

**POSNER, KELSEN E HAYEK: PRAGMATISMO JURÍDICO, POSITIVISMO  
NORMATIVISTA E LIBERALISMO POLÍTICO-ECONÔMICO AUSTRIACO\***

**POSNER, KELSEN AND HAYEK: JURIDICAL PRAGMATISM,  
NORMATIVIST POSITIVISM AND AUSTRIAN POLITICAL ECONOMICAL  
LIBERALISM**

**Marcel Moraes Mota**

**RESUMO**

Este artigo busca discutir relações entre análise econômica do direito e atividade jurisdicional, através da consideração da doutrina do pragmatismo jurídico de Richard Posner. A fim de alcançar esse propósito, é interessante comparar a perspectiva de Posner com a teoria pura do direito de Kelsen e a teoria liberal de Hayek. Posner e Kelsen concordam que é permitido a um juiz escolher fundamentos econômicos para decidir. Por outro lado, Hayek pensa que um juiz tem que simplesmente seguir uma ordem jurídica espontânea. Dworkin critica as teses fraca e forte de Posner que rejeitam o papel da moralidade na decisão jurídica. Conclui-se que a doutrina de Posner não se coaduna com uma ontologia do direito adequada.

**PALAVRAS-CHAVES:** ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. RICHARD POSNER. JULGAMENTO PRAGMÁTICO. MORALIDADE.

**ABSTRACT**

This article seeks to discuss connections between economic analysis of law and jurisdictional activity, by considering Richard Posner's juridical pragmatism doctrine. In order to achieve that purpose, it is interesting to compare Posner's perspective with Kelsen's pure theory of law and Hayek's liberal theory. Posner and Kelsen agree that a judge is allowed to choose economic grounds to make a decision. In the other hand, Hayek thinks that a judge ought to simply follow an spontaneous juridical order. Dworkin criticizes both strong and weak Posner's theses which reject morality's role in juridical decision. It is found that Posner's doctrine does not suit an adequate ontology of law.

**KEYWORDS:** ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. RICHARD POSNER. PRAGMATICAL ADJUDICATION. MORALITY.

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

## **Introdução.**

Este artigo tem por objetivo discutir os reflexos da análise econômica do direito na aplicação do direito realizada pelos órgãos jurisdicionais, analisando-se a doutrina do pragmatismo jurídico de Richard Posner.

De início, convém mencionar os elementos do conceito de direito e suas respectivas noções de validade, porque são fundamentos teóricos com base nos quais se poderá avaliar a solidez da proposta juspragmática de Posner.

Em seguida, apresentam-se alguns aspectos da análise econômica do direito, abordando-se um conceito de ciência econômica, os tipos de preços, a idéia de *homo economicus*, conceitos de eficiência econômica e a distinção entre as feições positiva e normativa da análise econômica do direito.

Posteriormente, interessa expor os principais traços da repercussão do *everyday pragmatism* de Richard Posner no âmbito do direito, o que o leva a forjar a *pragmatical adjudication*.

Uma vez esclarecido os pontos salientes do que Posner entende por pragmatismo jurídico, propõe-se o exame da compatibilidade dessa concepção doutrinária com a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

A fim de proporcionar uma perspectiva mais ampla das relações entre análise econômica do direito e a função desenvolvida pelos juízes, mencionam-se aspectos da teoria liberal de Friedrich Hayek a respeito.

Com vistas a uma reflexão apurada acerca do pragmatismo jurídico de Posner, é de todo conveniente fazer referência às críticas que lhe são dirigidas por Ronald Dworkin, oportunidade em que se as cotejará com uma compreensão adequada dos elementos do conceito de direito.

Ao final, enumeram-se conclusões, que sintetizam as noções mais relevantes sedimentadas nesta breve pesquisa.

### **1. Elementos do conceito de direito. Correspondentes noções de validade.**

Nas discussões justeóricas sobre o conceito de direito, encontram-se referências a três elementos: legalidade conforme ao ordenamento, eficácia social e correção material.

A partir do exame da legalidade conforme ao ordenamento, elabora-se o conceito jurídico da validade. Uma norma será juridicamente válida, se puder ser fundamentada com base em outra norma jurídica válida. Ao elemento da eficácia social corresponde o conceito sociológico de validade, que diz respeito ao grau de observância dos comandos jurídicos, assim como ao grau de aplicação de sanções, em caso de descumprimentos dos deveres estabelecidos pelas normas jurídicas. Por sua vez, o elemento da correção material, ou correção moral, dá origem conceito de validade moral do direito, que examina a adequação das normas jurídicas a padrões de justiça.

Cumprе salientar que esses elementos considerados em si mesmos, ou em suas relações com os demais, ensejam diversas interpretações, o que responde pela variedade de propostas conceituais no âmbito da ontologia jurídica.

De particular interesse, apresenta-se a controvérsia sobre o caráter conceitualmente necessário da correção material, ou correção moral, na ontologia jurídica, tendo em vista que não há disputas teóricas de relevo entre não-positivistas e positivistas sobre a necessidade conceitual dos elementos da legalidade conforme ao ordenamento e da eficácia social.

Assim, um dos critérios pelos quais é possível distinguir não-positivistas e positivistas vem a ser a aceitação, ou não, do elemento da correção moral como integrante do conceito de direito. Os positivistas afirmam que não há relação conceitualmente necessária entre moral e direito, de forma que não haveria de se falar que a correção material faz parte do conceito de direito. Já os não-positivistas sustentam precisamente o contrário, porquanto defendem que moral e direito estão conceitualmente relacionados, de modo que o conceito de direito pressupõe a referência ao elemento da correção moral, a que corresponde o conceito de validade moral das normas jurídicas.

No âmbito do pensamento jurídico não-positivista, distinguem-se as teorias jusnaturalistas das pós-positivistas, a depender da relação sugerida entre as normas jurídicas e as normas morais. Para os jusnaturalistas, o direito positivo está situado em um plano inferior ao direito natural, o que conduz à subordinação das normas jurídicas às normas morais. De acordo com uma perspectiva pós-positivista, rejeita-se o recurso ao direito natural, vislumbrando-se a relação de complementação entre normas jurídicas e normas morais.

Verifica-se que uma teoria do direito pós-positivista se coaduna perfeitamente com uma visão global da dogmática jurídica, em que as dimensões analítica, empírica e normativa apresentam-se complementares e inseparáveis, afastando-se os riscos de abordagens teóricas reducionistas, como são as teorias positivistas.

O conhecimento das normas das normas jurídicas válidas (dimensão empírica), associado à clarificação dos conceitos (dimensão analítica), permite àquele que se depara com um problema jurídico fundamentar racionalmente uma possibilidade de decisão (dimensão normativa), como sendo aquela que deve ser adotada, o que revela a pertinência da racionalidade prática na argumentação jurídica.

Se o jurista busca compreender o direito como ele é, não poderá fazê-lo adequadamente, caso ignore o papel desempenhado pelos elementos morais no exame da validade das normas jurídicas e na aplicação do direito. Para isso, não poderá servir-se de uma teoria positivista, mas encontrará base teórica consistente na seara do pós-positivismo, sem recair no anacronismo de posições teóricas que predicam a validade superior de um direito natural.

## **2. Aspectos da análise econômica do direito.**

A economia tem por objeto bens escassos, que por isso mesmo são susceptíveis de valor econômico. Diante da escassez dos bens, o ser humano precisa fazer escolhas, que serão mais bem feitas, caso sejam guiadas por padrões racionais. Surge assim a economia

como ciência das escolhas racionais relativas a bens escassos em face do querer humano.

Decorre da escassez de um bem seu valor econômico, que se deixa representar por um preço. Ocorre que nem todo preço se reveste do caráter pecuniário. Há preços pecuniários e não-pecuniários (*shadow prices*). No contexto jurídico, a diferença pode ser apreendida claramente, v.g., pela comparação entre o valor de um cheque (preço pecuniário) e o valor do direito à liberdade (preço não-pecuniário).

Atrelada à definição da ciência econômica como conhecimento relativo às escolhas racionais com referência a bens limitados diante da vontade do ser humano está a concepção, certamente questionável, de acordo com a qual o ser humano seria um maximizador de utilidade racional.

De fato, a assunção de que o homem age consoante padrões de racionalidade econômica somente pode ser aceita em parte, já que muitas vezes o ser humano prefere a solução economicamente menos viável, ou simplesmente não tem condições cognitivas ou até mesmo psicológicas de tomar a decisão que o pretense *homo economicus* tomaria, como revelam as contribuições da *behavioral economics*. Apesar disso, há formulações teóricas que aprofundam a suposição de racionalidade do comportamento humano, a ponto de pretender-se predizer o resultado de complexas interações coletivas, como atestam os estudos da *game theory*.

A análise econômica do direito parte do pressuposto de que a atribuição de direitos pode ser valorada economicamente, o que pode servir, por exemplo, para descrever os efeitos econômicos da adoção de determinada legislação, ou de determinadas decisões jurisdicionais. Além disso, dando-se um passo adiante, a análise econômica assumiria funções diretivas, de modo a estabelecer que normas jurídicas ou que modos de decidir devem ser empregados, a fim de se alcançar o melhor estado de eficiência econômica.

Quando o objeto da análise econômica se restringe à função de explicação dos efeitos econômicos de algum fenômeno jurídico, resta caracterizada a análise econômica do direito positiva. Já quando se elabora uma análise econômica do direito com pretensões prescritivas, ingressa-se no domínio da análise econômica do direito normativa.

Afigura-se problemático afirmar que uma análise econômica do direito possa assumir funções normativas, já que não é dado ao economista dizer quais objetivos que uma sociedade deve perseguir, ou que normas de adotar. Isso porque o estabelecimento de finalidades, em sociedades democráticas, é uma questão sempre aberta à interação dialógica entre os cidadãos.

Poderá ser útil, porém, uma análise econômica do direito positiva, com fulcro em elementos empíricos, capaz de informar, v.g., se a revogação de determinada lei será, ou não, uma medida útil para atingir dada finalidade econômica.

Importa salientar que as teorias da análise econômica do direito se dirigem primordialmente aos sistemas jurídicos que fazem parte do *common law*. Com respeito ao *civil law* e, em particular, ao direito constitucional, afirma-se que a aplicação da análise econômica do direito pode ser útil, todavia nesses casos o direito não pode ser interpretado, como se sugere pelos adeptos da AED em relação ao *common law*, como

um sistema de maximização da riqueza da sociedade. Dessa forma, em relação ao direito brasileiro, em há constituição analítica e extensa legislação, verifica-se que o horizonte de aplicação da AED é bem mais restrito do que no direito dos Estados Unidos.

A busca por alguma forma de eficiência econômica não é questão puramente científica, capaz de ser descoberta objetivamente, como são as leis da natureza. A título ilustrativo, o ser humano caricaturado como *homo economicus* decorre de uma visão utilitarista do comportamento humano.

Com o objetivo de afastar o conceito de eficiência econômica das críticas que são feitas ao utilitarismo, forjou-se o critério da otimidade de pareto (*pareto improvement*), pelo qual uma transação econômica é considerada superior, se ela tiver como resultado a melhora de pelo menos uma das pessoas envolvidas e que, além disso, nenhuma dessas pessoas fique em situação pior em relação ao estado anterior. Naturalmente, na base da formulação do critério da otimidade de pareto está o princípio moral da igualdade, no sentido que o interesse dos envolvidos merece igual consideração e respeito.

Observa-se, porém, que o *pareto improvement* tem aplicação assaz restrita, mostrando-se imprestável para contextos que envolvam expressivo número de pessoas, já que, nessas situações, é praticamente impossível que alguma alteração introduzida venha a ocasionar melhoras, sem prejudicar alguém.

Em cenários mais complexos, em que há muitos interesses envolvidos, segue-se o conceito Kaldor-Hicks de eficiência econômica, segundo o qual uma transação seria economicamente eficiente, desde que a melhora proporcionada aos envolvidos beneficiados seja maior do que o prejuízo causado a terceiros, que poderiam ser compensados pelos que se viram em situação melhor após a transação.

Dessa maneira, o conceito Kaldor-Hicks de eficiência econômica é útil para fundamentar, por exemplo, políticas econômicas que prejudiquem algum setor da sociedade, mas que sejam melhores para a sociedade como um todo. Mais uma vez, são evidentes implicações morais nesse conceito, já que, ainda utilizando o exemplo mencionado, é uma questão de moralidade política saber se algumas pessoas podem ser prejudicadas, se isso for um meio para atender uma finalidade de toda a sociedade.

Uma situação extrema pode elucidar, ademais, limites morais para aplicação de um conceito de eficiência econômica. Imagine-se que o recurso à tortura, para obter uma informação, seja capaz de evitar enormes danos para um grande número de pessoas. Não há dúvida de que, do ponto de vista econômico, o valor dessa informação seja maior do que os danos à saúde causados ao torturado. Não obstante, permanece o problema moral do caráter abominável da tortura, por ser prática contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, busca-se justificar a assertiva de que os critérios de eficiência econômica não podem ser compreendidos em seu contexto mais amplo, sem referências a questões morais.

### **3. Apresentação do *everyday pragmatism* de Richard Posner no campo do direito (*pragmatical adjudication*).**

Richard Posner acredita que o modo de pensar pragmático tem muito a contribuir para a compreensão do sistema jurídico dos Estados Unidos, país em que os cidadãos em geral adotariam essa visão de mundo em suas relações do dia-a-dia, tendo em vista que a sociedade norte-americana teria perfil marcadamente comercial. Desde logo, portanto, vêem-se dificuldades para a aplicação da doutrina de Posner no sistema jurídico brasileiro, porquanto o perfil da sociedade brasileira é diferente da sociedade dos EUA.

Desde logo, cumpre esclarecer que o que Posner entende por pragmatismo não se confunde com as contribuições filosóficas clássicas elaboradas, v.g., por Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Isso pois haveria de se distinguir o pragmatismo do dia-a-dia (*everyday pragmatism*) do pragmatismo filosófico.

Diferencia-se o *everyday pragmatism* do pragmatismo filosófico, fundamentalmente, por aquele ser uma concepção não-teórica, o que implica afirmar ser uma concepção destituída de qualificação filosófica. Consistiria, o pragmatismo do dia-a-dia, na projeção da idiosincrasia média estadunidense, assumindo, portanto, foros de concepção contextual autocompreendida como não teorizada.

O reflexo do *everyday pragmatism* no campo do direito se manifestaria em uma concepção da decisão jurídica que seria adotada, no entender de Posner, pela maioria dos juízes dos Estados Unidos, contexto em que se inclui ele próprio. Trata-se do julgamento pragmático, ou *pragmatical adjudication*, que consiste, portanto, em uma concepção da atuação jurisdicional insusceptível de ser universalizada, ou sugerida a países com cultura e ordenamentos jurídicos diferentes daqueles dos EUA, já que é condicionada por características socioculturais específicas.

Nessa modalidade de julgamento, o juiz seguiria uma disposição geral de fundamentar suas decisões “em fatos e conseqüências, em vez de conceptualismos e generalidades”.

Como Richard Posner mesmo reconhece, essa formulação do que seria *pragmatical adjudication* deixa a desejar, por ser “incompleta e inespecífica”. Dessa forma, é necessário prover uma descrição mais detalhada da concepção de julgamento pragmático, a fim de que se possa compreendê-lo devidamente, evitando-se interpretações indesejadas pelo autor, mas admissíveis pela expressão literal da primeira formulação que oferecera a respeito.

Assim, importante equívoco a ser debelado seria imaginar que *pragmatical adjudication* seria uma espécie de julgamento baseada tão-somente em consideração conseqüencialistas casuísticas. Em verdade, o julgamento pragmático envolve o exame das conseqüências sistêmicas e não-sistêmicas do caso concreto. Por conseqüências sistêmicas são entendidas as conseqüências de uma decisão em relação ao princípio do Estado de Direito (*rule of law*), que exige, entre outros aspectos de grande relevância, a separação entre as funções de julgar e de legislar. Considerações não-sistêmicas, então, seriam aquelas confinadas aos limites do caso concreto.

Cabe ao juiz pragmático avaliar, em cada caso, qual tipo de considerações conseqüencialistas deve prevalecer, sempre tendo presente uma noção de eficiência econômica. Ademais, não são somente conseqüências imediatas que devem ser consideradas, vez que as conseqüências em longo prazo também são importantes. Convém ainda ressaltar que o juiz, na concepção de Posner, não está jungido ao exame

de todas as conseqüências possíveis de suas decisões, porque isso seria exigir de mais do juiz, que tem limitações de ordem prática e decorrentes de sua atuação jurisdicional.

Em relação à indagação acerca de qual critério o juiz deve utilizar para escolher que tipo de considerações conseqüencialistas deve prevalecer, Posner responde, valendo-se da afirmação geral de que o critério último deve ser o da razoabilidade.

Nesse ponto, Posner supõe aproximar-se, a um só tempo, do modo de argumentar da sofística e da retórica aristotélica. Ignora, entretanto, ponto de vista central da retórica aristotélica, que vem a ser a rejeição das refutações sofísticas, argumentos que têm a aparência de contestações, mas não passam de falácias.

Impende deixar claro que, na avaliação de Posner, a perquirição sobre as conseqüências de uma decisão proferida por um órgão jurisdicional encontra relevantes limitações, quando o material jurídico dotado de autoridade consiste em estatutos (leis), ou na Constituição. Mais uma vez, resta evidenciado o caráter contextual de sua doutrina da atuação pragmática dos julgadores, já que seu terreno mais fértil de aplicação é o *common law*.

Caracteriza-se o julgamento pragmático, tal como concebido por Posner, por seu viés empiricista, refratário a considerações abstratas de cunho moral ou de teoria política. Fundamentalmente, o juiz, seguindo-se essa linha de pensamento, deve-se ater aos fatos, ao conhecimento científico disponível, deixando lado questões de filosofia moral, já que nenhuma formulação teórica abstrata teria utilidade para guiar o processo decisório. Em vez do recurso a teorias abstratas tidas por inservíveis, o julgador deve considerar a argumentação prática ordinária, ou do dia-a-dia, como sugere a idéia de *everyday pragmatism*.

Em decorrência do empiricismo da *pragmatical adjudication*, o órgão jurisdicional deve privilegiar as razões mais estreitas, em relação aos motivos mais amplos. Compreende-se essa afirmação, haja vista que as razões do primeiro tipo se ligam aos fatos que estão diante do órgão judicante, ao passo que no caso dos motivos mais amplos, verifica-se a tendência de contemplação de fatos futuros. Naturalmente, cabe ao juiz pragmático, na visão de Posner, dar mais peso aos fatos que estão diante de si em vez de fatos futuros e, por isso mesmo, abstratos.

Em face da problemática negação da importância de teorias morais para a aplicação do direito, Posner seguramente rejeita a presença do elemento moral no conceito do direito, filiando-se, portanto, à corrente dos positivistas.

Ocorre que o espectro das doutrinas positivistas é bastante amplo, nele incluindo-se autores de posições teóricas divergentes em diversos pontos. Restringindo-se a análise ao campo do positivismo normativista, basta dizer que a concepção pragmática de Posner se opõe ao normativismo de Hart, mas seria compatível com a teoria pura do direito, de Kelsen.

A distância da *pragmatical adjudication* em relação à doutrina positivista de Hart se verifica, na medida em que Hart atribui ao juiz o papel de atuar discricionariamente

somente no espaço deixado pela textura aberta da norma jurídica. Posner considera essa descrição do papel do julgador indevidamente limitada.

A relação entre o esboço de teoria do direito de Posner sobre a atuação jurisdicional e o normativismo kelseniano merece exame mais detalhado, a ser realizada na próxima seção.

#### **4. Teoria pura do direito e *economic analysis of law*.**

Hans Kelsen elabora sua doutrina positivista, perseguindo um objetivo que considera fundamental: separar o que é próprio da ciência do direito daquilo que, mesmo relacionado ao direito, não é peculiar à ciência do direito, vez que constituiria objeto de estudo de outros ramos do conhecimento.

Dessa maneira, compreende-se que sua teoria é pura no sentido epistemológico, na medida em que se debruça sobre aquela porção do fenômeno jurídico que seria estritamente jurídica, o aspecto normativo, deixando o exame dos fatos para a sociologia do direito e dos valores para a axiologia jurídica.

Kelsen descreve o sistema jurídico como uma ordem coercitiva, na medida em que, considerado globalmente, prevê sanções para o caso de não realização do comando estabelecido pela norma jurídica.

Levando às últimas conseqüências sua compreensão dinâmica do sistema jurídico, Kelsen chega à conclusão de que não há quaisquer restrições de conteúdo para as normas jurídicas, o que implica a rejeição do elemento da correção material do conceito de direito. Dessarte, a validade de uma norma jurídica independeria de elementos morais, de modo que seria possível haver normas jurídicas extremamente injustas válidas, pela simples circunstância de ser passível de recondução a uma norma superior válida.

Na perspectiva kelseniana da relação entre moral e direito, marcada pelo relativismo ético e pela rejeição do conceito de racionalidade prática, o problema da justiça intersubjetivamente controlável não passa de uma ilusão.

Além disso, na teoria kelseniana, não faz sentido falar de Estado de Direito. Uma razão suficiente para isso seria que não haveria critérios morais racionalmente justificáveis para distinguir um Estado de Direito de um Estado que não fosse de Direito. Ocorre que, em verdade, Kelsen entende que Estado nada mais é do que uma duplicação animista, logo supérflua, do direito.

A estrutura do ordenamento jurídico descrita por Kelsen assume a forma de uma pirâmide, em cujo ápice está a norma fundamental, que serve de fundamento de validade para todas as demais normas, cada vez menos abstratas e gerais à medida com que se aproximam da base.

Nessa representação geométrica do sistema jurídico, as sentenças proferidas pelos órgãos jurisdicionais ordinários são normas individuais e concretas. Logo, a atividade jurisdicional não seria ontologicamente distinta da atividade legislativa, já que ambas funções criariam normas jurídicas.

Observa-se que a função criativa conferida ao juiz na teoria pura do direito se coaduna com a descrição da atuação jurisdicional do pragmatismo jurídico de Posner, já que em ambas perspectivas o juiz não desempenha atividade meramente reprodutora do direito anterior ao caso.

Conforme anteriormente discutido, na concepção juspragmática de Posner, o juiz deve avaliar as conseqüências das soluções possíveis, adotando-se aquela que for mais razoável. Considerando que o direito anglo-americano é mais bem explicado como um sistema jurídico que promove a eficiência econômica, a maximização da riqueza, a ponderação econômica é um elemento de grande relevância no julgamento pragmático. Desse modo, seria difícil mesmo imaginar que o pragmatismo jurídico de Posner concebesse a decisão judicial como mero ato de conhecimento do direito vigente.

Na teoria da interpretação jurídica de Kelsen, cabe ao órgão jurisdicional, intérprete jurídico que se diferencia dos demais por criar direito, decidir por uma das possibilidades interpretativas que se encaixam na moldura do direito, de acordo com um ato de vontade. Nessa perspectiva, não haveria critérios racionais segundo os quais uma possibilidade de decisão seria mais correta do que outra, a busca pela decisão correta seria uma questão de política do direito.

Já que Kelsen afirma que a decisão dos juízes é uma questão de política do direito, conclui-se que sua teoria pura é compatível com o pragmatismo jurídico de Posner, pois, de acordo com a interpretação kelseniana, quaisquer critérios políticos podem ser adotados pelo órgão julgador, o que sem dúvida inclui parâmetros de política econômica.

Está claro também, então, que, na teoria kelseniana, o órgão jurisdicional tem permissão para não considerar critérios hauridos da análise econômica do direito para decidir.

Impende observar que a compreensão kelseniana da função desempenhada pelos juízes está sujeita a fundadas críticas. Uma delas aponta para uma contradição interna da teoria da interpretação kelseniana: de nada adiante falar em limites da moldura normativa, se não existem critérios para definir o estabelecimento dessas molduras.

Ademais, nos quadrantes do Estado Democrático de Direito, não há que se falar de poder jurisdicional discricionário, uma vez que aos órgãos julgadores não se permite margem de decisão livre de parâmetros jurídicos, impondo-se ainda a justificação racional de todas suas decisões.

## **5. Liberalismo político-econômico de Friedrich Hayek.**

A relação sugerida entre teoria do direito e utilização de critérios econômicos para a interpretação judicial do direito não depende da formação econômica do jurista. É o que se conclui a partir do exame da teoria positivista de Kelsen, bem como do esboço de teoria do direito de Posner. Resta saber o que o exemplo de Friedrich Hayek, pensador com graduações em direito e em economia, tem a dizer a respeito.

Friedrich Hayek é um grande expoente do liberalismo político-econômico austríaco, cujas contribuições provieram desde a primeira metade do século XX, contexto

histórico marcado pela forte contraposição entre capitalismo e socialismo, que acabou por bipolarizar o mundo até o marco histórico-simbólico do fim da URSS em 1991.

Em uma época em que se exaltavam as virtudes da economia planificada e se duvidava da capacidade das economias capitalistas de sobreviver diante de suas crises, Hayek firmemente defendeu o liberalismo político-econômico, com base em sua tese central de que o Estado intervencionista conduziria ao totalitarismo, à servidão.

A tese liberal-econômica de Hayek se baseia na idéia de que o projeto de uma economia planificada só seria possível se houvesse um controle de informações sobre todos os agentes que influenciam na economia, o que é inviável de realizar-se, além do que pressuporia um modelo de democracia intervencionista, o qual entraria em conflito com as liberdades básicas do indivíduo. Assim, a busca pela justiça social conduziria à violação da liberdade individual.

Verifica-se que Hayek distancia-se de Kelsen, por sustentar a idéia de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) em uma versão liberal, ao passo que este rejeita a duplicidade entre direito e Estado.

Com respeito às formas de estabelecimento das regras jurídicas, Hayek distingue o construtivismo racional da ordem espontânea.

Consoante o primeiro modelo, as normas jurídicas são elaboradas por autoridades institucionalmente designadas, como são os legisladores incumbidos da produção de normas gerais e abstratas. Trata-se, sustenta Hayek, de modelo falho, na medida em que exige um conhecimento de fatos particulares que não é possível de ser obtido.

Pelo paradigma da ordem espontânea, as normas jurídicas são produzidas pelo costume dos indivíduos, daí a razão por que se trata de um modo de estabelecimento espontâneo da normatividade jurídica.

Hayek compreende a sociedade como uma ordem espontânea, de modo que o direito, em consonância com a rejeição liberal de planificação geral da conduta e com o reconhecimento das limitações do conhecimento factual, também deve ser estabelecido espontaneamente, evitando-se os inconvenientes do construtivismo racional, que, em versões fortes, conduziriam à revolta contra a razão abstrata.

A fim de que os juízes não atuem como inimigos da liberdade, Hayek entende que devam limitar-se ao reconhecimento do direito preexistente, o que se ajusta perfeitamente à opção pelo modo espontâneo de estabelecimento das normas jurídicas.

Nessa linha de pensamento, caberia ao órgão jurisdicional manter as expectativas de comportamentos geradas pelos indivíduos em sociedade, através de suas relações costumeiras. A postura do reservada ao juiz, então, assumiria função claramente conservadora.

Torna-se problemática a concepção de Hayek da atuação dos juízes associada ao sistema de ordem jurídica espontânea, quando se leva em consideração a necessidade de legislação interventora, como ocorre, à guisa de exemplo, no âmbito do direito ambiental.

Razões liberal-econômicas levam Hayek a defender que o poder judiciário deva ter, em linhas gerais, a função passiva de reconhecer o direito espontâneo dos indivíduos. Dessa forma, é clara sua incompatibilidade com a sugestão de Posner sobre o julgamento pragmático, que atribui ao juiz o desempenho de um papel ativo na entrega da prestação jurisdicional. Daí porque nem toda análise econômica do direito implica alguma modalidade de ativismo judicial.

## **6. Crítica dworkiniana ao pragmatismo jurídico de Richard Posner.**

O pragmatismo jurídico de Richard Posner está sujeito a inúmeras observações críticas, que decorrem de sua visão incompleta sobre os elementos do conceito de direito, o que acaba por gerar uma compreensão equivocada sobre a atuação jurisdicional.

Preocupado com o modismo do movimento “antiteórico” preconizado por Posner no meio acadêmico dos Estados Unidos, Ronald Dworkin dedica-se a examinar a concepção juspragmática daquele autor, expondo-lhe as mazelas, oportunidade em que reafirma teses sobre a conexão entre direito e moral.

A rejeição de Richard Posner pelo pensamento teórico manifesta-se, por exemplo, na assertiva segundo a qual a pretensão de elaborar uma teoria que regule a ação política e, em particular, a ação judicial não passa de um sonho. O que se rechaça, portanto, nessa perspectiva, é a possibilidade de teorizações sobre a razão prática, que possui relações com a argumentação moral.

Dworkin esclarece que o desprezo de Posner pela teoria moral decorre da confusão conceitual entre a filosofia moral de um lado e, do outro, da sociologia moral, da psicologia moral e da antropologia moral. Ocupa-se a filosofia moral do exame da correção moral das ações humanas. Para a sociologia moral, interessa a investigação empírica sobre convicções morais. A psicologia moral trata do processo psíquico de elaboração ou mudança de convicções morais. Por sua vez, a antropologia moral se dirige a perquirições sobre o desenvolvimento da disposição humana de fazer julgamentos morais.

Dessa maneira, não se pode concluir que as teorias morais são imprestáveis por conta do pluralismo de concepções morais. A diversidade de concepções morais é uma questão de sociologia moral, a qual não impende de buscar, no plano da filosofia moral, definir quais concepções morais são, ou não, corretas.

Através da idéia de *everyday pragmatism*, Posner pretende separar dois tipos de argumentação moral. De um lado, estaria a argumentação moral abstrata, que teria caráter onírico, de interesse restrito dos filósofos e sem nenhum valor diretivo para alguém que tenha que lidar com questões práticas, como é o caso de um juiz. Do outro lado, estaria a argumentação do dia-a-dia, em que estão engajadas as pessoas comuns, que se ocupam de problemas concretos.

Em verdade, não há que se falar em dois tipos de argumentação moral. A diferença entre a argumentação moral do dia-a-dia e aquela desenvolvida em teorizações sofisticadas é tão-somente de grau. Isso já serve como indício da importância de uma teoria moral para a argumentação jurídica em geral e para a argumentação judicial em particular.

A tese forte de Posner reza que nenhuma teoria moral pode servir de base sólida para um julgamento moral. Logo, na aplicação do direito, mesmo que haja questões morais envolvidas, nenhuma teoria moral seria útil. Como se vê, essa tese forte recai no nihilismo, que é uma teoria moral relativista radical.

A própria afirmação de que nenhuma teoria moral serve para fundamentar um julgamento moral, convém destacar, é julgamento moral que pressupõe uma teoria moral, a saber, a teoria nihilista. Assim sendo, não há como insistir na tese forte de Posner.

Na concepção juspragmática de Posner, é uma questão central a recusa de considerações morais como critérios de decisão. Por isso, sua tese fraca afirma que o juiz deve deixar de lado avaliações morais em seu julgamento, privilegiando argumentos pragmáticos, qualquer que seja a força que uma teoria moral tenha para embasar um julgamento moral.

Observa-se que a tese fraca de Posner se deixa refutar sem maiores dificuldades, bastando que se mencionem alguns exemplos de casos que envolvam direitos fundamentais.

No caso constitucional *Brown x Board of Education*, em que se discutia segregação racial nas escolas. Ainda que se afirme que o juiz deve levar em conta apenas fatos, como seria o dado de que pessoas segregadas sofrem problemas de auto-estima, a própria consideração desses fatos depende de um julgamento moral, qual seja, o de que as pessoas, independentemente da cor da pele, merecem igual consideração e respeito, do contrário o problema da auto-estima não seria considerado relevante.

Outro exemplo pode ser vislumbrado no controvertido direito a morrer dignamente. Posner afirma que tentar resolver esse problema mediante o recurso a um conflito principiológico, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a proteção da vida, não passa de uma evasão, porquanto o que importa para solucionar a questão seria examinar, em coerência com sua idéia de *pragmatical adjudication*, os efeitos factuais do suicídio assistido. Negar que essa questão envolve uma colisão de princípios importa em rejeitar que existam normas jusfundamentais protegendo a autonomia individual e a vida, o que não é o caso dos ordenamentos democráticos ocidentais. Se essas normas existem, têm a estrutura de princípios, os quais estão abertos em relação a elementos morais. A análise de elementos empíricos, ainda que albergada pelo procedimento da proporcionalidade, não é suficiente para resolver a questão.

Posner caracteriza sua abordagem sobre o direito como pragmática. Não por acaso, portanto, seu pragmatismo jurídico está sujeito à objeção básica retratada no dilema do pragmatismo.

Com efeito, segundo o modo de pensar pragmático, um princípio moral só pode ser avaliado de acordo com determinado objetivo prático. Sustenta-se, nessa linha, que um princípio moral será bom, se vier a promover determinado estado de coisas. Mas logo se conclui que só é possível saber se determinado estado de coisas passou a figurar em uma situação melhor do que a de antes, caso se leve em consideração algum objetivo definido, que deve ser justificado, o que suscita um problema de circularidade.

Insatisfeito com as incoerências presentes na autocompreensão de Posner acerca da teoria moral, Dworkin passa a especular qual seria, na realidade, a teoria moral esposada por Posner, embora este não o saiba. Tratar-se-ia de uma compreensão moral biologista (darwinista), porque baseada na idéia de que as convicções morais seriam responsáveis pela sobrevivência da espécie humana. As inclinações morais seriam tidas como naturais, de modo que não faria sentido perquirir-lhes a correção, pois isso seria um dado evolutivo. Assim, a sociedade americana chegaria ao atual estado de evolução, por conta de suas concepções morais, em que sobreleva o elemento econômico, a importância do dinheiro.

Da jurisprudência constitucional dos Estados Unidos, extrai-se exemplo recente daquilo que seria, no entender de Posner, uma aplicação judicial do pragmatismo jurídico, precisamente o caso *Bush v. Gore*.

Embora não seja possível desenvolver de forma detalhada a análise desse precedente da Suprema Corte norte-americana neste estudo, importa registrar que esse caso traduz, na realidade, manifestação clara dos limites da aplicação da *pragmatical adjudication*.

Vários aspectos dessa decisão podem ser discutidos, porém um desses aspectos assume especial importância. Não seria de relevância inequívoca, para um juiz que siga o viés pragmático, a análise de qual presidente seria melhor para os EUA, no momento de decidir o caso acima mencionado?

Dworkin afirma que justamente a experiência deste caso vai de encontro aos balizamentos propostos pelo pragmatismo jurídico de Posner, a ponto de forçar este a limitar o alcance do seu esboço de teoria juspragmática, já que Posner se recusa admitir considerações partidárias como fundamentos da decisão jurisdicional.

As críticas de Dworkin atingem o âmago da sugestão juspragmática de Posner. São importantes por descortinar a imprescindibilidade de uma teoria moral para a compreensão adequada do direito. A insistência de Posner em ignorar o papel desempenhado pelos elementos morais na decisão jurídica causa-lhe um preço caro: a inadequação de sua doutrina em face de uma ontologia jurídica construída no contexto de superação do positivismo jurídico.

### **Conclusões.**

1. São elementos do conceito de direito a legalidade conforme ao ordenamento, a eficácia social e a correção material, a que correspondem os conceitos de validade jurídico, sociológico e moral.
2. A ciência econômica investiga as escolhas racionais do ser humano, em face de recursos limitados. Faz parte do seu objeto a análise de preços, que podem ser pecuniários e não-pecuniários.
3. Em relação à concepção segundo a qual o ser humano seria um maximizador da utilidade racional, apresentam-se críticas, como aquelas engendradas pela *behavioral economics*, ou idealizações, como a teoria dos jogos.

4. A discussão sobre eficiência econômica, que envolve os critérios de otimidade Pareto e Kaldor-Hicks, não prescinde de elementos morais.

5. A análise econômica do direito tem perfil positivo, quando tem funções meramente explicativas. Caso se pretenda atribuir-lhe função prescritiva, passa a ser análise econômica normativa, o que é de rejeitar-se.

6. O pragmatismo jurídico de Posner é uma concepção doutrinária contextual, que representa projeção do modo de pensar estadunidense (*everyday pragmatism*), de modo que sua aplicação no Brasil é problemática.

7. Implica o pragmatismo jurídico a *pragmatical adjudication*, pela qual o juiz deve seguir uma postura empiricista para decidir, levando em consideração aspectos consequencialistas, passível de limitações sistêmicas, como aquelas impostas pela legislação e pela Constituição.

8. A teoria pura do direito de Hans Kelsen não exclui a possibilidade de que o órgão jurisdicional adote a doutrina do pragmatismo jurídico de Richard Posner, já que considera que o juiz aplica o direito podendo valer-se de atos de vontade, os quais seriam insusceptíveis de justificação racional.

9. A análise dos reflexos da teoria liberal de Friedrich Hayek na função jurisdicional revela que é possível elaborar uma análise econômica do direito que reserve ao juiz a função passiva de reproduzir o direito espontâneo, o que se distancia claramente da concepção juspragmática de Posner.

10. A tese forte se Posner reza que nenhuma teoria moral pode fornecer base sólida para um julgamento moral, o que se refuta, por ser uma forma nihilismo.

11. De acordo com a tese fraca de Posner, qualquer que tenha a força de uma teoria moral, o juiz deve ignorá-la, o que se contesta através do exame da correção de precedentes constitucionais.

12. As críticas de Dworkin à doutrina juspragmática de Posner merecem ser acolhidas, na medida em que se dirigem contrariamente a uma compreensão equivocada da ontologia jurídica, que se reflete em proposta de uma prática jurisdicional em descompasso com a importância da moralidade para a decisão jurídica.

## **Referências.**

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. Freiburg, München: Karl Alber, 2005.

. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Surkamp, 1994.

. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1991.

ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford, 1997.

HAYEK, Friedrich A. *Der Weg zur Knechtschaft*. München: Olzog, 2007.

. *Die Verfassung der Freiheit*. 4. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

. *Law, legislation and liberty: rules and order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

. *Law, legislation and liberty: the mirage of social justice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

. *Was ist Gerechtigkeit?* Ditzingen: Reclam, 2005.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus: kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007.

. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2005.

. *The economics of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1983.

. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. Freiburg, München: Karl Alber, 2005. p. 29.

Com isso, seria possível, no entender dos positivistas, traçar “a distinção entre o direito como ele é e o direito como ele deveria ser”. (*Die Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte*). OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus: kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1991. p. 112.

Nesse sentido, v. MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 18 e ss.

Ver DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. p. 51 e ss., GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69. Observe-se ainda que o reconhecimento das três dimensões da dogmática jurídica é de todo compatível com o tridimensionalismo de Miguel Reale, segundo o qual fatos e valores se afiguram em uma relação dialética de implicação-polaridade, que tem como resultado a estrutura normativa, cf. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 67 e ss.

Sobre o caráter normativo da ciência do direito, v. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 15.

A articulação de elementos morais e jurídicos da aplicação do direito pode ser fundamentada pela tese do caso especial, v. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1991. p. 261 e ss.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007. p. 3.

Ibid., 2007. p. 5.

Sobre os aspectos da irracionalidade e da hiperracionalidade no comportamento econômico, v. POSNER, Richard. ob. cit., 2007. p. 17 e ss.

Ibid., 2007. p. 24.

Ibid., 2007. p. 25.

Sobre alguns problemas do utilitarismo, ver POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1983. p. 51 e ss.

POSNER, Richard. ob. cit., 2007. p. 12.

Ibid., 2007. p. 13.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2005. p. 24-25.

Ibid., 2005. p. 57.

Id. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. p. 227. Traduziu-se. No original: “on facts and consequences, rather than on conceptualisms and generalities”.

Id. ob. cit., 2005. p. 59. Traduziu-se. No original: “incomplete and unspecific”.

Ibid., 2005. p. 60.

Ibid., 2005. p. 59.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 60.

ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 545, 164a.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 70.

Ibid., 2005. p. 76.

Ibid., 2005. p. 80.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford, 1997. p. 128.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 81.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1.

KELSEN, Hans. cb. cit., 2000. p. 35.

Ibid., 2000. p. 221.

KELSEN, Hans. *Was is Gerechtigkeit?* Ditzingen: Reclam, 2005. p. 52, „*Ich muß mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist*“. Traduz-se: “Eu tenho que me contentar apenas com uma justiça relativa e posso somente dizer o que é, para mim, justiça”.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 286.

A respeito do caráter fictício da norma fundamental, em substituição à sua anterior formulação como hipótese, ver Id. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 328-329.

KELSEN, Hans. ob. cit., 2000. p. 260, “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito”.

KELSEN, Hans. ob. cit., 2000. p. 394.

Ibid., 2000. p. 393.

No mesmo sentido, v. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 211.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 292 e ss.

HAYEK, Friedrich A. *Der Weg zur Knechtschaft*. München: Olzog, 2007. p. 119 e ss.

Ibid., 2007. p. 96 e ss.

Id. *Law, legislation and liberty: the mirage of social justice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978. p. 67.

Id. *Die Verfassung der Freiheit*. 4. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. p. 272 e ss.

Id. *Law, legislation and liberty: rules and order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983. p. 11 e ss.

Ibid., 1983. p. 47.

HAYEK, Friedrich. ob. cit., 1983. p. 32.

Ibid., 1983. p. 92.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 76.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 56.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 76.

Ibid., 2006. p. 79.

Ibid., 2006. p. 82.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 87.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 76.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Surkamp, 1994. p. 494.

MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 122.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 91.

Ibid., 2006. p. 92.

POSNER, Richard. ob. cit., 2005. p. 322.

DWORKIN, Ronald. ob. cit., 2006. p. 102.