told they should conform their judicial decisions to this or that concept of judicial legitimacy* (*ibidem*, p. 1784-1785). Assim autonomizadas, estas formulações celebratórias do *doing what comes naturally* aproximam-se irresistivelmente de Fish!” (LINHARES, José Manuel Aroso. “*Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?*”, op. cit., p. 1785).

²⁶³ *Ibidem*, p. 1785.

²⁶⁴ Conforme explica José Manuel Aroso Linhares, Posner diferencia, *a priori*, os casos em que se utiliza a dedução na decisão jurídica, notando uma predominância nos casos envolvendo a aplicação das leis e da Constituição (“*statutory law*” e “*constitutional law*”) sobre os casos envolvendo a aplicação dos precedentes (“*common-law*”). No entanto, o que parece ser uma distinção qualitativa mais marcada, na verdade, não passa de uma análise de intensidade e predominância, que reconhece a aplicabilidade do método dedutivo nos casos fáceis em geral, independentemente do critério jurídico de que se extrai o

direito deve ser lido pelo “sentido comum das palavras” (“*ordinary meaning*”)²⁶⁵.

Com efeito, para Posner, o texto existe com tanta intensidade que ele não se encontra apenas nos casos fáceis. Se o “sentido comum das palavras” deixa dúvidas, se o julgador se encontra diante de uma lacuna, é dizer, na “área aberta” do direito em que o “texto” jurídico falta, ele sugere buscar ferramentas de outras disciplinas para ler um outro texto, oculto, que traduza mais fielmente o contexto do problema. Pelo menos nos ramos econômicos do direito, Posner entende que a Análise Econômica é capaz de ajudar a ler este “texto” da realidade econômica subjacente para a solução dos casos difíceis, ainda que sem apresentar uma resposta certa. Nos outros ramos, a interdisciplinaridade também pode tornar o julgador capaz de fazer tais leituras, a iluminar o julgador no momento discricionário da decisão.

conceito invocado como premissa maior (*ibidem*, p. 102). A invocação do método lógico-dedutivo, contudo, não é suficiente para identificar a forma de solução dos casos fáceis, haja vista que, mesmo nos casos difíceis, a dedução se realizaria após a formulação conceitual das premissas precedida de uma ponderação finalística das *policies*, de acordo com o parâmetro da eficiência. Pode-se dizer que, nos casos fáceis pragmaticamente considerados, a dedução decorreria do sentido conceitual gramatical dos próprios materiais jurídicos, sem uma aprofundada reflexão sobre as consequências da decisão.

²⁶⁵ Com a referência ao sentido comum das palavras, Posner, em nome do sopesamento das consequências sistêmicas, não consegue se desvincular de pressupostos formalistas, ainda que os justifique num discurso pragmatista: “*A systemic value that requires particular emphasis is the importance of preserving language as an effective medium of communication. If judges did not generally interpret contracts and statutes in accordance with the ordinary meaning of the sentences appearing in those texts, certainty of legal obligation would be seriously undermined. For judges in run-of-the-mill contract and statutory cases to subordinate this consideration to a weighing of case-specific consequences would therefore be unpragmatic, although it would be equally unpragmatic to refuse to consider case-specific consequences altogether just because the language of the contract or statute in issue seemed clear on its face.*(...)”

Despite these qualifications, most contract and statutory cases are decided quickly and easily on the basis of the “plain meaning” of the relevant texts. These are pragmatic decisions too and thus illustrate, what would be obvious were it not questioned, that there are easy pragmatic decisions as well as difficult, open-ended, “all relevant facts and circumstances” ones” (POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*, op.cit., p. 62). No entanto, apesar de todo o cuidado de justificar a possibilidade de se optar por um resultado formalista em termos consequencialistas, Posner acaba por afirmar uma certa naturalidade não-consequencialista na interpretação quando os textos são claros: “*Certainly the vast number of judicial decisions that are genuinely interpretive are not consequentialist in a useful sense of the word. When it is plain what the draftsmen of a contract or a statute were driving at, or when there is no factual difference between the case at hand and a well-established body of earlier case law, the judges will decide the case as if “bound” by the contractual or statutory language or by the precedents and not worry about whether the decision will produce the best consequences*” (*ibidem*, p. 67). Ele insiste no ponto, afirmando que, apesar de não concordar com a teoria de Hart, apenas em caso de consequências absurdas a solução pragmaticamente mais sensata seria diferente da solução extraída do texto dos materiais jurídicos: “*The conventional materials of adjudication have no absolute priority over other sources of information concerning the likely consequences of deciding a case one way or another. When the consequences are not catastrophic or absurd, it usually is sensible to go with the plain meaning of a statute or contract in order to protect expectations and preserve ordinary language as an effective medium of legal communication. But, as I have been at pains to emphasize, the root of the decision is still pragmatic*” (*ibidem*, p. 82).

Por este motivo, Fish critica o pragmatismo de Posner. O pragmatismo de Fish é antifundacionalista, ou seja, ele não entende que o jogo da prática possa ser orientado por fundamentos racionais expostos no jogo de descoberta/invenção de fundamentos²⁶⁶ pretende extrair dele nenhum programa específico. Assim, ele critica a teoria de Richard Posner, a qual pretende encontrar consequências para o pragmatismo.

O pragmatismo de Posner tratado por Fish se refere à teoria desenvolvida em *The Problems of Jurisprudence*. De início, Fish concorda com Posner²⁶⁷, identificando nele a sua proposta antifundacionalista. No entanto, na leitura de Fish, na segunda metade do livro, Posner passa das críticas que formula a partir do pragmatismo para o seu sentido forte de realismo, como funcionalismo material, a fim de dar ao direito uma metodologia empírica naturalista ou sociológica, seja como engenharia social (“*social engineering*”), seja como eficiência econômica.

Assim, Posner teria caminhado do pragmatismo para outra forma de essencialismo²⁶⁸, defendendo, de diversas formas, a “existência do texto”²⁶⁹. Para Fish,

²⁶⁶ A referência aos jogos de linguagem tem origem na filosofia de Wittgenstein, especialmente, nas *Investigações filosóficas*, em que ele defende que a linguagem tem o seu sentido definido pelo seu uso (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*, 2. ed., edição bilíngue alemão-inglês, tradução de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe a partir do original *Philosophische Untersuchungen*, Oxford: Blackwell Publishers, 1958, p. 20).

²⁶⁷ Depois de citar uma frase de Posner sobre o direito do século XX ter se alterado mais em razão de uma mudança de perspectiva (política) do que em razão de uma reflexão profunda sobre o significado da Constituição: “*With statements like this, Posner puts the cap on his anti-essentialist, anti-foundational, antirational (in the strong sense), antimetaphysical and deeply pragmatist view of the law, and it is perhaps superfluous for me to say that I agree with him on almost every point*” (FISH, Stanley. “Almost pragmatism: the jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin” in *There is no such thing as free speech*, op. cit., p. 208).

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 208

²⁶⁹ Podemos, de certa forma, estender a Posner a crítica que Fish tece contra o realismo jurídico: “*There is a temptation to regard what happens in this process as a distortion of reality by the special vocabulary of a mere discipline, and as a cautionary tale as to why one should not put oneself into the hands of lawyers. This was the mistake made en masse by American Legal Realists, who believed that if they could only get rid of the machinery of the legal culture – with its terms of art, constructed entities, and artificial rules – they would be closer to seeing what was really going on when someone was in search of a legal remedy. But it is my contention that if you were to get rid of the machinery of the legal culture (or of the literary culture, or of the anthropological culture) you would not be improving the law, you would be replacing the law with the machinery of some other discipline, with its specialized vocabulary, normative distinctions, taxonomies, articulations, etc. You might in fact decide to do just that – abandon law and the possibility of legal remedy for some other enterprise – but it should be clear, as it was not to the Legal Realists, that it is that you were doing, and not engaging in the effort of reform*” (FISH, Stanley. *Professional correctness: literary studies and political change*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 71-72).

contudo, as teorias não têm valor pressuposto ou privilegiado nos jogos das práticas, os quais existem independente de fundamentos teóricos²⁷⁰. Para ele, o pragmatismo, levado a sério, não deveria ter nenhuma consequência²⁷¹.

Portanto, na visão de Fish, o pragmatismo de Posner não é um verdadeiro pragmatismo, haja vista partir de um discurso pretensamente antifundacionista para chegar a um modelo empiricista essencialista, que pretende extrair os fundamentos da prática jurídica de construções teóricas externas.

3.2) Fish por Posner: um pragmatismo sem princípios, sem fundamentos e sem consequências práticas

Se a crítica e Fish a Posner se limita a um plano mais teórico, a resposta de Posner é abrangente, questionando desde a ética pessoal de Fish até o sentido de sua separação disciplinar radical entre teoria e prática, passando por questões práticas, jurídico-dogmáticas.

Sobre a separação disciplinar entre teoria e prática, Posner parece não perceber bem o pensamento de Fish, ao argumentar que, para Fish, a teoria não teria nenhum efeito na prática²⁷². Na verdade, o que Fish quer dizer é que o efeito da teoria na prática não é necessário, mas contingente, dependendo de outros fatores (definidos pela prática) que não apenas da qualidade da teoria. Especialmente no direito ele afirma que uma nova obra de um jurista influente pode sim afetar a prática, atraindo a atenção da

²⁷⁰ “*But while contingency may be the answer to the question 'what finally underwrites the law?' it cannot be the answer to the question, 'how does one go about practicing law?' The answer to that question is 'by deploying all of the resources (doctrine, precedents, rules, magic metaphors, standard concepts) the legal doctrine offers.'* As an analyst or observer of the law you may know that those resources cannot finally be justified outside the culture's confines; but as a practitioner justification from the outside is not your business (you are not a philosopher or an anthropologist); as a practitioner, you take your justifications where you can get them. One place you are unlikely to get them is in the practice of describing the practice for which you are seeking a justification. The mistake both Rorty and Posner make (albeit in different ways) is the mistake of thinking that a description of a practice has cash value in a game other than the game of description” (FISH, Stanley. “Almost pragmatism: the jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin”, cit., p. 218-219).

²⁷¹ “*I said earlier that once pragmatism becomes a program it turns into the essentialism it challenges; as an account of contingency and of agreements that are conversationally not ontologically based, it cannot without contradiction offer itself as a new and better basis for doing business. (...) Indeed, if you take the antifoundationalism of pragmatism seriously (as Posner in his empiricism finally cannot) you will see that there is absolutely nothing you can do with it”* (ibidem, p. 215).

²⁷² POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*. op. cit., p. 275.

comunidade interpretativa dos juristas.

As críticas de Posner são mais efetivas no que diz respeito aos temas jurídicos e dogmáticos. Sobre o princípio da liberdade de expressão, Posner argumenta que ele existe, não sendo simples retórica a ocultar uma decisão *ad hoc* como entende Fish. No entanto, a aplicação prática da liberdade de expressão, para Posner, não é justificada por razões de princípio mais como uma opção prático-consequencialista por uma regra fechada superprotetiva, em vez de uma regra mais aberta que demande maior esforço de ponderação em cada caso²⁷³.

Também no que diz respeito às reflexões de Fish sobre o Direito dos contratos, as críticas de Posner de que tanto a cláusula de “*parol evidence*” quanto a doutrina da expectativa de reciprocidade (“*past consideration*”) têm efetiva importância e sentido jurídicos, criando limites à interpretação²⁷⁴ (ainda que tais limites não estejam no “texto” como entende Fish).

O que Posner conclui é que a concepção de Fish do direito como retórica é muito pouco consistente, ainda que concorde com ele no que diz respeito à diferença entre o jogo do processo judicial e o jogo da filosofia. Deste modo, as reflexões teóricas de Fish (como o próprio Fish reconhece) não têm nenhuma consequência prática para o cotidiano dos tribunais. Posner espera, como visto, que teorias externas, ou seja, científicas, possam contribuir mais para a prática do direito pelos juízes do que a filosofia moral e jurídica²⁷⁵.

3.3) A autonomia do direito no pensamento de Stanley Fish e Richard Posner

Se Posner considera o pragmatismo de Fish inútil, Fish pode considerar o pragmatismo de Posner impossível.

A proposta de Posner, desde o início, é a de superar os problemas da autonomia formalista do direito. No entanto, em vez de abandonar o formalismo, ele

²⁷³ *Ibidem*, p. 279.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 276-277.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 279-280.

abandona a autonomia (e, em determinados momentos, abandona mesmo o direito²⁷⁶).

Seguindo a classificação de Castanheira Neves, a Análise Econômica do Direito considera-se uma teoria funcionalista²⁷⁷. Portanto, ela nega a autonomia do direito quando propõe pensar o direito segundo a economia²⁷⁸.

A aplicação do “teorema de Coase”, na concepção de Posner, acaba por negar a relevância do direito na solução do problema da partilha do mundo. O problema da partilha do mundo, que, para Castanheira Neves, poderia ser tratado pelo direito, seria resolvido “naturalmente” pelo mercado, cabendo ao direito apenas assegurar o funcionamento deste. Mais do que isso, na concepção da Análise Econômica do Direito, a forma da partilha do mundo seria indiferente, conquanto fosse atingido o resultado maximizador da riqueza.

Mesmo após a viragem pragmática, esta negativa da autonomia continua como celebração de uma necessária interdisciplinaridade na análise dos fatos e das consequências (ainda que, no realismo de complexidade, a maximização da riqueza já não figure como uma categoria intencional explícita²⁷⁹).

A autonomia do direito é vista por Posner como uma decorrência do formalismo, tendo sofrido perda histórica de importância na prática jurídica em razão do aumento dos campos de investigação interdisciplinar iniciados a partir da década de 1960²⁸⁰. A proposta de Posner, do ponto de vista intencional, pretende que o direito assuma critérios normativos heterônomos, numa expansão de suas fronteiras disciplinares,

²⁷⁶ Nas obras mais recentes, contudo, demonstra uma certa reconciliação com o direito “legalista”/formalista com a hipótese do juiz pragmatista ou realista que possa, conforme as consequências sistêmicas ou conforme a carga de trabalho, optar pelo modelo “legalista” ou formalista no julgamento de determinados casos, como já exposto.

²⁷⁷ Sobre a teoria de Posner como integrante do movimento *Law and economics*: NEVES, António Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito – sumários e textos*, policop., p. 17-22.

²⁷⁸ “Não se trata, pois, do direito da economia ou sequer das relações entre o direito e a economia, mas de pensar o direito segundo a economia – de ajuizar e de orientar o direito de um ponto de vista económico” (NEVES, António Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito – sumários e textos*, policop., p. 18).

²⁷⁹ LINHARES, José Manuel Aroso. “*Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?*”, op. cit., p. 1787.

²⁸⁰ Vide POSNER, Richard. “*The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*” cit., p. 761-780.

chegando, no limite, a formular “uma teoria do direito «sem direito»”²⁸¹.

Tal ideal de superação do direito, que define que as suas controvérsias sejam resolvidas essencialmente por outras disciplinas, é apresentado por Posner ao mesmo tempo em que sustenta uma certa necessidade genética do direito (melhor dizendo, dos direitos subjetivos - “*rights*”). Segundo Posner, haveria um sentimento moral inato no sentido da titularidade dos direitos necessários à sobrevivência (“*entitlement*”), o que seria uma decorrência da própria evolução das espécies teorizada por Darwin²⁸².

Ao entender o direito, numa certa medida, como uma necessidade, como uma condição genética formada evolutivamente pela seleção natural, é de se compreender que Posner rejeite a autonomia do direito em prol de um consequencialismo cientificamente racionalizado. Sendo, para ele, o direito um elemento da natureza, caberia à ciência explicá-lo e controlá-lo (nos limites da prática), a partir de um ponto de vista externo.

Diferentemente, a teoria de Castanheira Neves não vê o direito como uma necessidade, mas como uma solução possível para o problema da convivência humana e da partilha do mundo. Somente após afastar a necessidade (e a universalidade) do direito, Castanheira Neves propõe pensar o direito como um problema (e não como uma relação de direitos inscritos na genética humana) na sua autonomia material.

De todo modo, Posner não abandona em nenhum momento o propósito de produzir uma teoria que modifique a prática. É justamente contra esta concepção geral de

²⁸¹ LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 78, 2002, p. 92.

²⁸² “*The sense we all have of having certain rights it would be wrong to deprive us of is a primitive feature of our psychological make up – one as well developed in children and in the inhabitants of primitive societies as it is in modern American adults, and found in animals as well. Survival in a competitive environment requires some minimum sense of the essential things that are one’s own to keep or dispose of as one will, and of a readiness to fight for this control – this readiness is the sense of entitlement. The creature that does not feel a sense of moralistic indignation when another creature seeks to take from it the things that are essential to its survival is not likely to survive and reproduce, so there will be a selection in favor of creatures genetically endowed with such a sense. The content of rights will change with a changing social environment but the sense of having rights will be a constant, and it helps to explain the persistence into twentieth-century American law of notions of vengeance, retributive justice, and corrective justice*” (POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, op. cit., p. 331-332).

intencionalidade teórica que se opõe Fish. Para ele, a teoria até pode contribuir para alterar a prática; mas não é esta a sua finalidade. Exceto quando já aceita pela comunidade interpretativa da prática determinada... o que, ele afinal reconhece, pode ser o caso do direito²⁸³, em que juristas renomados podem ter seus trabalhos teóricos considerados de forma privilegiada na comunidade da prática. Sendo Posner um jurista reconhecido, sua teoria pode sim ser capaz de modificar a prática. Não apenas por ser teoria, mas por ser a sua teoria, a de Posner.

Contudo, a questão não se encerra aí. Uma teoria do direito pode, eventualmente, pretender modificar a prática²⁸⁴, mas a interdisciplinaridade, diz Fish, é, em si, impossível²⁸⁵.

A proposta interdisciplinar de Posner, no entanto, não se assemelha à interdisciplinaridade como um projeto de emancipação (acadêmica ou mesmo global, com

²⁸³ Aparentemente contradizendo os argumentos utilizados no debate sobre teoria e prática que trava com Dworkin, ele defende que a teoria do direito possa sim ter influências diretas na transformação da prática. O contexto do debate, todavia, é outro. Fish utiliza este argumento para dizer que, se a teoria do direito pode influenciar a prática (entendida como a prática das relações sociais e políticas), a teoria literária, por sua vez, não pode ter esta finalidade: “*This is not the case, however, for other kinds of academics who, for a variety of reasons, can count on at least the possibility of effecting changes in the larger society. Consider, for example, Richard Epstein, Professor of Law at the University of Chicago. Epstein is the author of two books, both of them highly technical and bristling with arguments that would seem to be of interest only to those deeply inside the legal academy; but nevertheless these two studies – Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain (Cambridge, Mass., 1985) and Forbidden Grounds: The case against Employment Discrimination Laws (Cambridge, Mass., 1992) are now playing an important role in an attempted restructuring of American society. How and why has this happened?*” (FISH, Stanley. *Professional correctness: literary studies and political change*, op. cit., p. 52).

Logo a seguir ele explica o mecanismo que permite ao direito ter esta forma de influência: “*It has not happened simply because Epstein's arguments are (as he advertises them to be) novel and against the grain of current understandings of the fields of law he treats. Novelty is a requirement of publication in law journals no less than it is for publication in PMLA or Diacritics, but in neither field does its achievement assure extra-disciplinary effectiveness. Nor has it happened because Epstein's arguments can be mapped directly on to questions of public policy, for this is often true too of literary arguments, especially of the kind new historicists like to make. Rather it has happened because in various corners of our society individuals and groups are searching for ways to pursue certain ends and Epstein belongs to a class of people, law professors, to which anyone interested in effecting immediate change is likely to turn. It is not enough that his reasoning is such that it will appeal to those groups – that might well be the case of a professor of history of English; it is necessary that he be already tied into networks of communication and political action whose members are poised to hear his thesis even before it is announced*” (ibidem, p. 52-53).

²⁸⁴ Cabe observar que Fish não abandona a sua concepção de separação disciplinar entre teoria e prática. Até no caso em que a teoria é aceita como apta a modificar a prática, tal é definido por critérios práticos.

²⁸⁵ FISH, Stanley. “Being interdisciplinary is so very hard to do” in *There is no such thing as free speech*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 237-238. A impossibilidade da interdisciplinaridade como um projeto geral é o alvo da afirmação de Fish. O que ele defende é que mesmo a prática interdisciplinar é sempre uma prática disciplinar, no sentido de que sempre é orientada por um propósito disciplinar de distinção, o que não impede que as disciplinas possam ter fronteiras móveis.

uma orientação política de esquerda) criticada por Fish. O que Posner sugere como interdisciplinaridade tem ora um sentido de colaboração entre as disciplinas – que mantêm os seus propósitos distintos – ora um sentido de ampliação das fronteiras do direito para abarcar outros códigos e modificar o seu propósito. Nenhum destes casos é afastado por Fish na sua alegação de impossibilidade. Porém, no sentido criticado por Fish, o que Posner faz não é interdisciplinaridade²⁸⁶.

Pensando com um argumento de Fish sobre conceitos interpretativos no seu debate com Dworkin (utilizado na distinção entre descoberta e invenção na decisão judicial), podemos dizer que a interdisciplinaridade de Posner seria interdisciplinaridade apenas enquanto não conseguisse alterar as fronteiras do direito como pretendido, ou seja, apenas enquanto não tivesse sucesso na sua empreitada.

Desta forma, a impossibilidade do pragmatismo de Posner decorre tanto da impossibilidade de uma verdadeira interdisciplinaridade, quanto, principalmente, da necessidade de existência do “texto”, defendida por ele, seja do texto formalista dos casos fáceis, seja do texto a ser descoberto pelas ciências nos casos difíceis. É especialmente este sentido de interdisciplinaridade, que demanda dos juristas que encontrem “textos” normativos em outras disciplinas, que impede que a teoria de Posner reconheça a autonomia do direito.

O contrário é o que defende Fish. Sendo inexistente o “texto” objetivo, as disciplinas se realizam de forma prática justamente através de jogos de diferenciação pela criação de textos²⁸⁷ comunitariamente validados. Por isso, para ele, o direito (e qualquer outra prática disciplinar) só tem sentido na sua autonomia. No entanto, a autonomia do direito no pensamento de Fish não se confunde nem com o sentido de autonomia do normativismo, nem com o sentido de autonomia do jurisprudencialismo.

²⁸⁶ Pode-se pensar que, ao utilizar a palavra interdisciplinaridade, Posner, um conservador, esteja querendo, de certo modo, sequestrar uma palavra dos liberais de esquerda. Fish faz uma alusão a esta espécie de política do vocabulário (ele não utiliza esta expressão) na conclusão de *The trouble with principle* (FISH, Stanley. *The trouble with principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 309-312).

²⁸⁷ “(...) *objects, including texts, do not have an identity apart from some discursive practice, and persons do not have an integrated essence that will emerge if they will only break free of disciplinary constraints. Objects, including texts, come into view within the vocabularies of specific enterprises (law, literature, economics, history, etc.) and in relation to the purposes of which that enterprise is the instantiation*” (FISH, Stanley. *Professional correctness: literary studies and political change*, op. cit., p. 137).

Diferentemente do sentido normativista, o autor descreve de um discurso jurídico que, na prática, forja uma autonomia formal apenas para ocultar retoricamente um exercício de poder, mantendo-se, contudo, aberto à moralidade e à interpretação para permitir a decisão mais adequada ao sistema de poder nos casos em que a forma jurídica não baste²⁸⁸. Apesar de ele afirmar que os argumentos morais possam integrar o direito, ele entende que eles o fazem por meio da retórica jurídica de autonomia. Assim, não seria o caso de pensar a sua proposta nem como positivista incluyente nem como não-positivista excluyente. Para ele toda esta discussão seria simplesmente teórica, sem nenhuma implicação prática direta. Mais do que isso, esta discussão teórica não teria nenhum sentido haja vista que o critério por ele utilizado para classificar um pensamento como positivista ou não-positivista tem origem na hermenêutica literária, passando, de certo modo, pelo critério da “existência do texto”.

Em relação ao sentido de autonomia na proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves, o que distingue Fish é sobretudo, a sua falta de preocupação reflexiva com os fundamentos materiais do direito. Ao tratar do direito como retórica, de um ponto de vista da interpretação literária, ele não consegue compreender a necessária dimensão normativa do direito e da interpretação jurídica, contentando-se com a descrição do aspecto contingente de sua narrativa²⁸⁹.

²⁸⁸ Fish acaba por descrever um direito “condenado ao êxito” de sempre conseguir ocultar o poder que se manifesta (LINHARES, José Manuel Aroso. *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, op. cit., p. 66).

²⁸⁹ Em artigo em que trata da teoria de Dworkin, descrevendo a convergência da “nova hermenêutica” e a atual metodologia do direito, Castanheira Neves defende que o movimento não partiu da “nova hermenêutica” para o direito, mas que foi o desenvolvimento da metodologia do direito que motivou os juristas a dialogar com a “nova hermenêutica”: “Não foi esta hermenêutica que determinou aquela renovação metodológico-jurídica, por uma qualquer conversão desta no sentido daquela, foi essa renovação, operada por razões normativo-jurídicas e com total autonomia ou em função apenas dessas razões e não para assimilar um qualquer e heterônomo modelo hermenêutico, que se viu submetida *a posteriori* uma «leitura» ou recompreensão em termos daquele esquema e daquelas categorias” (NEVES, António Castanheira. “Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade” in *Digesta*, v. 3º, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 478) Mais adiante, citando Esser (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 133 e seguintes): “(...) a «hermenêutica jurídica» é fundamentalmente diferente da hermenêutica histórica ou literária, já que não se trataria naquela nem de considerar, na perspectiva geral da linguagem, as «possibilidades de interpretação», nem de fazer apenas uma interpretação textual, mas de assumir a «tarefa prática» que é própria do direito” (*ibidem*, p. 482).

As críticas de Castanheira Neves a Dworkin se aplicariam com ainda mais razão a Fish, que cobra de Dworkin justamente que leve a sério as consequências de afirmar o direito como um conceito interpretativo. Como consequência disso, Fish acaba por desvincular ainda mais o direito de seus pressupostos normativos e axiológicos, contentando-se com a sua dimensão retórica narrativa ancorada em códigos formalistas. Dworkin, por outro lado, ainda que busque, em alguma medida, a hermenêutica,

O problema da teoria de Fish é que, para defender um ponto de vista forte na interpretação literária, ele, contrariando os pressupostos de seu próprio pensamento, arriscou elaborar critérios gerais de validade, que pudessem ter sentido tanto no direito quanto na literatura. Com isso, esqueceu-se de que diferentes comunidades interpretativas separadas pela institucionalidade disciplinar teriam pressupostos contextuais distintos e valorizariam estratégias interpretativas distintas²⁹⁰.

A busca por fundamentos, com efeito, parece fazer menos sentido na literatura. É possível pensar e defender certas formas de arte sem a necessidade de imposição de sentidos fundamentais pelo intérprete.

O direito, no entanto, tem outros pressupostos, especialmente, pressupostos normativos. A construção histórica do direito não pode ignorar os sentidos axiológicos que foram construídos comunitariamente para dar lugar a uma retórica superficial, formalista ainda que apenas na aparência de seus códigos.

É dizer, com Castanheira Neves (mas, também, em certa medida com Fish), que o direito se organiza (e que deve se organizar) como uma disciplina autônoma, local, sem necessidade de sujeição a pressupostos de uma hermenêutica geral ou literária. Como tal não se podem ignorar os seus fundamentos materiais histórico-culturalmente constituídos, os quais são a essência da construção contínua de seu sentido.

Quanto à teoria do direito, diferente do que talvez se possa defender a respeito da teoria literária, é evidente a sua posição essencial na prática jurídica, seja como fonte do direito, seja como reflexão necessária à reconstrução contínua de seus

não se afasta tanto do direito: “Pelo que, verdadeiramente, a fórmula hermenêutica «a interpretação é aplicação e a aplicação é interpretação» deverá, na perspectiva metodológico-jurídica, ser substituída por esta outra, de sentido bem diferente e que é de KRIELE, «*alle Interpretation ist Fallösung und Fallösung Interpretation*» (KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.^a ed., p. 212) (toda a interpretação [jurídica] é solução de casos e a solução de casos interpretação). E manifestamente que DWORKIN preocupa-se e visa esta última interpretação (jurídica) não aquela outra (hermenêutica)” (NEVES, António Castanheira. “Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade”, op. cit., p. 493).

²⁹⁰ As “infidelidades” do testemunho de Fish, que se protege no silêncio o na “*status quo circumstance*” são apontadas por José Manuel Aroso Linhares (LINHARES, José Manuel Aroso. *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, op. cit., p. 21-22).

fundamentos. Ainda que se admita que existe uma separação discursiva entre teoria e prática do direito, tal separação não é (e não deve ser) tão radical a ponto de se ver como acidental a influência da teoria jurídica na prática.

CONCLUSÃO

A autonomia do direito permite uma abordagem dos problemas jurídicos mais adequada ao sentido culturalmente estabelecido para o direito diante do momento contemporâneo de crise. Com isso, classificar as teorias contemporâneas de acordo com o modo que tratam o problema da autonomia do direito permite melhor compreendê-las com a intenção de superar os problemas que delas decorrem. Assim, deve-se buscar o sentido do direito além da sua autonomia formal das propostas normativistas e além da negação da autonomia pela racionalidade de fins das propostas funcionalistas. O jurisprudencialismo traz uma proposta de pensar o sentido do direito a partir de um sentido normativo material de autonomia, que compreenda o direito como um fenômeno normativo e histórico-cultural, com axiologia própria e finalidades práticas comunitariamente estabelecidas.

O pragmatismo de Posner, ao negar a autonomia do direito, não consegue nem dar-lhe um sentido prático, nem compreender o seu sentido normativo. O seu pragmatismo é destacadamente teórico quando convoca teorias externas ao direito para a solução dos problemas jurídicos na área aberta. Além disso, o seu consequencialismo, especialmente após a sua reformulação como realismo de complexidade, não define bem uma medida valorativa juridicamente relevante para escolher entre as diversas soluções possíveis (ou mesmo uma medida externa ao direito), formulando um modelo analítico incompleto e de uma complexidade limite, a qual não pode ser assimilada pela prática cotidiana dos julgadores, senão pela forma de um senso comum decisionista, orientado pelo simples arbítrio, com poucos limites internos e externos.

É dizer, ele propõe uma “teoria do direito sem direito”, mas que reconvoca um sentido formalista de direito-texto justificado como preservação de expectativas sistêmicas, que deve ser balanceado com as demais consequências possíveis. Sem o parâmetro central da maximização da riqueza, da análise econômica do direito, o consequencialismo proposto funciona melhor como uma sugestão crítica para que os julgadores não se percam no fechamento abstrato do método normativista do que como uma proposta metódica própria com intencionalidade prático-normativa.

Por outro lado, o pragmatismo de Fish defende a autonomia do direito, mas com um sentido radical de autonomia disciplinar natural, intencionalmente orientada. São os propósitos de cada disciplina que orientam a sua autonomia, com as comunidades interpretativas a conferirem-lhe sentidos que realizem o seu sucesso como prática disciplinar.

Desta forma, a sua teoria “anti-teórica”, que defende que o texto não exista em si, mas que seja uma criação comunitária com sentido histórico-cultural, apresenta uma crítica importante a todas as concepções filosóficas universalistas, incluindo as da Filosofia do Direito. No entanto, não sendo jurista, Fish não consegue, a partir da crítica, pensar uma proposta de um sentido material para o direito com potencial de ser comunitariamente assimilado nem pela teoria do direito, nem pela prática.

Fish tem razão ao afirmar que simplesmente perceber que o direito é culturalmente determinado não implica estabelecer um caminho pelo qual as práticas jurídicas possam se transformar. Ocorre que, para defender esta posição, ele acaba por aceitar o formalismo jurídico de forma aproblemática como um paradigma estabilizado pelas práticas, sem atentar para o momento de crise que vive a Filosofia do Direito. Afirmar que o direito é cultural e retórico pode até ser útil para iniciar uma crítica, mas não é mesmo dizer muito sobre o direito, se todas as demais disciplinas também são defendidas como culturais e retóricas.

A teoria literária de Fish, aplicada ao direito, permite compreender melhor a “inexistência” do texto jurídico e a forma comunitária de estabilização dos sentidos. Assim, é possível iniciar uma reflexão sobre a metodologia jurídica que indique um caminho para a superação do normativismo. Tal caminho, contudo, não é encontrado no pensamento de Fish, o qual reconhece a autonomia do direito como uma mera construção retórica por meio da qual o direito se justifica como disciplina prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Kathryn. “*The unbearable lightness of being Stanley Fish*” in *Stanford Law Review*, vol. 47, n. 3, 1995, p. 595-614.

ALEXY, Robert. “*On the concept and the nature of law*” in *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, 2008, p. 281-299.

ALEXY, Robert. “*The Dual Nature of Law*”, in *Ratio Juris*, vol. 23, n. 2, 2010, p. 167-182.

ALEXY, Robert. “*Certeza jurídica e correção*”, tradução de Ana Margarida Gaudêncio e Luís Menezes do Vale da conferência intitulada “*Legal certainty and correctness*” proferida por Alexy na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 30/10/2012, publicada no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVIII, Tomo II, 2012, p. 481-497.

CALABRESI, Guido. “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*” in *Faculty Scholarship Series*, paper n. 1979, 1961, disponível on-line em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979>, último acesso em 10 mai. 2018.

COASE, Ronald. “*The problem of social cost*” in *The Journal of Law and Economics*, v. 3, The University of Chicago Press, outubro de 1960, disponível on-line em JSTOR, <www.jstor.org/stable/724810>, acesso em 24 mar. 2018.

COASE, Ronald. “*Economics and contiguous disciplines*” in *The Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 2, Chicago: The University of Chicago Press, Junho de 1978, p. 201-211.

COLEMAN, Jules. “*Negative and positive positivism*” in *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, Chicago: The University of Chicago Press, jan. 1982, p. 139-164.

COLEMAN, Jules. “*Beyond inclusive legal positivism*” in *Ratio Juris*, vol. 22, 3, 2009, p. 359-394.

COLEMAN, Jules. *The architecture of jurisprudence – part I*, ensaio apresentado na 1st Conference on Philosophy and Law Neutrality and Theory of Law, Girona, 2010, disponível on-line em <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/jules_coleman.pdf>, último acesso em 15 mai. 2018.

COLEMAN, Jules. “*The architecture of jurisprudence*” in *The Yale Law Journal*, vol. 121, n. 1, 2011, p. 2-80, disponível on-line em <https://www.yalelawjournal.org/pdf/1009_3fnvkd8i.pdf>, último acesso em 04 jun. 2018

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. “Law as interpretation” in *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, disponível on-line em <<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10224/3739/dworkin.pdf?...1>>, último acesso em 05 mar. 2017.

DWORKIN, Ronald. “*On interpretation and objectivity*” in *A matter of principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 167-177.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. “Pragmatism and law” in *Justice in robes*, Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 2006, p. 36-48.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 2013.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William; POSNER, Richard. *The behavior of Federal Judges – a theoretical and empirical study of rational choice*, Cambridge: Harvard University Press, 2013.

FISH, Stanley. “*Literature in the reader: affective stylistics*” in *Is there a text in this class?* - The authority of interpretive communities, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 21-67.

FISH, Stanley. “*Interpreting the Variorum*” in *Is there a text in this class?*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 147-173.

FISH, Stanley. “Interpreting ‘*Interpreting the Variorum*’” in *Is there a text in this class?*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 174-180.

FISH, Stanley. “Normal circumstances, literal language, direct speech acts, the ordinary, the everyday, the obvious, what goes without saying, and other special cases” in *Is there a text in this class?*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 268-292.

FISH, Stanley. “Is there a text in this class?” in *Is there a text in this class?*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 303-321.

FISH, Stanley. “Working on the chain gang: interpretation in law and literature” in *Doing what comes naturally*, 4. reimpressão, Durham: Duke University Press, 1989, p. 87-102.

FISH, Stanley. “Wrong again” in *Doing what comes naturally*, 4. reimpressão, Durham: Duke University Press, 1989, p. 103-119.

FISH, Stanley. “*Still wrong after all these years*” in *Doing what comes naturally*, 4. reimpressão, Durham: Duke University Press, 1989, p. 356-371.

FISH, Stanley. “Fish v. Fiss” in *Doing what comes naturally*, 4. reimpressão, Durham: Duke University Press, 1989, p. 121-140.

FISH, Stanley. “The law wishes to have a formal existence” in *There is no such thing as free speech*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 141-179.

FISH, Stanley. “*Play of surfaces: theory and law*” in *There is no such thing as free speech*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 180-199.

FISH, Stanley. “Almost pragmatism: the jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin” in *There is no such thing as free speech*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 200-230.

FISH, Stanley. “Being interdisciplinary is so very hard to do” in *There is no such thing as free speech*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 231-242.

FISH, Stanley. *Professional correctness: literary studies and political change*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FISH, Stanley. *The trouble with principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

FISS, Owen M., “The Jurisprudence (?) of Stanley Fish” in *ADE Bulletin*, n. 80, Association of Departments of English, Spring, 1985, p. 1-4, disponível on-line em <<https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/fish.pdf>>, acesso em 13 mar. 2017.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Entre o centro e a periferia: a perspectivação ideológico-política da dogmática jurídica e a decisão judicial no Critical Legal Studies Movement*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HART, Herbert. “*Positivism and the separation of law and morals*” in *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, 1958, p. 593-629.

HART, Herbert. *The concept of law*, 2. ed., New York: Clarendon Press, 1994.

HOLMES JR., Oliver. “*The path of the law*” in *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, 1897.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado a partir do

original *Reine Rechtslehre*, 2. ed., de 1960, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge: Harvard University Press, 1997.

LEFF, Arthur. “*Economic analysis of law: some realism about nominalism* in Yale Faculty Scholarship Series, Paper 2820, 1974, disponível on-line em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2820>, último acesso em 17 abr. 2018.

LINHARES, José Manuel Aroso. *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo – sumários desenvolvidos*, policop.

LINHARES, José Manuel Aroso. “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 78, 2002, p. 65-178.

LINHARES, José Manuel Aroso. *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*. Porto: Instituto da Conferência do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007.

LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

LINHARES, José Manuel Aroso. “*Law’s cultural project and the claim to universality or the equivocality of a familiar debate*” in *International Journal of the Semiotics of Law*, n. 25, dezembro de 2011, p. 489-503.

LINHARES, José Manuel Aroso. “Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?”, in Fernando ALVES CORREIA, Jónatas E. M. MACHADO, João Carlos LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, STVDIA IVRIDICA*,

106, *Ad Honorem* – 6, *Volume III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 395-421.

LINHARES, José Manuel Aroso. *O direito como mundo prático autónomo: equívocos e possibilidades – Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito*, Coimbra, 2013, policop.

LINHARES, José Manuel Aroso. “*Decisão judicial, realismo de «complexidade» e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?*” in *Boletim de Ciências Económicas*, volume LVII (separata), Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 1753-1789.

LINHARES, José Manuel Aroso, *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

NEVES, António Castanheira. “*Justiça e Direito*” in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 241-286, publicado originalmente no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, 1976, p. 205-269.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, *STVDIA IURIDICA*, 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, António Castanheira. “*Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998, p. 1-44.

NEVES, António Castanheira. *Teoria do direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, policop., Coimbra, 1998.

NEVES, António Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito – sumários e textos*, policop., Coimbra, 1998-1999.

NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, primeira edição publicada em 2002.

NEVES, António Castanheira. “Justiça e Direito” in *Digesta – escritos acerca do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, v. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 241-286, texto publicado originalmente no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LI, 1976.

NEVES, António Castanheira. “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito” in *Digesta – escritos acerca do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, v. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 9-41.

NEVES, António Castanheira. “Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade” in *Digesta – escritos acerca do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, v. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 413-495.

NEVES, António Castanheira. “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas” in DIAS, Jorge de Figueiredo (org.), *Internacionalização do direito no novo século*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 45-72.

POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

POSNER, Richard. “*Wealth maximization revisited*” in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, n. 2, 1985, p. 85-105, disponível on-line em <<https://chicagounbound.uchicago.edu>>, último acesso em 17 abr. 2018.

POSNER, Richard. “*The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*” in Harvard Law Review, n. 100, 1987, p. 761-780.

POSNER, Richard. *The Problems of jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1990.

POSNER, Richard. “*Values and consequences: an introduction to Economic Analysis of Law*” in John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 53, Chicago, palestra proferida em janeiro de 1998, disponível on-line em <https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>, último acesso em 29 mar. 2018.

POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2001.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard. “*The judiciary and the academy – a fraught relationship*” in University of Queensland Law Journal, n. 29, 2010, p. 13-18, disponível on-line em <https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1839/>, último acesso em 02 jul. 2018.

POSNER, Richard. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 9. ed., New York: Wolters Kluwer Law and

Business, 2014.

POSNER, Richard. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations” in *Ratio Juris*, n. 17, v. 1, março de 2017, p. 66-79.

WALUCHOW, Wilfrid, “*The many faces of legal positivism*” in *The University of Toronto Law Journal*, vol. 48, n. 3, 1998, p. 387-499.

WALUCHOW, Wilfrid. “*Legal positivism, inclusive versus exclusive*” in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Taylor and Francis, 2001, disponível on-line em <<https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/legal-positivism-inclusive-versusexclusive/v-1>>, último acesso em 08 mai. 2018.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*, 2. ed. bilingue alemão-inglês, tradução de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe a partir do original *Philosophische Untersuchungen*, Oxford: Blackwell Publishers, 1958.