

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TESE DE DOUTORADO

ANGELA VIDAL DA SILVA MARTINS

**ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA E DIREITO: UM
CONFRONTO ENTRE O PERSONALISMO DE LON FULLER
E O ECONOMICISMO DE RICHARD POSNER**

Porto Alegre

2016

ANGELA VIDAL DA SILVA MARTINS

**ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA E DIREITO: UM
CONFRONTO ENTRE O PERSONALISMO DE LON FULLER
E O ECONOMICISMO DE RICHARD POSNER**

Tese apresentada à Universidade Federal do Rio Grande Do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luis Fernando Barzotto

Porto Alegre

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao Professor Luis Fernando Barzotto, por ter aceitado novamente a tarefa de ser meu orientador e pela cultura jurídica que me proporcionou ao longo dos anos em que trabalhamos juntos.

Agradeço muito especialmente aos Professores Humberto Ávila, Drayton Gonzaga Souza, Marcus Boeira e Elton Somensi de Oliveira, que compuseram a banca de doutoramento, pelas sugestões que iluminaram a conclusão desta publicação e pela delicadeza com que o fizeram.

Agradeço ao Professor Kenneth Winston, da *Kennedy School of Government* por todo suporte oferecido para a pesquisa na *Harvard Law School* e pelas luzes obtidas através do intercambio de idéias sobre a teoria de Lon Fuller.

Agradeço a Decana da *Harvard Law School*, Professora Martha Minow pela exemplaridade oferecida durante o tempo de pesquisa nessa Universidade.

Agradeço a Roberta Drehmer de Miranda pela carinhosa insistência e apoio para que retornasse à vida acadêmica.

Agradeço a Caroline Caroni e Guilherme Stumpf pelo ânimo oferecido para concluir o projeto.

Agradeço a Rosmari de Azevedo, Denise Dias de Souza, Anderson Kovalsky e toda equipe do PPGD, pelos inumeráveis serviços que nos prestam para tornar possíveis nossos estudos.

Agradeço aos professores e colegas da Pós-Graduação na UFRGS, com quem tanto fui aprendendo nestes anos. Em especial, a Rômulo e Grasiela Giorgi.

Agradeço a toda equipe da *Harvard Law School Library* e *Harvard Widener Library* pela solicitude em atender às distintas necessidades desta pesquisa, bem como a cada professor dessa Escola com quem pude dialogar e aprender.

Agradeço a Juliana Hernandez por todo apoio logístico oferecido para a consecução deste trabalho.

Agradeço a CAPES pela oportunidade oferecida através da bolsa para concluir o Doutorado.

Agradeço a meus pais, sem palavras para expressar tudo o que lhes devo.

Agradeço aos meus irmãos e a toda minha Família pelo carinho e apoio constante.

Agradeço principalmente a Deus e a Ele ofereço este trabalho.

A person must be regarded as an end in herself

LON FULLER

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar a relação entre Antropologia Filosófica e Direito a partir de duas correntes caracterizadas como antagônicas e seus respectivos expoentes: o personalismo de Lon Fuller e o economicismo de Richard Posner. Para tal, procuraremos primeiramente delimitar os conceitos com os quais trabalharemos: Antropologia Filosófica, Direito, Personalismo e Economicismo. Em seguida, apresentaremos os autores, centrando-nos principalmente na fundamentação jurídica de seu pensamento e na repercussão prática de suas teorias para evidenciar em que medida a base antropológica influencia a concepção de Direito e a ordem social. Concluiremos destacando a necessidade do conhecimento antropológico na formação jurídica no sentido de facilitar a compreensão das diversas teorias e sua consonância com os fins do Direito.

Palavras-chave: Antropologia – Direito - Personalismo – Economicismo – Análise Econômica do Direito - Lon Fuller- Richard Posner

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the relation between Philosophical Anthropology and Law through two antagonic mainstreams and respective exponents: Lon Fuller's personalism and the economicism of Richard Posner. For this goal, we will first offer the concepts we will be dealing with: Philosophical Anthropology, Law, Personalism and Economicism. Then, we will present the authors, mainly focusing on the legal fundamentals of their thought and practical repercussions of the theories in order to evidence how anthropological basis influence the conception of Law and the social order. To conclude, we will highlight the necessity of anthropological knowledge in legal education to facilitate the comprehension of different theories and its consonance with the ends of Law.

Keywords: Anthropology – Law – Personalism – Economicism – Law and Economics - Lon Fuller – Richard Posner

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. DELIMITAÇÃO DE CONCEITOS	14
1.1. Antropologia Filosófica	14
1.2. Direito	18
1.3. Personalismo	23
1.4. Economicismo	26
2. PESSOA, INDIVÍDUO e DIREITO	33
2.1. A Pessoa	33
2.2. Pessoa e Direito	36
2.3. O Indivíduo	41
2.4. Indivíduo e Direito	42
3. LON FULLER	48
3.1. Conceito de Direito	50
3.2. Conceção de Justiça	58
3.3. Antropologia Subjacente	63
3.4. <i>Legal Reasoning</i>	67
4. RICHARD POSNER	75
4.1. Conceito de Direito	76
4.2. Conceção de Justiça	80
4.3. Antropologia Subjacente	85
4.4. <i>Legal Reasoning</i>	89
5. ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA, DIREITO, ECONOMIA e ORDEM SOCIAL	95
5.1. Personalismo, Alteridade e Responsabilidade	95
5.2. <i>Economics</i> e o Bem Comum da Liberdade	101
5.3. Individualismo Auto-interessado e Ordem Social	106
5.4. <i>Law and Economics</i> e a Radicalização Jurídica da Utilidade	110
6. ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA, DIREITO, EDUCAÇÃO E PRÁTICA PROFISSIONAL	114
6.1. Fuller: Como as Escolas de Direito Podem Contribuir para a Formação de Advogados	114
6.2. Posner: do Realismo Americano ao Ceticismo ou do Profissionalismo ao Pragmatismo	119

6.3. Antropologia e Prática Jurídica em Posner	123
6.4. Antropologia e Prática Jurídica em Fuller	127
7. AVALIAÇÃO JURÍDICO-ANTROPOLÓGICA DAS TEORIAS EM CONFRONTO	131
7.1. Plano Antropológico	131
7.2. Plano Jurídico	135
7.3. Plano Social	141
7.4. Plano Político-Econômico	147
CONCLUSÃO	155
APÊNDICE	164
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

INTRODUÇÃO

A atividade questionadora no interior da Universidade deve obedecer à dinâmica descrita por Guimarães Rosa nos seguintes termos: “Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais é só a fazer maiores perguntas”. A atividade de pesquisa deve levar toda a comunidade universitária a fazer as maiores perguntas, as perguntas radicais, constitutivas da natureza humana.

Luis Fernando Barzotto

O objeto de estudo escolhido nasceu primeiramente de um desejo de compartilhar uma preocupação com a formação atual dos estudantes de Direito da Graduação e Pós-Graduação no que se refere à capacidade de reflexão e compreensão dos fundamentos de sua atividade profissional, visando buscar possíveis soluções¹.

Na filosofia da ação estudamos o valor da finalidade motriz de uma atividade, bem como a capacidade de sustentação da mesma a longo prazo. Ainda que o estímulo pragmático possa exercer grande influência nas decisões profissionais, percebe-se cada vez com maior evidência, que “a sociedade espera – ainda que não exija – que nos movamos além de objetivos estreitos como o autointeresse econômico, focando questões mais elevadas²”. Como afirma Fuller, um estudo nesse sentido não pode ser proveitoso em termos de uma filosofia que sistematicamente ignora os efeitos de uma ação intencional no âmbito social³.

O Direito pode ser considerado em si uma boa razão para agir⁴. Mas é preciso, como prossegue John Finnis, deliberar com inteligência, honestidade e cuidado sobre as razões que nos levam a respeitar e promover o bem pessoal e da comunidade, bem como das diversas associações interpessoais e econômicas, o que deveria fazer parte de uma boa teoria do Direito⁵. Refletindo sobre os fundamentos teóricos da atividade jurídica ao considerar o

¹ Observando a falta de motivação e de ideais mais abrangentes entre os estudantes de Direito, decidimos investigar a respeito de algum déficit em sua formação que pudesse ser equacionado satisfatoriamente, o que encontramos também justificado em SCOTT, Peter. *Posmodernity and the University*. Revista Española de Educación Comparada, 2012, Issue 20, p. 81-107.

² “*money-making self-interests*”: GALBREATH, Jeremy. *Strategy in a World of Sustainability: a Developmental Framework*. Edited by M.A. Quaddus and M.A.B. Siddique – 9781847208057 – Downloaded from Elgar online 12/04/2014 via Alan Stumer, 2011, p. 38, tradução nossa.

³ FULLER, Lon. *The Needs of American Legal Philosophy. The principles of Social Order. Selected Essays revised and edited by Kenneth Winston*. Oxford: Hart Publishing, 2001, p.276.

⁴ “(...) *law can be considered precisely as good reason for action*”. FINNIS, John. *Natural Law. The Classical Tradition* in COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 13.

⁵ *Ibidem*, p. 19.

Direito como ciência e prática a serviço do homem⁶, concluímos sobre a necessidade de conhecer com maior profundidade seu destinatário para servi-lo melhor⁷.

Por outro lado, a afirmação de Francis Fukuyama de que não há teoria do Direito que não se apóie em uma determinada concepção antropológica⁸, levou-nos a penetrar na Antropologia Filosófica como ferramenta apropriada para a aquisição de conceitos básicos com vistas a uma motivação mais profunda e a uma prática profissional mais eficaz, já que esta ciência estuda o ser humano em sua constituição metafísica, ou seja, através da filosofia do ser, adentrando em sua capacidade racional e relacional; em sua liberdade e responsabilidade, bem como em seu entorno, onde se destacam especialmente a sociedade e o Direito.

Dessa forma, estabelecemos como objeto de pesquisa demonstrar o elo existente entre a Antropologia Filosófica e o Direito através da contraposição de duas correntes antagônicas em termos de visão jurídico-antropológica contemporânea, para daí extrair, com evidência, as devidas conseqüências e conclusões.

Partimos do entendimento de que nas diversificadas concepções de Direito encontramos de certa forma, a vida social, e, mais especificamente, o homem como meta do ordenamento, ou seja, como seu autor, centro e fim:

Toda sociedade humana pode atuar ou como um *locus* de florescimento humano e esforço coletivo ou como uma fonte de tensões e conflitos de interesses. Podemos pensar o Direito como uma tentativa de implementar e encorajar instituições e modos de comportamento que promovam o florescimento humano e saibam lidar com (e em certos casos suprimir) a existência de tensões e conflitos⁹.

A Filosofia do Direito contemporânea apresenta, de fato, diversos autores que acentuam a necessidade de um conhecimento humano mais aprimorado e sua relação com o exercício da prudência na carreira jurídica¹⁰ através de uma maior reflexão e juízo sobre o

⁶ FULLER, 2001, p. 269 et seq.

⁷ Em realidade, parece-nos que certa perda do sentido de justiça em estudantes de Direito ou em seus operadores evidencia uma perda ainda mais profunda: a noção de ser humano ou de alteridade.

⁸ FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 2006, Primeiro Capítulo e p. 263 et seq.

⁹ “*any human society is likely to act both as a locus of human flourishing and collective endeavour and as a source of tensions and conflicts of interest. We might think of Law as an attempt to foster and encourage institutions and modes of behaviour that promote human flourishing, and to deal with (and in some cases suppress) the existence of tensions and conflicts*”. (COYLE, Sean. *From Positivism to Idealism*. Burlington: Ashgate, 2007, p. 7, tradução nossa).

¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Manuales de Metodología Jurídica*. Madri: Fundação Cultural do Notariado, 2004, p. 73.

homem¹¹ e da busca da objetividade metafísica do Direito¹²; ou da lei justa como condição da liberdade e das implicações deontológicas da prática jurídica¹³; da reta compreensão da natureza e do que se denomina direitos na modernidade¹⁴, ou ainda, acentuando sua importância para a condução de uma correta *determinatio*¹⁵, etc.

Parte da solução para essas questões poderia ser encontrada em conceitos antropológicos bem fundamentados através do estudo do homem sob o prisma filosófico, ou seja, sob a consideração de sua constituição própria confirmada na experiência pessoal¹⁶. Por sua vez, “ao relacionar metafísica da ação e antropologia, estimulariam também uma postura mais ética¹⁷”.

Nesse sentido, pareceu-nos que retornar ao estudo da unidade que compõe a natureza humana confirmando sua relação com o Direito poderia efetivamente auxiliar a adequação de fins e meios nessa ciência. Da mesma forma que um estudante de medicina deve aprofundar em seus estudos de Anatomia, analogamente, o estudante de Direito deveria conhecer o homem em sua constituição antropológica, para também melhor conduzir suas questões.

Por outro lado, ao tomarmos como base a Antropologia Filosófica, vimos conveniente definir, primeiramente, o que abrange este conceito, que vai além de um mero enfoque cultural, estrutural ou contextual¹⁸, já que sua abrangência é universalizável, oferecendo, por sua vez, uma visão sistemática do real¹⁹ através de sua grande questão, esboçada na pergunta: “O que é o homem²⁰”. Como comenta Boecio:

É possível que possamos conhecer a origem de todas as coisas e continuar ignorando seu propósito? Conheço uma outra causa da doença e a mais importante: esquecemos o que somos. E assim estou completamente ciente da razão de sua doença e também do remédio para curá-la²¹.

¹¹ DEL VECCHIO, Giorgio, **História da Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2006, p.4.

¹² ETCHEVERRY, Juan B. **Objetividad y Determinación del Derecho**. Granada: Ed. Conares, 2010, p. 235.

¹³ GOMEZ PEREZ, Rafael. **Deontologia Jurídica**. Pamplona: EUNSA, 1982, p. 113 e seq.

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B., **O Jusnaturalismo e a Filosofia moderna dos direitos**. (SOMENSI, Elton de Oliveira e TEIXEIRA, Anderson. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Bauru: Ed. Manole, 2010, p. 360).

¹⁵ FINNIS, 2002, p. 31.

¹⁶ Lon Fuller, citando o antropólogo Maine comenta de forma mais poética a inegável força da natureza: *The way things are(..).It is in the air*. (FULLER, Lon. **Anatomy of the Law**. Westport: Greenwood, 1987, p. 52).

¹⁷ RHONHEIMER, Martin. **La Perspectiva Moral**. Madri: Ed. Rialp, 2007, p. 62.

¹⁸ ESTEVA FABREGAT, Claudio. **Sobre los Métodos y los Problemas de la Antropología Estructural**. Convivium. Revista de Filosofía. Barcelona: Universitat de Barcelona. Facultat de Filosofia. Departament de Filosofia Teorética i Prática, 1969. Harvard Widener Library.

¹⁹ Nesse sentido a Antropologia Filosófica pode ser qualificada como realista, pois observa a realidade de forma autotranscendente, com abertura e honestidade, o que encontramos principalmente em Aristóteles. (ARISTOTLE. **The Nicomachean Ethics**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 4 et seq.)

²⁰ PANNENBERG, Wolfhart. **What is Man. Contemporary Anthropology**. Philadelphia: Fortress Press, 1970.

²¹ “Is it possible that we can know the origin of all things and still be ignorant of their purpose? (...) I know another cause of your sickness and the most important: you have forgotten what you are. And so I am fully aware of the reason of your sickness and the remedy for it too”. (BOECIUS. **The Consolation of Philosophy**.

A relação entre Antropologia e Direito ficará mais clara e concreta ao confrontar as duas correntes em foco, ou seja, o personalismo e o economicismo, que englobam por sua vez, *servatis servandis*, outras vertentes, como o comunitarismo, o utilitarismo, o libertarianismo, etc., que parecem embasar as atuais concepções do Direito. Por essa razão, escolhemos também um interlocutor contemporâneo para mediar o diálogo: o jusfilósofo John Finnis.

A partir dos fundamentos jurídico-antropológicos procuraremos demonstrar como se torna mais fácil avaliar teorias e suas conseqüências em termos de ordem social e justo político quando as raízes filosóficas são firmes e profundas, já que, voltando-se para questões essenciais²², promovem o pensamento produtivo²³ e iluminam a prática jurídica²⁴.

O projeto foi acompanhado de visitas a algumas universidades estrangeiras do hemisfério norte e sul²⁵, além da pesquisa *in loco* sobre os autores e repercussões das teorias contrapostas para confirmar a hipótese.

Por essa razão, afirmada a relação entre Antropologia Filosófica e Direito, concluímos o estudo sugerindo promover a cadeira denominada Antropologia Jurídica (*Legal Anthropology* ou *Anthropology of Law*)²⁶, já presente em algumas universidades americanas²⁷ ou inglesas²⁸ - ainda que proponhamos um enfoque mais abrangente do que uma apreciação “*cross-cultural*” referente à maneira como o Direito se apresenta nas diferentes civilizações²⁹, oferecendo um conhecimento mais horizontal do que vertical, ao procurar confirmar sua aceitação e reconhecimento através de regras primárias e secundárias³⁰, etc., - com o desejo de que possa ser implementada em nosso país.

Translated with Introduction and Notes by Richard Green. Indianapolis: The Bobbs- Merrill Company, 1962, p. 19, tradução nossa.

²² FULLER, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. Chicago: The Foundation Press, 1940, p. 29.

²³ Fuller baseia-se no aristotélico “*productive thinking*” (FULLER, Lon. *On Teaching Law*. Cambridge: Harvard Law School Repository, 1950, p. 35).

²⁴ “*Some knowledge is speculative only, some is practical, but some (knowledge) is in some respects speculative and in some respects practical*”. (AQUINAS, Thomas. *Summa Theologica*. New York: Sheed and Ward, 1951, I, q.14 a 16)

²⁵ Harvard Law School, Boston University, Boston College, University of Chicago, Georgetown School of Law, Notre Dame University, London School of Economics and Political Sciences, Cambridge University, Oxford University, Universidad Austral, Universidad de los Andes, etc.

²⁶ MOORE, Sally Falk. *Law and Anthropology: a Reader*. Oxford: Blackwell, 2005.

²⁷ University of California; Indiana University; New York University; Duke University (*Cultural Anthropology*); etc.

²⁸ Como, por exemplo, o curso promovido pela London School of Economics and Political Sciences denominado “*Law in Society: a Joint Course in Law and Anthropology*”, que, porém esta mais voltado para a teoria social.

²⁹ Como os primeiros estudos desta ciência realizados por Henry Maine (1861) e Bronislaw Malinowski (1926).

³⁰ “*Law as the union of primary and secondary rules*”. HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1960.

Dessa forma, unimos o proposto na epígrafe ao pensamento de Fuller, já que para realizar a pesquisa, inspiramo-nos em sua preocupação com a formação dos alunos de Direito³¹: a universidade é o lugar das grandes perguntas, mas também das grandes respostas, onde se aprende não só a arte da argumentação, mas também a de buscar soluções³² - ainda que não imediatas -, através da reflexão que nos tira da passividade e desperta forças para a construção de uma ordem social justa³³.

Em cada etapa do trabalho, pensamos resumir esquematicamente o exposto. Nesse sentido, podemos delinear nossa pesquisa da seguinte forma:

- a) origem e contextualização do problema: déficit na formação de estudantes e profissionais do Direito;
- b) problema e hipótese: demonstrar o elo entre Antropologia e Direito e suas conseqüências em termos de prática jurídica e ordem social;
- c) método utilizado para a constatação: o confronto entre concepções jurídico-antropológicas antagônicas e interlocução com autores contemporâneos, destacando a mediação explicitada, no que se refere à aplicação das teorias;
- d) conclusão afirmativa e sugestão de implementação do conhecimento antropológico como corolário.

Por fim, a confirmação do elo torna evidente o que expõe Ives Gandra:

Filosofia e Direito, a meu ver, são dois irmãos siameses, que não se podem separar, pois a Filosofia, ao buscar a dimensão maior do homem, influencia necessariamente a conformação do Direito, nada obstante a linguagem e o campo próprio de suas indagações, técnicas de abordagem e âmbito de atuação³⁴.

Passamos ao empreendimento de demonstrar o vínculo.

³¹ *On Teaching Law; On Legal Education; What Law Schools can contribute to the making of Lawyers; The Philosophy of Codes of Ethics, etc.* (FULLER, 2001, p. 343 et seq. e outros escritos conservados nos *Archives da Harvard Law School*, tal como, por exemplo, o *Program of Instruction for Lawyers. Harvard Law School*, July 20-31, 1959, *Harvard Law School Library*).

³² “*Law Schools should teach how to think to solve problems*” in *Panel on Transactional Law*. Prof. Jonathan Diaz. *Harvard Law School*, 5-II-2015.

³³ FULLER, 2011, p. 271 et seq.

³⁴ MARTINS. Ives Gandra. *Uma Breve Introdução ao Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

1. DELIMITAÇÃO DE CONCEITOS

(...) *with desire to restore the primacy of certain conceptions which are in danger of disappearing from our modern thinking (...).*

Alexander Thomas Ormond³⁵

Primeiramente gostaríamos de delinear os conceitos com os quais trabalharemos para facilitar a compreensão e penetração do tema que desejamos abordar. Como afirma John Finnis:

O método próprio nas ciências sociais, incluindo a ciência política, da qual a teoria do Direito faz parte, requer que a seleção de conceitos que se utilizarão para as descrições e explicações gerais sejam guiados pelo mesmo critério que utilizaremos ao julgar o que seria bom para a sociedade (e, portanto, também o que seria ruim)³⁶.

Dessa forma, não apresentaremos somente descrições conceituais (*describing a concept*)³⁷, mas a realidade que expressam. Nesse sentido, as definições que utilizaremos permitem já vislumbrar a relação entre Antropologia e Direito que desejamos evidenciar:

É possível experimentar o mundo diretamente, sem a mediação de conceitos; mergulhar na água e ser refrescado sem invocar conceitos como mergulho, água ou fresco. Tanto quanto sei, essa é a maneira como os animais se comportam todo o tempo. Também algumas vezes atuamos assim dependendo de algumas circunstâncias ou temperamento. Mas para decisões e questões relativas às nossas vidas, buscamos no estoque dos conceitos a topografia para nosso grau de comprometimento, direto ou indireto, possível ou atual, na paisagem dos valores³⁸.

1.1. Antropologia Filosófica

*La Filosofía no estudia solamente la profundidad,
pero también la finalidad, la razón de ser de las cosas.*

JAVIER ARANGUREN

³⁵ “ORMOND, Alexander Thomas. *Basal Concepts in Philosophy: an inquiry into being, non being and becoming*. New York: Scribner, 1894, Prefácio.

³⁶ FINNIS, 2002, p. 16, tradução nossa.

³⁷ Ibidem, p. 17.

³⁸ MACKLEM, Timothy. *Law and Life in Common*. Oxford. Oxford University Press, 2015, p.52, tradução nossa.

Ainda que a filosofia se ocupe de todas as coisas, o faz através do homem e em função dele. Daí a necessidade de conhecê-lo de modo exclusivo. Através de uma breve incursão histórica apresentamos a evolução do estudo antropológico para contextualizá-lo em nosso estudo.

Desde a Antiguidade o problema antropológico chamou a atenção do homem desejoso de compreender sua própria natureza para poder administrá-la melhor. O “Conhece-te a ti mesmo” destacado por Sócrates³⁹ apresenta-se até os nossos dias como uma meta filosófica essencial para todos os demais campos da Filosofia. Parecia, já à época, absolutamente necessário conhecer a constituição da natureza humana, - ainda que a partir de uma visão cosmológica -, pois a racionalidade humana se destacava como elemento distintivo, gerando até mesmo certo desprezo pela matéria, como encontramos na concepção platônica⁴⁰.

A Idade Média apresenta um ápice do entendimento metafísico do ser humano através da compilação aristotélico-tomista da filosofia do ser⁴¹. O teocentrismo prevalece respondendo às questões antropológicas a partir do plano criacionista e gozando de certa unanimidade com relação à definição do homem como animal racional (*animal rationale*), originada na tradição aristotélica presente em Tomás de Aquino, Duns Scoto e Ockam.

A Idade Moderna transfere o epicentro antropológico para o próprio homem. Os séculos XVI e XVII são já identificados como antropocentristas, ou seja, apresentam o homem como centro; valor absoluto e superior aos demais seres existentes, que, por sua vez, estariam à sua disposição⁴².

Por outro lado, com a ruptura filosófica cartesiana que inaugura a modernidade, a metafísica transcendente é questionada através da dúvida metódica imanentista, fragmentando também a visão do que suporia a racionalidade, bem como a completude do próprio homem, o que acarretou necessariamente a multiplicação de teorias e especificações posteriores: o *homo faber* de Marx⁴³; o homem-instinto de Freud⁴⁴; o ser histórico de Gadamer⁴⁵, etc., e a tendência ao reducionismo epistemológico na exploração do ser humano⁴⁶.

³⁹ “*Know thyself*” referido em *Phaedrus*, 229e.

⁴⁰ A compreensão do corpo como cárcere da alma. (PLATO. *The Republic*. Translated by Allan Bloom. Chicago: Chicago University Press, 1991, p. 14).

⁴¹ AQUINAS, Thomas. *Basic Writings of Thomas Aquinas. Edited and Annotated, with an Introduction, by Anton C. Pegis. Volume II: Man and Conduct of Life*. New York: Random House, 1946, p. 3-113.

⁴² KREBS, Angelika. *Ethics of a Nature: A Map. Perspectives in Analytical Philosophy*. New York: De Gruyter, 1999.

⁴³ WALKER, Angus. *Marx: his Theory and its Context*. London: Rivers Oram Press, 1989.

⁴⁴ PRINZHORN, Hans. *Um die Persönlichkeit. Eros und wir*. Heidelberg: Niels Kampmann Verlag, 1927, p. 185 et seq.

⁴⁵ DI CESARE, Donatella. *Gadamer: A Philosophical Portrait*. Indianapolis: Indiana University Press, 2013, p.68-83.

⁴⁶ Ainda que os estudos particularizados possam supor uma somatória de luzes se não absolutizados, o que palpamos na sequência histórica é uma sucessão de reducionismos, dificultando o acesso a respostas abrangentes

O iluminismo, por sua vez, levanta questões centrais para a antropologia e para o Direito: o ser humano sujeito de direitos; liberdade e igualdade; poder e autoridade, etc. Porém, o antropocentrismo iluminista - ainda que impregnado da temática social -, apresenta uma visão individualista do cidadão, que desperta para seus direitos subjetivos⁴⁷. Destacamos, porém, o iluminismo kantiano como um dos precursores do conceito filosófico de pessoa⁴⁸.

Nesse contexto nasce a Antropologia como disciplina filosófica propriamente dita, definindo-se como tal no mundo anglo-saxão do final do século XVIII, e depois na França do século XIX, fortalecendo-se especialmente no século XX. Em alguns meios filosóficos foi denominada Psicologia Filosófica ou Psicologia Racional. Devemos a denominação “Antropologia Filosófica” a Max Scheler, destacando o *modus essendi* do ser humano na filosofia do ser e o mundo dos valores⁴⁹.

Em sequência histórica, seu objeto de estudo deparou-se com o coletivismo que absorve o indivíduo, substituindo seu valor pessoal por sua inserção na sociedade e neutralizando a relação pelo domínio⁵⁰; o positivismo científico do início do século XX, cujo pensamento hiperpotente expandido desembocou em duas grandes guerras; a depressão causada pelo individualismo, pelo coletivismo e pelo nazismo, que gerou para a próxima metade do século, uma visão cética do ser humano, centrado em sua própria existência praticamente material e sem responsabilidades morais, a partir de um niilismo subjetivo⁵¹; a era secular do terceiro milênio e o novo *self* imanente⁵², chegando à posmodernidade que tenta substituir novamente o sujeito pelo indivíduo desconstruído e descentralizado, ainda que com uma proposta mais amena: “decentrando, mas não evaporando o sujeito⁵³”.

Os métodos e enfoques utilizados em seus estudos geraram, por sua vez, distintas classificações: antropologia metafísica, historicista, existencial, fenomenológica, etc., bem como outros subgrupos. Optamos por fundamentar nossa pesquisa em uma aproximação metafísica realista, partindo da realidade para encontrar a evidência intelectual com fidelidade

para o complexo de questões que se levantam ao aprofundar no estudo do homem. Esses distintos enfoques antropológicos parciais foram se mostrando incapazes de oferecer uma direção satisfatória e sustentável, tanto individual, como socialmente. (KREBS, 1999, p. 22 et seq).

⁴⁷ MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 211 e seq.

⁴⁸ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), *Anthropologie in Pragmatischer Hinsicht* (1798), etc.

⁴⁹ SCHELER, Max. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. Borgogne: Bouvier, 1928.

⁵⁰ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 339 et seq.

⁵¹ NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Ed. Abril, 1983, p. 7.

⁵² TAYLOR, Charles. *A secular Age*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 421 et seq.

⁵³ “(...) *decentering but not evaporating the subject*.”, apontando também sua incoerência narrativa: “*Death of the subject, death of the author*”. (ROUSENAU, Pauline. *Post-Modernism and the Social Sciences. Insights, Inroads, and Intrusions*. Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 42 et seq., tradução nossa).

à experiência⁵⁴. Dessa forma, definimos a Antropologia Filosófica - matéria integrante da Filosofia⁵⁵ -, como:

“O estudo do homem em sua essência, natureza e individualidade, como ser que interpreta sua própria existência e entorno”⁵⁶.

Sua proposta é repensar o homem como pessoa a partir de sua dimensão racional e relacional⁵⁷, com rigor e completude⁵⁸. Nesse sentido, busca precisar e hierarquizar conceitos⁵⁹ tais como: intelecto; razão; emoções; moralidade; lei; liberdade; sociedade, Direito, vida política e econômica, etc., para facilitar a compreensão do ser humano em suas relações reais e intersubjetivas, demonstrando, ao mesmo tempo, que:

Certos princípios parecem conectar as pessoas simplesmente em virtude de sua humanidade (...) pessoas e culturas que falham em conhecer esses padrões, são irrazoáveis nesse sentido, ainda que racionais em outros aspectos. Falta de razoabilidade desse tipo é, como se diz, “humana, muito humana”. Mas para ser mais preciso, é uma forma de ser menos do que uma pessoa humana pode ser integralmente (...). Uma comunidade na qual estes padrões são violados não florescerá tanto quanto lhe é possível (...). Seus membros não desenvolverão totalmente suas capacidades. Ainda que muito presente nas negociações humanas essa condição não é natural à medida que desrespeita os próprios seres humanos⁶⁰.

Para completar a afirmação, Finnis explica que é preciso delinear estas concepções, que constituirão um firme ponto de vista interno⁶¹: o denominador comum de um numerador diversíssimo, que, por sua vez, pode ser oferecido pela Antropologia Filosófica. Como expõe:

(...) o florescimento humano é uma questão de autodeterminação através de escolhas livres possíveis a partir do horizonte aberto dos bens humanos.

⁵⁴ Ressaltamos novamente que nos referimos ao realismo aristotélico autotranscendente de cunho filosófico e não ao que denominamos realismo factual, como o americano, por exemplo, cujo teor é principalmente sociológico.

⁵⁵ Juntamente com a Ética, a Estética, a Lógica, etc. (ARTIGAS, Mariano. *Introduction to Philosophy*. Manila: Sinag-Tala Publishers, 1990, p. 59 et seq.)

⁵⁶ YEPES, Ricardo e ARANGUREN, Javier. *Fundamentos de Antropología*. Pamplona: Eunsa, 2001, p. 15.

⁵⁷ LANGAN, Thomas. *Human being. A Philosophical Anthropology*. Columbia: University of Missouri Press, 2009.

⁵⁸ “O verdadeiro rigor só se pode conseguir raciocinando corretamente a partir da experiência, e evitando reducionismos unilaterais. A falta de assentimento geral não se deve atribuir à própria filosofia, mas às falhas daqueles que não estudam os problemas com o rigor necessário e pretendem explicá-los reduzindo-os a aspectos parciais, e, também à dificuldade dos problemas filosóficos mais profundos”. (ARTIGAS, 1990, p. 32, tradução nossa).

⁵⁹ “Conceptual entities and reference to the ends they are intended to serve”. (FULLER, 1940, p. 41).

⁶⁰ FINNIS, 2002, p. 1 e 2.

⁶¹ “(...) some good descriptions, general and specific, are needed” e “This ‘internal’ point of view is dominant (...) and not derived of convention or consensus”, mas naturalmente normativo. (FINNIS, 2002, p. 4, tradução nossa).

Dessa forma o conhecimento antropológico filosófico da natureza humana é prioritário (...) para compreender que tipo de florescimento é realmente humano⁶².

Esta ciência vem sendo revisitada por muitos autores contemporâneos⁶³ em busca de soluções para os desafios de uma era globalizada e pós-moderna onde tanto as desconstruções como a neutralização do sujeito tendem a reduzir a ciência antropológica à etnografia⁶⁴.

Enfocaremos o problema antropológico a partir da definição desta ciência, principalmente no que se refere aos elementos que podem sustentar o Direito e o próprio Estado de Direito, já que, como vertente filosófica, “a Antropologia poderia julgar e dirigir o Direito⁶⁵”.

Para acentuar juridicamente o conceito, apresentamos como exemplo, o valor do ser humano fundamentado na detenção da propriedade, durante a Revolução Industrial, o que levou a sérios problemas éticos e sociais sustentados por uma legislação injusta⁶⁶.

Esquemáticamente, podemos esboçar o conceito exposto da seguinte forma:

- a) nossa aproximação antropológica fundamenta-se no realismo filosófico que busca a compreensão do ser humano em sua completude;
- b) seu objeto é o estudo do homem em sua essência, natureza e individualidade, como ser que interpreta sua própria existência e entorno;
- c) seu método baseia-se na formulação de conceitos a partir da experiência ontológica, ou seja, fundamentada no real (*in re*);
- d) ao aprofundar na racionalidade e na relacionalidade humana, toca temas que se referem à ordenação de condutas, onde o Direito encontra-se necessariamente presente.

Por fim, a aproximação antropológica filosófica seguirá analogamente os passos do corpo científico do qual participa. Do mesmo modo que “o filósofo especula sem quaisquer fronteiras às suas reflexões sobre todos os aspectos sociais, procurando dar-lhes sentido”⁶⁷, o

⁶² FINNIS, 2002, p. 37-38.

⁶³ Emmanuel Levinas, Maurice Nedoncelle, Eric Voegelin, Emmanuel Monier, Zigmunt Bauman, Jacques Maritain, Charles Taylor, Alasdair Macintyre, Howard Gardner, Martin Buber, etc.

⁶⁴ No sentido de ater-se somente à descrição de fenômenos relacionados às distintas comunidades. (ROSENAU, 1992, p. 44 et seq.).

⁶⁵ MARITAIN, Jacques. *Introducción general a la Filosofía*. Buenos Aires: Club de Lectores, 1945, p. 89-100.

⁶⁶ PIKE, Royston. *Hard times: Human Documents of the Industrial Revolution*. Santa Barbara: Praeger, 1966.

⁶⁷ MARTINS, Ives Gandra. *O Estado à luz da História e da Filosofia do Direito*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 32.

antropólogo o fará, por sua vez, sem limites de profundidade na especulação filosófica de seu objeto.

1.2. Direito

*The science of Law should be drawn not from the decree of the praetor, as many people do today, nor from the tablets, as older people do, but from the very heart of philosophy*⁶⁸.

CÍCERO

Buscar uma definição de Direito na modernidade não é tarefa fácil, tanto pela proliferação de conceitos analógicos⁶⁹, quanto pela visão pragmática que tende a substituí-los por funções. A visão positivista, por sua vez, reduziu o espectro de uma concepção mais ampla, identificando *latu sensu*, Direito e lei:

A mentalidade dominante ainda entende o Direito como constituído pelo conjunto de leis que emana do Estado. E enquanto este se identifica com o conteúdo das ordens ditadas pelos poderes, o cidadão fica inerte⁷⁰.

Por outro lado, com a aproximação sociológica do Direito, este passou a ser considerado sobre o prisma do fato e da ordem social⁷¹, rejeitando uma teoria jurídica conceitual lógica e ontológica⁷². De certa forma, as apreciações analíticas e sistemáticas também reduziram ou generalizaram o espectro conceitual⁷³. A pós-modernidade, por sua vez, trouxe conceitos vagos, variando entre o utilitarismo e a democracia vazia⁷⁴. Porém, os conceitos continuam sustentados por alguma realidade antropológico-jurídica, social e política, ainda que não articulada⁷⁵.

⁶⁸ Apud KRAPIEC, M.A. *Person and Natural Law. Existence and Plurality*. New York, Peter Lang Publishing, p. 10.

⁶⁹ SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada*. São Paulo: Ed. Ática, 1994, p. 9 et seq.

⁷⁰ CARPINTERO, F. *Una Introducción a la ciencia jurídica*. Madri: Civitas, 1988, p. 293, tradução nossa.

⁷¹ UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Order*. New York: The Free Press, 1977, p. 262 a 265.

⁷² FREEMAN, Michael. *Law and Sociology*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p.6-19.

⁷³ KEVELSON, Roberta. *The Law as a System of Signs*. New York: Plenum Press, 1988 ou LUHMAN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁷⁴ CARTARESCU, Mircea. *Postmodernity as a "Weak" Ontological, Epistemological and Historical Experience*. New Europe College Yearbook, issue 01/1996-1997, pages: 95-127. Harvard Widener Library.

⁷⁵ ARENDT, Hannah. *Preface: The Gap Between Past and Future in Between Past and Future: eight exercises in political thought*. Londres: Penguin Books, 2006, p. 25 et seq.

É ainda importante ressaltar que o próprio vocábulo Direito é analógico, e nesse sentido, pode ser aplicado também a realidades que nele se originam como a lei, a jurisprudência, as faculdades ou prerrogativas que gera, ou diferenciado pela fonte, como o Direito natural ou positivo, etc.⁷⁶.

O conceito que veicularemos é o que se refere ao conjunto de normas positivas que orientam a conduta humana em sociedade⁷⁷, enraizadas no reconhecimento dos valores humanos básicos⁷⁸. Nesse sentido, em nosso entendimento, a concepção de Direito deve encontrar seus alicerces na Antropologia Filosófica⁷⁹. O embasamento antropológico adequado - que respeita o homem em sua completude, principalmente no que se refere à sua liberdade e responsabilidade⁸⁰ -, é fundamental para conceber o Direito e aplicá-lo como tal, ou seja, em seu papel de estabilizador das expectativas normativas⁸¹ fundamentadas no “dato natural”⁸². Se faltar uma relação correta entre Antropologia e Direito, haverá força sem lei propriamente dita, ou, “adestramento de animais⁸³”.

Mantendo a coerência interna da pesquisa, procuramos uma definição consistente a partir da racionalidade, considerando ainda, se poderia vigorar de forma “congelada” no âmbito conceitual⁸⁴, por referir-se a uma realidade estável. Concluimos por buscar na tradição aristotélico-tomista que embasa a teoria fulleriana, os fundamentos para a definição do que entendemos como Direito. Nesse sentido, conceituamos o Direito como:

A ordenação racional direcionada a oferecer as bases para a realização do bem comum, a ser promovido pelos cidadãos, a partir de sua liberdade⁸⁵.

Passamos a explicitar brevemente o conteúdo da concepção.

⁷⁶ Há ainda dificuldade no que se refere à sua expressão nos diferentes idiomas, como, por exemplo, a palavra *Law* diferenciada de *right* na língua inglesa.

⁷⁷ Ainda que se apresente de forma multifacetada. (FINNIS, 2002, p. 27-28).

⁷⁸ Valores passíveis de discussão e explicação racional e compreensíveis a partir de sua objetividade empírica e institucional. (FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 276 et seq.)

⁷⁹ Por facilitar a percepção do não razoável e identificar os princípios de retidão prática que orientam as ações a partir do Direito. (Ibidem, p. 51 et seq.)

⁸⁰ FULLER, 1987, p. 3-5.

⁸¹ FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New York: Fawcett, 1964, p. 111.

⁸² “(...) *the tradition has a clear understanding that one cannot reasonably affirm the equality of human beings or the universality and binding force of human rights, unless one acknowledges that there is something about persons which distinguishes them from sub-rational creatures, and which prior to acknowledgements or ‘status’ is intrinsic to the reality of every human being, adult or immature, healthy or disabled.*” (FINNIS, 2002, p. 4).

⁸³ FULLER, 1964, p. 177 et seq.

⁸⁴ *Begriffshimmel x Begriffsjurisprudenz*. (HART, H.L.A. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 304 et seq.)

⁸⁵ Articulação da proposta fulleriana a partir de Tomás de Aquino: Ordenação, bem comum, autodeterminação e liberdade. (AQUINAS, 1951, I-II, q. 90, 4 e FULLER, 1964, p. 25).

A ordenação supõe uma direção oferecida a partir de uma autoridade competente, mais do que um poder, já que visa oferecer padrões de conduta a serem observados de forma autodeterminada. É racional à medida que oferece razões para ser aceita.

A realização do bem comum apresenta um sentido de alteridade. Dessa forma, coloca o ser humano diante do Direito não como um oponente individual das próprias prerrogativas, mas como um membro ativo, que também encontra sua perfeição através da participação na comunidade, colaborando com a autoridade para que “que a sociedade seja justa, com essa justiça real e concreta que consiste em respeitar cada homem e garantir direitos⁸⁶”.

Essa concepção apresenta já um forte embasamento antropológico, fundamentado na racionalidade, na relacionalidade, na liberdade e na responsabilidade. Sua raiz encontra-se profundamente presente na teoria fulleriana - como veremos ao longo deste trabalho -, já que o autor entende que o Direito visa, não só defender cada pessoa, mas possibilitar-lhe o bom uso de sua liberdade: “o Direito procurará criar as condições para permitir ao homem elevar-se”; “não está só para remediar o egoísmo humano e sua natureza rebelde”; “orienta seres livres, que querem realizar algo que tenha bom senso, e poder realizá-lo de forma sensata”. “Tira-os da “liberdade” para a responsabilidade, mas há mais liberdade, no senso de direção⁸⁷”.

A seu ver, uma visão instrumentalista da lei torna o homem um código de proibições sem racionalidade⁸⁸. A realidade encerra já em si uma legalidade: o homem é um ser de regras – “a lei é algo intrínseco aos seres humanos, pois é o cânon do seu desenrolar teleológico⁸⁹” - e estas têm a ver com a harmonia, com a ordem e a paz⁹⁰. A lei é amiga da plenitude ao facilitar os primeiros passos rumo a ela⁹¹. Sob este prisma, se um enfoque antropológico concebe um homem em guerra contra todos⁹² - somente capaz de uma justiça auto-interessada, auto-referente⁹³, etc. -, poderá corromper seu caráter finalístico relacional, bem explicitado por John Finnis:

⁸⁶ HERVADA, Javier. **O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006, pág. 11.

⁸⁷ FULLER, 1964, p. 109, p. 72 e p. 191, tradução nossa.

⁸⁸ Instrumentalismo empregado em um sentido reducionista.

⁸⁹ YEPES, 2001, p. 323, tradução nossa.

⁹⁰ AQUINO, Tomás. *Summa contra gentes*, L. II, c. 24. Madrid: Ed. Rialp 1982, 56 e 57.

⁹¹ FULLER, 1964, p. 17 et seq.

⁹² HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Madri: Ed. Aliança, 1983, XIII, 62.

⁹³ *Selbsreferenz x Gesselschaft*. (HIJIKATA, Toru. *Das Positive Recht als Soziales Phänomem*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014, p. 8).

A é capaz de pensar em B pelo interesse por B e é capaz de pensar em seu próprio bem-estar por interesse de B. (...) O egoísmo é uma forma de auto-mutilação social: um desvio mortal do florescimento integral⁹⁴.

Nesse sentido, o Direito deve oferecer as bases para promover o diálogo social, político e econômico, sem, porém, ignorar a desordem empiricamente palpável que leva o homem a recorrer a garantias nas possíveis controvérsias e conflitos, já que pela sua liberdade constitutiva é também capaz de “prescindir daquilo que nele é regra e medida ⁹⁵”.

Ao longo deste trabalho procuraremos demonstrar mais claramente como a concepção antropológica deveria embasar o Direito - *agere sequitur esse* ⁹⁶- e a forma que o torna exigível⁹⁷, possibilitando o que afirma Aristóteles na Política: “o que defende o governo de leis parece defender o governo da inteligência ⁹⁸”.

Por outro lado, como o Direito regula as relações humanas promovendo, se assim cabe dizer, a justiça, poderá acentuar corretamente a alteridade através da Antropologia. Dependendo da concepção que tenha do homem gerará a visão do outro na sociedade. E, por sua vez, esta afetará direta ou indiretamente o conceito de bem comum e conseqüentemente de felicidade – chamamos de justo ao que é de índole para produzir a felicidade e seus elementos para a comunidade política⁹⁹ -, bem como, e principalmente, a qualidade do diálogo na cidade.

O respeito fundamenta-se em um critério humano objetivo. Se este é ignorado, uma concepção de bem comum torna-se praticamente inviável¹⁰⁰. Por outro lado, se o consenso é algo difícil ou utópico, a arbitrariedade¹⁰¹ se encarregará do “conveniente”¹⁰². A Antropologia

⁹⁴ FINNIS, 2002, p. 41, tradução e grifo nosso pela importância da afirmação com relação ao tema central deste trabalho.

⁹⁵ Tomas de Aquino, *Summa Theologica*, q. 1, a 1, ad 3 apud YEPES, 2001, p. 327, tradução nossa.

⁹⁶ “O agir segue o ser”. (AQUINAS, Thomas apud DE FINANCE, Joseph. *Etre et agir dans la philosophie de Saint Thomas*. Paris: Presses de L’Université Gregorienne, 1945).

⁹⁷ FULLER, 1964, p. 46 et seq.

⁹⁸ ARISTOTLE. *Politics*. New York: Walter J. Black, 1943, p. 287.

⁹⁹ ARISTOTLE, 1998, p. 146.

¹⁰⁰ “(...) *an anti-humanism*. (FINNIS, 2002, p. 4 et seq.).

¹⁰¹ “Si consideramos obligado enjuiciar de modo razonable, resulta obvio que solo cabe razonar sobre lo que tenga fundamento objetivo y racional; negar a priori que pueda tenerlo - asumiendo una metaética no cognitivista- sería dar vía libre a la arbitrariedad. Igualmente, solo cabe apreciar error cuando una expresión - aun siendo más práctica que teórica- puede ser verdadera o falsa; si nada es verdad ni mentira, es imposible errar (...)”. (OLLERO, Andrés. *Puntos de Referencia*. Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do Humanista. Organizadores: SOUZA PINTO, Felipe, PASIN; Joao Bosco Coelho e SIQUEIRA NETO, Jose Francisco. São Paulo: Editora IASP, 2015, p. 31 et seq.).

¹⁰² PUNTEL. Lorenz. *O pensamento pósmetafísico de Jürgen Habermas: uma crítica fundamental*. Palestra ministrada na UFRGS em 5/07/2013.

traz uma reflexão ética, dentro dos limites do Direito¹⁰³. Nesse sentido, se o Direito prescinde de uma antropologia bem fundamentada facilitará o “autoritarismo ‘democrático’ que acaba minando os princípios que podem fazer do social um lugar comum¹⁰⁴”.

Nossa concepção jurídica, parte, portanto, do pressuposto de que para que a lei cumpra seu valor tanto educativo como de preservação da segurança necessita a boa fundamentação antropológica: “as leis de uma sociedade contam a história do significado da pessoa humana¹⁰⁵”. Se bem enfocada, a antropologia gerará leis justas: a amizade e a justiça seguem juntas¹⁰⁶, abrindo os canais da comunicação. Portanto, no conceito de Direito que veiculamos já transparece a aliança filosófica que mantém com a Antropologia, sublinhando o exposto ao delinear o conceito desta ciência.

Para acentuar juridicamente o conceito, apresentamos como exemplo a visão antropocentrada fictícia a partir de uma falsa concepção referente ao estado de natureza, que terminou por sustentar a revolução francesa, ocasionando o combate ao poder por outro “poder arbitrário e sem limites” e a sujeição jurídica à força social dominante¹⁰⁷.

Esquemáticamente podemos esboçar o conceito de Direito que embasa nossa pesquisa da seguinte forma:

- a) é entendido como uma ordenação racional da conduta humana e, portanto, intencional e razoável;
- b) visa promover a convivência pacífica, harmoniosa e fecunda a partir das bases que oferece;
- c) seus limites são restritos ao que se refere a possibilitar o bem comum próprio de uma natureza racional e relacional;
- d) nesse sentido, promove a liberdade e a responsabilidade pessoal dos membros da comunidade.

¹⁰³ BLECHTA, Gabor P. *Die Ethische Relevanz des Rechts in Recht und Autonomie. Das Defizit materialer Bestimmungskriterien des Rechts als Folge des positivistischen Wissenschaftsbegriffs*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, p. 225 et seq.

¹⁰⁴ YEPES, 2001, p. 336, tradução nossa.

¹⁰⁵ COUGHLIN, John. *Law, Person and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 14.

¹⁰⁶ YEPES. 2001, p. 337.

¹⁰⁷ Concepção a partir de um estado de natureza irreal e contraditório que levou ao terror em nome da fraternidade. ELSHTAIN, Jean Bethke. *Hannah Arendt's French Revolution*. Saratoga: Skidmore College, 1989, p. 203-213.

Por fim, o exposto leva a afirmar a relação jurídico-antropológica, e vice-versa, expressa na afirmação de que “o Direito de uma determinada sociedade também modela o desenvolvimento das mais profundas convicções do que significa o ser humano¹⁰⁸”.

1.3. Personalismo

*Es preciso concentrarse en lo dar, que
desvela el nucleo personal del hombre.*

RICARDO YEPES

O enfoque filosófico personalista busca a realização humana a partir de sua natureza pessoal, promovendo ao mesmo tempo o que se pode denominar de “inobjetibilidade”, ou seja, o acesso à pessoa como matéria ou objeto:

O personalismo se afasta de enfoques positivistas, sociológicos ou puramente experimentais. Aproxima-se do homem e do mundo, não como algo que se tenha que dominar, mas, sim, que possa ser compreendido¹⁰⁹.

Destaca “o valor absoluto e único da pessoa como ser capaz de interrogar-se e refletir criticamente sobre o próprio destino¹¹⁰”, buscando entendê-la a partir de sua capacidade de abstração lógica da realidade ontológica¹¹¹ e de seus fundamentos objetivos¹¹².

Sua meta transcende uma abordagem puramente fenomenológica ou naturalista, que poderia falsificar a interpretação pela simplificação¹¹³. Tem sua origem mais remota no realismo aristotélico-tomista, ao delinear o papel da inteligência e da vontade, de forma empírica, porém sistemática, ou seja, observando e filosofando sobre a natureza humana entendida como o princípio de operações da essência¹¹⁴, em uma reta “*adequatio rei et*

¹⁰⁸ DONOVAN, James M. *Legal Anthropology. An Introduction*. Lanham: Altamira Press, 2007, p. 3 et seq., tradução nossa.

¹⁰⁹ YEPES, 2001, p. 336-337, tradução nossa.

¹¹⁰ SILLI, Flavia. *La Genesi del Personalismo in Luigi Stefanini*. Roma: Aracne, 2006, p. 72.

¹¹¹ LEAR, Jonathan. *Aristóteles: El Deseo de Compreender*. Madrid: Alianza Editorial. 1994, p.261 et seq.

¹¹² Nesse sentido difere da metafísica kantiana ou dos valores intuitivos de Max Scheler, por exemplo. Cf. OCARIZ, Fernando. POR QUE. A interpretação do que acontece. Ano VIII, n. 2. São Paulo: Fomento Cultural, 1983, p. 54.

¹¹³ BOWNE, Borden Parker. *Personalism. The North Western Harris Lectures*. Boston: Ebe Riverside Press, Cambridge, 1908, p. 230 et seq.

¹¹⁴ Referindo-se aos atos que podemos realizar por sermos essencialmente humanos. (Doutrina recompilada no *Corpus Aristotelicum* de Andrônico de Rodas e aprofundada por Tomás de Aquino).

intellectus”, ou seja, através de uma compreensão auto-transcendente: a realidade é conhecida e reconhecida como tal pelo intelecto.

Aristóteles oferece as bases para refletir sobre o indivíduo-homem¹¹⁵. O Direito Romano, por sua vez, traz-nos o conceito de sujeito de direitos¹¹⁶. Na era cristã, o conceito de pessoa será delineado para oferecer o embasamento filosófico dentro dos limites da “*fides et ratio*”, à explanação das relações existentes no interior da Santíssima Trindade em unidade, evidenciando um Deus Pessoal. Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino¹¹⁷ trabalharão o conceito mais adiante, aplicando-o à pessoa humana, através de sua proposta ética¹¹⁸.

O advento das teorias individualistas, positivistas, cientificistas e coletivistas da modernidade trouxe novas concepções sobre o ser humano, porém, a busca de um código ético-jurídico sustentado por uma verdadeira antropologia situa-se principalmente na primeira metade do século XX, palco das atrocidades totalitaristas¹¹⁹, que urgiu estudos mais profundos. Filósofos como Robert Spaemman, Edith Stein, Jacques Maritain, Charles Taylor, Emmanuel Lévinas, Emmanuel Mounier, Dietrich Von Hildebrand, Vittorio Possenti, Paul Ricouer, Luigi Pareyson, etc., voltaram-se para a exploração do conceito de pessoa.

Dessa forma, a conceituação antropológica da pessoa foi colocada a serviço do Direito¹²⁰, não só para sustentar materialmente sua dignidade; direitos humanos; fundamentais e inalienáveis; personalíssimos, etc., mas, também, para respeitá-la através de formas adequadas consonantes com seu “*status*”¹²¹ e sua natureza relacional:

(...) uma das conseqüências mais relevantes do enfoque personalista é a importância que o caráter dialógico da pessoa adquire: as relações interpessoais ocupam nele um lugar fundamental (...) já que a ciência filosófica do homem tem um objeto central: o homem com o homem, o eu com o tu, “o estar dois em presença recíproca”¹²².

¹¹⁵ ARISTOTLE. *The Methaphysics*. Londres: Penguin Classics Edition, 1999, L, III; Da Alma II, etc.

¹¹⁶ COLORIO, A. *Homo, Caput, Person. Legal Construction of Identity in the Roman Experience*. (*Chronicles of the Workers of the Roman Law College*, 2008. *Athenaeum-Study Periodici di Letteratura e Storia dell'Antichità*). Vol. 96 (2), pp. 917-926. (Harvard Widener Library).

¹¹⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24.

¹¹⁸ “*The purpose of natural law ethics is to help us determine which of a diversity of possible desires a person ought to cultivate and pursue for the sake of a higher end*”. (*Thomas Aquinas on Politics and Ethics*. New York: Northon Critical Edition, 1987, Book III.)

¹¹⁹ ARENDT, 1988, p. 339 et seq.

¹²⁰ Como expõe Carl Schmitt: “Os conceitos significativos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados”. (SCHMITT, Carl. *Teologia Política* apud BARZOTTO, 2010, p. 19)

¹²¹ RUNDLE, Kristen. *The impossibility of an exterminatory legality: Law and the Holocaust*. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, n. 59, 2009, p. 106.

¹²² BUBER, Martin. *¿Qué es el hombre?* Fondo de Cultura Económico, México, 1960, p. 150-151, tradução nossa.

Nesse sentido, o personalismo encontra também seu problema principal no século XX¹²³: resgatar as relações e combater o “*impersonalism*”¹²⁴. Hoje o homem tem especial necessidade de se questionar “*what is to be a human agent, a person, a self...*”, bem como “*what is the common good*”¹²⁵, desejando respostas motivadoras.

O personalismo sublinha tanto a natureza real¹²⁶ – a compreensão clássica supõe uma natureza humana característica de todos os seres humanos independente do tempo, lugar ou experiência subjetiva¹²⁷-, como a importância da experiência individual devida à unicidade de cada ser humano¹²⁸, sem o perigo de uma subjetivação progressiva, que, por sua vez, poderia deteriorar o sentido de co-pertença¹²⁹.

Aprofundando na interpretação real da pessoa, chega à sua natureza social e à necessidade de regular suas relações através do Direito. Como comenta Bowne, para o impersonalismo essa tarefa seria mais fácil, pois tenderia a uniformizar a experiência, explicando os fenômenos sem descer às causas. Pelo contrário, o personalismo enraizado na Filosofia vai à busca delas – *explore the causes*¹³⁰ -, oferecendo ao Direito as bases¹³¹ para regular as relações entre as pessoas em sociedade e fortalecer suas instituições. O personalismo jurídico derivado dessa corrente filosófica propugnará uma ordem jurídica baseada nos valores da pessoa humana.

Lon Fuller integra essa corrente de uma forma peculiar, compondo razão e experiência¹³², ao conceber o Direito a partir do agente. Enquadra-se no pensamento *a posteriori*, sendo sua relação diferente daquela que se dá entre Posner e o Economicismo, de forma *a priori*, onde há praticamente uma identificação entre autor e teoria, como veremos mais adiante.

Para ilustrar juridicamente a corrente, destacamos os direitos da personalidade, originados no respeito tanto pela natureza compartilhada quanto pelo modo subjetivo de

¹²³ BENGSTON, Jan Olof. *The World view of Personalism: Origins and Early Development*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 32 et seq.

¹²⁴ BOWNE, 1908, p. 217 et seq.

¹²⁵ TAYLOR, Charles. *The Sources of the Self: The Making of Modern Identity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 18 et seq.

¹²⁶ Oposta ao “*absolute idealistic personalism*” de Hegel. (BENGSTON, 2006, p. 16).

¹²⁷ “*the classical understanding presumes one human nature characteristic of all human beings without regard to time, place or subjective experience*”. (COUGHLIN, 2012, p. 16, tradução nossa).

¹²⁸ “*the unique personal experience in an inner process of coming by self-determination to a moral decision, etc.*” (CLARKE, Norris. *The Integration of Personalism and Thomistic Metaphysics in Twenty-First Century Thomism in The Creative Retrieval of Saint Thomas Aquinas*. York: Fordham University Press, 2009, p. 226).

¹²⁹ BOWNE, 1908, p. 246.

¹³⁰ Ibidem, p. 230.

¹³¹ Filosóficas e de “*common sense*” (Ibidem, p. 1).

¹³² MULVANEY, Robert J. *Rationality and Metaphysics in Lon Fuller*. Indianapolis: Edward Houser, 1975, p. 96.

realizá-la¹³³. Nesse sentido, por exemplo, tendo em conta as operações intelectuais imanentes – tomadas no sentido de interioridade – que pode realizar, a pessoa tem direito à intimidade, sendo livre para manifestá-la somente a quem o deseje¹³⁴.

Esquemáticamente podemos esboçar os objetivos do personalismo da seguinte forma:

- a) resgatar o conceito filosófico do ser pessoa;
- b) promover o respeito tanto da unicidade de cada pessoa quanto de sua natureza compartilhada;
- c) aplicar o conceito à vida social e política;
- d) oferecer as bases racionais e relacionais para a atividade jurídica a partir desse conceito¹³⁵.

Dessa forma, o personalismo conjuga “*common sense, science and philosophy*”¹³⁶ para iluminar a compreensão e a organização das relações jurídicas e sociais.

Passamos a esboçar o conceito de economicismo.

1.4. Economicismo

*Economicism: a reduction of all social aspects to economics with the eclipse of humanism*¹³⁷.

PEDRO TALAVERA

Antes de penetrar na proposta economicista, gostaríamos de oferecer uma breve aproximação filosófica realista de base aristotélica, sobre a Economia, como essencialmente humana, e, conseqüentemente, ética.

Nesse sentido, a Economia é uma ciência humana, que não depende somente de cálculos, mas da efetiva satisfação das necessidades do ser humano em sua totalidade. Dessa forma, está fundamentada nos conceitos que a Antropologia pode lhe oferecer tais como a necessidade dos bens materiais; sua finalidade; a liberdade; a sociabilidade; o exercício de

¹³³ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Mexico: Porrúa, 1970, p. 270.

¹³⁴ *Privacy in a Networked World. Symposium: Harvard Science Center. Lecture: Professor John De Long*, 23/01/2015.

¹³⁵ “*Thus, friendship and justice meet or share a common intelligibility*”. (FINNIS, 2002, p. 40-41).

¹³⁶ BOWNE, 1908, p. 54.

¹³⁷ TALAVERA, Pedro. *Economicism and Nihilism in the Eclipse of Humanism*. Department of Philosophy of Law. Faculty of Law. University of Valencia. www.mdpi.com/journal/humanities.

virtudes nesse campo, etc., já que a realidade econômica abarca escolhas de caráter tanto subjetivo como social¹³⁸, englobando também a dimensão política, onde a eficiência, porém, não é buscada como fim *per se*¹³⁹.

Aristóteles trata especialmente da “*oikonomiké*” tanto na “Política” como em sua “Ética à Nicomaco”¹⁴⁰, associando o necessário e útil tanto para a casa como para a *polis*¹⁴¹. O termo em Aristóteles refere-se também ao uso da riqueza para atingir a boa vida¹⁴². Nesse sentido “*oikonomiké*” é diferente da “*chrematistiqué*”, que se refere à aquisição de bens em um sentido técnico. O valor imanente da economia como ação intrinsecamente moral é superior ao valor da crematística instrumental¹⁴³.

O economicismo seria uma redução da racionalidade econômica teórica e de sua prática prudencial¹⁴⁴ a uma razão puramente instrumental e pragmática, no utilitarismo¹⁴⁵, ou de base filosófico-política, no marxismo. De qualquer forma, em ambos os casos, fundamentadas em uma antropologia materialista.

A vertente economicista enfocada neste trabalho tem sua origem mais remota na teoria utilitarista. Fruto da tradição empirista inglesa protagonizada principalmente por Francis Hutcheson (1694-1746) e David Hume (1711-1776), apóia-se também em dois critérios filosóficos básicos: a evidência tangível e contabilizável e a bondade mensurável pela utilidade¹⁴⁶.

A proposta de felicidade, desde Jeremy Bentham (1748-1832), principal expoente da teoria utilitarista inicial e considerado por Posner o fundador do *Law and Economics*¹⁴⁷, seria a máxima possível para o maior número de pessoas possível¹⁴⁸, identificando-se com a busca

¹³⁸ Nesse sentido Aristóteles destaca também o elemento da reciprocidade na atividade econômica. (CRESPO, Ricardo. *The “Economic” according to Aristotle: Ethical, Political and Epistemological Implications*. New York: Springer, 2008, p. 282 et seq.)

¹³⁹ CRESPO, Ricardo. *Philosophy of Economy: an Aristotelian Approach*. New York: Springer, 2013, p. 13-21; p. 25-38 e p.39-52.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ ARISTOTLE, 1943, p. 247 et seq.

¹⁴² Ibidem, p. 86 et seq.

¹⁴³ CRESPO, 2013, p. 283.

¹⁴⁴ A prudência é considerada a auriga das virtudes e orienta a justiça e a temperança tanto individualmente como em relação ao bem comum. (YUNGERT, Andrew M. *The Space Between Choice and Our Models of it: Practical and Normative Economics. Economics and the Virtues. Building a New Moral Foundation*. Edited by Jennifer A. Baker and Mark D. White. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.165 et seq.).

¹⁴⁵ O que em realidade só poderia ser considerado economia em sentido impróprio. (CRESPO, 2013, p. 39 et seq.).

¹⁴⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual Esquemático de História da Filosofia*. São Paulo: Ltr, 2004, p. 263.

¹⁴⁷ ENGELMANN, Eugene. *Posner, Bentham and the Rule of Economy*. Routledge: Economy and Society, vol. 34, number 1, February/ 2005, p. 32 et seq.

¹⁴⁸ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907, Capítulo 1.

do prazer e a fuga da dor¹⁴⁹. Nesse sentido, as leis deveriam afastar o que possa ser nocivo à sociedade, com segurança e eficácia, sendo relativamente modificáveis de acordo com a concepção de bem que, por sua vez, é o que determinaria o conceito de justo¹⁵⁰.

A teoria apresenta uma raiz praticamente jurídico-filosófica, já que tanto Hume como Bentham¹⁵¹, visavam aplicar imediatamente a proposta filosófica à vida jurídica, com interesses políticos, fruto de práticas pessoais. A instrumentalização política do Direito permanecerá em Posner, ainda que com a denominação de pragmática¹⁵².

Em uma versão economicista radical, o altruísmo não existe, pois os motivos últimos do ser humano serão sempre egoístas, ainda que possa realizar atos de generosidade. A intenção primeira, porém, dificilmente será o outro¹⁵³, como expõe James Mill (1773-1836)¹⁵⁴. Ao longo de sua evolução, porém, alguns teóricos buscaram equilibrar a proposta. John Stuart Mill (1806-1873), ainda que na trilha paterna, influenciado pela ética kantiana, propõe paradoxalmente o contrário: “são felizes apenas os que se propõem objetivos diversos de sua felicidade pessoal”, frisando mais a qualidade do que a quantidade na avaliação da felicidade, através do cumprimento do dever onde o outro é a regra do próprio interesse¹⁵⁵.

A raiz economicista benthamiana prevalecerá, sustentando que “a tarefa do governo é promover a felicidade punindo e recompensando¹⁵⁶”. Daí sua séria preocupação com o Direito, para evitar à comunidade qualquer dano, entendido como dor ou alarme pela

¹⁴⁹ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana. Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. São Paulo: UNESP, 2000, p. 309 et seq.

¹⁵⁰ MILL, James. **Elementos de Política Econômica** apud MARTINS FILHO, 2004, p. 264.

¹⁵¹ Bentham estudou Direito de forma já pragmática, fugindo às lições de Blackstone e Coke, para estruturar as idéias de sua proposta de reforma política: “*La idea che il diritto inglese fosse del tutto inadeguato a servire gli interesse del popolo inglese (ovvero ad assicurare la “più grande felicità per il più grande número, misura del giusto e dell’ingiusto”*”. (CHIASSONI, Pierluigi. **L’ Utopia della ragione analítica. Origini, Oggetti e Metodi della filosofia del Diritto Positivo**. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 10).

¹⁵² SUTTON, Jeffrey S. **A Review of Richard A Posner, How Judges Think (2008)**. Ann Arbor: Michigan Law Review. Vol. 108: 859, 2010, p. 860 et seq. Diferente, porém do original pragmatismo de Charles Peirce cujo método busca identificar a realidade e seus princípios abduativos através dos “*true insights*” que são mais do que “*dataless intuitions*”: “*Every man is fully satisfied that there is such thing as truth or he would not ask any question. That truth consists in a conformity to something independent of his thinking it to be so, or of any man’s opinion of that subject*”, levando a um raciocínio lógico, razoável e responsável. (PEIRCE, Charles. **The 1903 Harvard Lectures on Pragmatism**. Albany: State of New York Press, 1997, p. 255 e 282 e FINNIS, 2002, p. 30-32).

¹⁵³ MILL, James. **Utilitarianism. Of the Connection Between Justice and Utility**. New Haven: Yale Divinity School, 2006, Capítulo 1, Parte 1, Notas.

¹⁵⁴ Ainda que Hume, seu precursor, apresentasse uma visão mais humana da utilidade, a partir do princípio da simpatia já mencionado (HUME, 2000, p. 257).

¹⁵⁵ HÖNTSCH, Frauke. **Moral Ideal and Political Reality. The ambivalence of modern moral cosmopolitanism with the examples of Immanuel Kant and John Stuart Mill**. *Zeitschrift für Politik, March*, 2011, Vol. 58 (1) Harvard Nomos eLibrary, p.73-88.

¹⁵⁶ MORRIS, 2002, p. 266.

possibilidade desta¹⁵⁷. Estabelece dessa forma o limite entre a ética privada e a legislação, que não deve interferir nos atos individuais. Posner manterá estas esferas separadas através do consequencialismo¹⁵⁸: princípios são substituídos por políticas¹⁵⁹, embora alguns autores procurem compatibilizar uma visão ética moderada com relação a políticas públicas e decisões judiciais (*common sense morality*)¹⁶⁰. Porém, ainda que Posner insira o tema em sua doutrina¹⁶¹, esta acaba sendo, na prática, integrada ou superada pelo eficientismo econômico¹⁶².

A beneficência é entregue praticamente à ética privada, pois seus atos seriam livres e voluntários, e de entendimento ambíguo. Questões de difícil solução formulam-se, por exemplo, no sentido de salvar o outro do dano sem prejuízo para si¹⁶³. Como já mencionado, a Análise Econômica do Direito buscará, mais adiante, neutralizar os argumentos deontológicos¹⁶⁴. Não se pode falar em Direito universal ou em leis imutáveis a não ser que se refiram à terminologia:

Toda essa conversa sobre natureza, direitos naturais, injustiça e justiça natural prova duas coisas: o calor das paixões e as trevas do intelecto (...). Os homens nutrem, sim, uma expectativa natural de desfrutar de certas coisas e a lei, por sua vez, é instituída para protegê-los no gozo de seus direitos nela originados¹⁶⁵.

Nesse sentido, a fonte da lei será a manifestação do soberano do Estado – a expressão ou sinais expressivos de um ato de vontade - e seu fim, aumentar o bem dos indivíduos que compõem a comunidade, concebido segundo o princípio da utilidade. Como expõe Bentham:

Aqueles que criticam o prazer não sabem o que dizem. Eles se desviam claramente do princípio da utilidade (...). Para a questão de censura ou aprovação, apelo unicamente a esse princípio. O princípio tal como é, não é de minha invenção. O mérito de sua descoberta não é meu. As conseqüências legítimas dele, caso

¹⁵⁷ Ibidem, p. 268, referindo-se às citações de Bentham em sua obra “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”.

¹⁵⁸ ZAMIR, Eyal e MEDINA, Barak. *Law, Economics and Morality. Chapter 1: The Consequentialist Nature of Economic Analysis and Chapter 3: Private and Public Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 11 et seq., et 57 et seq.

¹⁵⁹“(...) in sharp disagreement with Fuller and Dworkin (...)”. POSNER, Richard. *Consequentialism. Readings from Richard Posner, Chapter 4*. University of Chicago Law School, 2005.

¹⁶⁰ ZAMIR e MEDINA, 2010, p.56.

¹⁶¹ POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory. (Jurisprudence and Moral Theory) e (Moral Theory Applied Directly to Law)* Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 91 et seq. e p. 107 et seq.

¹⁶² *From Moral Realism to Pragmatic Moral Skepticism*. (Ibidem, p. 3-17).

¹⁶³ MORRIS, 2002, p. 272.

¹⁶⁴ ZAMIR e MEDINA, 2010, p. 57 et seq.

¹⁶⁵ Bentham apud MORRIS, 2002, p. 278.

algumas delas se mostrem censuráveis, não devem ser atribuídas a mim. Eu o tomei de Epicuro (...) ¹⁶⁶.

De fato, Epicuro (341-270 a.C.), bem como sua escola, pregaram a filosofia do prazer através de uma concepção física materialista que se tornará a base da ética hedonista. Sua origem mais remota encontra-se nas concepções relativistas de Demócrito, que negava um princípio externo de finalidade, afirmando somente o movimento imanente de atração. Em ambos, o objetivo seria conduzir os homens à felicidade ¹⁶⁷ concebida, porém, individualmente:

Epicuro destacou frequentemente a necessidade de uma desvinculação dos demais (povo em geral) e busca de segurança (...) com devoção ao interesse pessoal, afirmando que “cada pessoa se preocupa somente consigo mesma e que não há ninguém que ame a outro a não ser em seu próprio benefício” ¹⁶⁸.

Posner seguirá os passos de sua proposta hedonista, buscando “racionalizar” a tendência para incrementar o prazer ¹⁶⁹, mantendo o individualismo e o relativismo referente às preferências ¹⁷⁰. Na mesma linha, a interpretação do Direito que foi se estabelecendo a partir do utilitarismo, perfilou-se como liberal ¹⁷¹, fazendo-se valer principalmente, caso o princípio de felicidade pudesse ser lesado no tempo ¹⁷², e, julgando de acordo com a concepção desta, tomada de forma individual, ou comunitariamente, quando conveniente ¹⁷³. Esta será a base do “*legal reasoning*” de Posner ¹⁷⁴.

O utilitarismo encontrou também eco nos ideais liberais do século XVIII e XIX. Porém as liberdades democráticas logo se demonstraram necessitadas de segurança jurídica. Essa é uma questão ainda controversa na visão economicista ¹⁷⁵. Um ponto destacado na teoria

¹⁶⁶ BENTHAM, 1907, Capítulo V, tradução nossa.

¹⁶⁷ VERDE, Francesco. **Epicuro**. Roma: Carocci Editore, 2013, p. 92 et seq.

¹⁶⁸ LONG, Anthony. *From Epicurus to Epictetus. Studies in Hellenistic and Roman Philosophy. Pleasure and Social Utility: the virtues of being Epicurean*. Oxford: Clarendon Press, 2006, p. 178 et seq., tradução nossa.

¹⁶⁹ POSNER, 2002, p. 5 et seq.

¹⁷⁰ ZAMIR e MEDINA, 2010, p. 30-32.

¹⁷¹ O liberalismo utilitarista apresenta a inovação de uma proposta aética com relação ao clássico. (EPSTEIN, Richard A. *Skepticism and Freedom – A Modern Case for Classical Liberalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003).

¹⁷² “*Happiness must be pursued, as John Mill said*”. WSJ, Eastern Edition, New York: 08/22/11, A. 12. Harvard Library.

¹⁷³ *On rational choices; behavioral Law, normative implications*, etc. (POSNER, Richard. *Behavioral Law and Economics: A critique*. Great Barrington: Economic Education Bulletin, Vol. XLII n. 8, August, 2002, p. 1 et seq.; p. 11 et seq., p. 32 et seq., etc.)

¹⁷⁴ HIRSCH, Werner. *Law and Economics. An introductory Analysis. The Interface Between Law and Economics. Legal Rule Formulation. Posner: a modern-day proponent of utilitarianism*. Boston: Academic Press, 1979, p. 1-12.

¹⁷⁵ “*There is no easy answer to the question. Liberal judges tend to suggest that prevailing mores of society can be defining guidelines allowing for change and growth of the law, while taking into consideration the impact of*

é sua especial preocupação com as regras relativas à propriedade, considerada como direito inalienável. O Direito deve delinear claramente sua abrangência e protegê-la, bem como tudo o se refere aos testamentos e heranças¹⁷⁶.

O núcleo da proposta original de Bentham não se apresenta muito distinto de sua prática através da história, principalmente no mundo anglo-saxão. A jurisprudência continua servindo às preferências concretas que buscam os indivíduos de uma comunidade, através de critérios fornecidos pela experiência. No plano político, a lógica do bom governo segue orientando-se por sua finalidade de propiciar à maior felicidade possível aos cidadãos, principalmente no que se refere ao poder aquisitivo e à qualidade de vida: o *quantum* de satisfação o aparato legal é capaz de prover¹⁷⁷. Posner sustenta a mesma posição¹⁷⁸.

Uma questão apresentada na segunda metade do século XX gira em torno da abrangência das normas úteis em termos de totalidade da comunidade. A felicidade seria para toda a coletividade, através dos devidos critérios de justiça¹⁷⁹, para uma parte significativa dela¹⁸⁰, ou, como propõem os libertários, para cada um exclusivamente¹⁸¹. Em sua evolução, a raiz econômica do utilitarismo foi se identificando com o próprio Direito e vai buscar respostas precisas para essas questões¹⁸², principalmente através do movimento *Law and Economics*, denominado no Brasil, Análise Econômica do Direito¹⁸³.

Este movimento, iniciado em Chicago entre 1940 e 1950, inaugura o economismo no Direito. Sua pré-história deve-se à aplicação de critérios econômicos a casos específicos do Direito *Antitrust* e Direito Comercial, pelo economicista Aaron Director¹⁸⁴ e, posteriormente, por Gary Becker¹⁸⁵, estendendo-se, a partir de 60, à esfera dos contratos, responsabilidade civil, Direito penal e processual. A Richard Posner se deve a grande divulgação da teoria e da prática através de sua obra “*Economic Analysis of Law*”, tornando-se o principal representante

the law on society. In this spirit, Justice Grodin points to the image of a judge ‘as one who is charged with responsibility for painting a scene in an ongoing mural – free to express his or her artistry, but within the constraints imposed by the context in which he or she paints’.” (Ibidem, p. 3).

¹⁷⁶ BENTHAM, Jeremy. *The Theory of Legislation*. Londres: C.K. Ogden, 1931, p. 115 et seq.

¹⁷⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo. Unisinos, 2009, p.837.

¹⁷⁸ POSNER, Richard. *Social Norms and the Law. An Economic Approach in Law and Economics. Edited by Nicholas Mercuro*, Volume IV, New York: Routledge, 2007, p. 37 et seq.

¹⁷⁹ RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 9 et seq.

¹⁸⁰ BARRETO, 2009, p. 838.

¹⁸¹ SARTORI, 1994, p. 255-257.

¹⁸² POSNER, 2002, p. 1 et seq.; p. 11 et seq., p. 32 et seq., etc.

¹⁸³ PORTO, Antonio Jose Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito* (AED). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 3.

¹⁸⁴ DIRECTOR, Aaron. *The Economics of Technocracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1933.

¹⁸⁵ BECKER, Gary. *The Economics of Discrimination*. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

da Escola de Chicago, cuja proposta básica é descrever o fenômeno jurídico a partir de mecanismos fornecidos pela economia¹⁸⁶.

Ainda que em seu desenvolvimento, a Análise Econômica do Direito foi apresentando diversas tendências, até mesmo antagônicas, *prima facie*¹⁸⁷, a teoria de Posner, praticamente identificada com todo o movimento, é a mais difundida no Brasil¹⁸⁸. Trataremos especificamente de sua postura economicista.

Para ilustrar juridicamente a corrente, destacamos o pensamento de Posner sobre a escravidão, tratada como um problema cultural e justificável a partir de épocas ou circunstâncias, principalmente econômicas¹⁸⁹, afastando qualquer valoração moral.

Esquemáticamente podemos esboçar os objetivos do economismo da seguinte forma:

- a) maximizar as preferências dos indivíduos da comunidade, atingindo o maior número de pessoas possível;
- b) promover o critério da utilidade como medida do bem;
- c) aplicar a análise econômica às diversas vertentes epistemológicas: social, política, educativa, e principalmente jurídica¹⁹⁰;
- d) orientar as decisões pragmaticamente, através do produto econômico de sua análise.

Embora o *Law and Economics* seja hoje uma das teorias mais praticadas por seus resultados econômicos, como veremos mais adiante neste trabalho, gostaríamos de já explicitar sua deficiência antropológica em termos de completude, o que não nega o auxílio que poderia prestar como ferramenta, se a análise proposta não partisse de uma concepção filosófica reducionista do ser humano e sua prática não fosse absolutizada em termos pragmáticos, ignorando que a capacidade propriamente humana vai além do bem econômico:

Somente chegamos a entender o ser humano compreendendo suas capacidades, e essas capacidades, por sua vez, entendendo os atos através dos quais são atualizadas, e estes, por seus “objetos”, ou seja, os bens a que visam¹⁹¹.

¹⁸⁶ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 3 et seq.

¹⁸⁷ CHARTIER, Gary. *Economic Justice and Natural Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 26 et seq; p.69 et seq, etc.

¹⁸⁸ HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. www.academia.edu/7165216/A

¹⁸⁹ POSNER, 1999, p. 19.

¹⁹⁰ O que se denomina hoje de “*economic imperialism*”. (LAZEAR, Edward P. *Economic Imperialism*. *Quarterly Journal Economics*, 115. p. 99-146. Chicago: University of Chicago Press, 2000).

¹⁹¹ FINNIS, 2002, p. 8, tradução nossa.

Passamos à concepção da unidade nos sistemas jurídicos orientados por cada uma das teorias em questão.

2. PESSOA, INDIVÍDUO e DIREITO

Man is a plurality of unique beings.

HANNAH ARENDT

Podemos afirmar que em cada uma das teorias, a unidade é concebida de uma forma distinta, afetando conseqüentemente a noção social e econômica¹⁹². O personalismo focará o ser, conjungando atividades interiores e exteriores na compreensão de seus fins, onde se destaca a relacionalidade¹⁹³. O economicismo, centrado no bem econômico, dará primazia ao bem externo tangível experimentado pelo sujeito, cuja posse e gozo, em última análise, permanece restrita à unidade individual.

Embora partam da mesma realidade, as teorias afirmam ou negam a essência em questão a partir da concepção que veiculam. Nesse sentido, podemos já afirmar que:

A principal distinção é que um indivíduo representa uma unidade singular em um conjunto homogêneo, passível de troca com qualquer outro membro deste, enquanto a pessoa é caracterizada por ser única e insubstituível¹⁹⁴.

Vejamos como cada corrente define o ser humano.

2.1. A Pessoa

Persons rather than people.

STEPHEN HOBBS

O ser personalista é necessariamente relacional. Em sua concepção, a pessoa se relaciona com sua própria natureza¹⁹⁵: internamente, através de sua subjetividade e externamente por sua intersubjetividade, aperfeiçoando sua identidade objetiva e subjetiva¹⁹⁶.

¹⁹² “*The foundation of economy should be the person, not profit*”. (MARITAIN, Jacques. *The Person and the Common Good*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1947, p. 23).

¹⁹³ “*The person alone is “somebody” rather than merely “something”, and this sets him apart from every other entity...*”. (SCHMEISING, Kevin. *The History of Personalism*. Grand Rapids: Acton Institute, 2000, p. 20 et seq.).

¹⁹⁴ “*The major distinction is that an individual represents a single unit in a homogenous set, interchangeable with any other member of the set, whereas a person is characterized by his uniqueness and irreplaceability*. (Ibidem, tradução nossa).

¹⁹⁵ “*Nature understood by the basic or inherent features, character or qualities*”. (ENGLE, Shirley H. e OCHOA, Anna S. *Education for Democratic Citizenship*. New York: Columbia University, 1988, p. 16 et seq.)

¹⁹⁶ TAYLOR, 1992, p. 59 et seq.

Para desenvolver-se plenamente em ambos os sentidos, deve-lhe ser amplamente possibilitada sua liberdade e conseqüente responsabilidade: poder afirmar-se a si mesma como pessoa e conseqüentemente o outro, pelo reconhecimento, fomentando a reciprocidade¹⁹⁷.

A partir da postura aristotélico-tomista, aprofundada por Spaemann¹⁹⁸, pode se definir a pessoa como:

Sujeito individual de natureza racional e relacional.

Vejamos o que pressupõe esse conceito.

A individualidade destaca a existência concreta da pessoa. Não é uma abstração nem parte de uma coletividade, nem mesmo partícula panteísta de um todo holístico. Existe em si mesma e não em outra realidade¹⁹⁹, e, em sua essência humana, realiza seu ato de ser individualmente. Nesse sentido, a individualidade pode ser conceituada como a irreduzibilidade ontológica operativa do ser humano, a partir da qual atua em primeira pessoa.

Em Filosofia, como já mencionado, o princípio de operações da essência recebe a denominação de natureza, determinando que tipo de ações esta é capaz de realizar. Dessa forma, compartilhando uma natureza – não a individualidade pessoal –, pode-se afirmar que todos os homens, por sê-lo, realizam individualmente, mas nunca identicamente, determinadas ações que lhe são próprias. O absoluto destacado pelo personalismo na natureza humana – e em cada indivíduo - são as operações próprias de sua essência, distinta das demais devido ao elevado grau na escala do ser: a racionalidade e a relacionalidade.

Possuindo com exclusividade as potências da inteligência e da vontade, e com elas a capacidade de conhecer, pensar, raciocinar, refletir, escolher e amar, entre outras, a pessoa é irrepetível, não multiplicável ou intercambiável, pois as operações que realiza se dão de forma única em cada indivíduo²⁰⁰. Através de um exemplo, talvez simplório, podemos evidenciar essa afirmação. Se uma mãe perde um filho, não se tranquilizará se lhe dizemos que possui outros, pois cada um se relaciona com ela de maneira singular. Nessa unicidade própria das operações intelectuais fundamenta-se originalmente a dignidade, não da pessoa humana em geral, mas de cada pessoa humana²⁰¹.

¹⁹⁷ SPAEMANN, Robert. *Persons: The difference between “someone” and “something”*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 167 et seq.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 33 et seq.

¹⁹⁹ AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*, I, q.29, a.3 apud BARZOTTO, 2010, p. 22.

²⁰⁰ OLASO, Gabriel Chalmeta. *Ética especial. El orden ideal de la vida buena*. Pamplona: Eunsa, p. 31 et seq.

²⁰¹ SPAEMANN, 2006, p. 82.

Por outro lado, como qualidade dessas potências - mais precisamente da vontade -, a pessoa possui a liberdade de forma constitutiva²⁰². Pode autodeterminar-se livremente ao bem, deliberando de acordo com sua capacidade racional e arcando responsabilmente com as conseqüências. É capaz de constituir a partir de suas decisões livres a própria biografia.

Esta característica permite também a abertura à relacionalidade, que vem sendo acentuada na modernidade e na posmodernidade pela penetração no conceito, fortalecendo a concepção de dignidade da pessoa humana de forma recíproca, ou seja, na medida em que se reconhece o outro, afirma-se conjuntamente a própria dignidade²⁰³. Como expõe Luis Fernando Barzotto:

A dignidade da pessoa humana expressa a exigência do reconhecimento de todo ser humano como pessoa. Dizer, portanto que uma conduta ou situação viola a dignidade da pessoa humana significa que nesta conduta ou situação o ser humano não foi reconhecido como pessoa: “o que não quer respeitar os homens como pessoas, ou lhes nega o título de pessoas, ou considera o conceito de pessoa como supérfluo e inadequado para caracterizar algo. O emprego do conceito de pessoa é idêntico a um ato de determinados deveres frente ao que denominamos assim”²⁰⁴.

A pessoa não é um indivíduo isolado e imanente, mas tendente a uma natural autotranscendência, que, porém, cabe a ela realizar²⁰⁵. Por outro lado, tendo em conta a natureza da liberdade, pode-se afirmar que somente a relacionalidade cultivada livremente pode promover de forma estável, fecunda e criativa, o devido movimento de abertura em sua dimensão social²⁰⁶.

Para ilustrar juridicamente o conceito em termos personalistas, destacamos a rejeição da escravidão sob qualquer forma, o que vemos na evolução do Direito Romano com relação à consideração do escravo como *res*²⁰⁷.

Esquemáticamente podemos esboçar o conceito de pessoa da seguinte forma:

- a) sujeito individual onde se destaca sua unicidade;
- b) é racional e relacional;

²⁰² BURGRAFF, Jutta. *Made for Freedom*. New Rochelle: Scepter Publishing, 2012, p. 12 et seq.

²⁰³ WALTERS, James. *What is a Person? An Ethical Exploration*. Urbana: University of Illinois, 1997, p. 28 et seq.

²⁰⁴ Citação final de SPAEMANN apud BARZOTTO, 2010, p. 29.

²⁰⁵ “*Person and Natural Law: Existence and Plurality*”. (KRAPIEC, 1993, p. 93 et seq).

²⁰⁶ “*Self transcendence*”. (WALTERS, 1997, p. 28 et seq.)

²⁰⁷ BUCKLAND, William Warwick. *The Roman Law of Slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*. Cambridge: The University Press, 1908, p. 552-572.

- c) sua unicidade se fundamenta precisamente na maneira exclusiva com que realiza sua racionalidade e relacionalidade ao compartilhar com as demais pessoas a mesma natureza;
- d) sua liberdade constitutiva é a base de sua autodeterminação no que se refere às operações mencionadas acima, e deve ser respeitada.

O Direito moderno e pós-moderno têm redescoberto esse conceito, entre outras razões, para melhor fundamentar a proteção do sujeito de direito em um mundo globalizado, buscando promover e garantir precisamente essa racionalidade, relacionalidade, liberdade e responsabilidade através do respeito a cada pessoa inserida na ordem social, tendo em conta que:

Parece que algo acontece nas Escolas de Direito que desconecta as pessoas do que sabiam antes de entrar na Faculdade (...) filtrando elementos humanos para “controlar” o mundo material²⁰⁸.

O personalismo reconhece que a noção de pessoa “aplicada ao homem como ser único, autônomo e igual em direitos e dignidade é praticamente auto-evidente, ainda que nos sirvamos de explicações para aprofundar em sua magnitude²⁰⁹” e nesse sentido, procura explicitá-la. Como expõe Finnis, só a partir dessa base será possível discernir com justiça os direitos entre pessoas e os direitos sobre as coisas (*rights between persons and over things*)²¹⁰.

Passamos aos aspectos do ser pessoa que o Direito procura mais diretamente assegurar através de sua racionalidade: a unicidade ou dignidade; as relações interpessoais e, conseqüentemente, a ordem social²¹¹, já que em sua dimensão relacional as ações humanas produzem alguma modificação em seu próprio entorno e realidade²¹².

2.2. A pessoa e o Direito

What is the right thing to do?

MICHAEL SANDEL

²⁰⁸ SELLS, Benjamim. *The Soul of the Law*. Chicago: American Bar Association, 2014, p. 8 et seq, tradução nossa.

²⁰⁹ MEULDEURS-KLEIN, Marie-Thérèse. *Personne*. Paris: LGDJ, 1993, p. 436, tradução nossa.

²¹⁰ FINNIS, 2002, p. 51.

²¹¹ WINSTON, Kenneth. *Legislators and Liberty. Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, *Special Issue on Lon Fuller*, p.389-418, 1994. Disponível em <http://www.fstor.org>, p.394 et seq.

²¹² COUJOU, Jean Paul. *Principes du Droit Naturel. Droit Naturel et Humanité chez Burlamarqui*. Paris: Dalloz, 2007, p. 207 et seq.

Em tese, todas as ações humanas possibilitadas pela liberdade constitutiva da pessoa, aumentam ou diminuem o grau de ser de quem a realiza, tendo em conta a projeção à excelência presente na dinâmica de uma natureza intelectual. Por outro lado, como ser relacional, suas ações o transcendem, afetando também o próprio entorno.

Porém, ainda que morais, nem todas as ações humanas interessam ao Direito, segundo a visão personalista. Este as enfocará segundo seu fim: a ordem social justa a partir do bem comum da liberdade, o que não supõe infundáveis discussões sobre o bem substancial, mas um respeito pelo básico, que, por sua vez, não se identifica com o mínimo²¹³. Nesse sentido, o Direito levará especialmente em conta algumas características que partem da definição de pessoa, ou seja, de sua racionalidade e relacionalidade.

Em primeiro lugar, por sua dualidade – unidade entre matéria e espírito – a pessoa deve ter sua dimensão material respeitada como tal, já que seu corpo é a condição de sua manifestação humana. A pessoa não deve ser reificada²¹⁴ ou animalizada, pelo reducionismo que se centra somente em suas potências inferiores, diminuindo seu grau de ser. O respeito ao corpo é o respeito ao corpo de uma pessoa²¹⁵. O valor da pessoa é absoluto, não devendo, portanto, ser instrumentalizada²¹⁶.

A pessoa é capaz de adquirir hábitos operativos bons e deve ser educada nesse sentido²¹⁷, fortalecendo os costumes que convém socialmente²¹⁸. Como habitante propriamente dito – no sentido de *habere* -, é capaz de possuir; ter seu espaço pessoal de desenvolvimento e merecer sua propriedade²¹⁹, porém de forma conjugada com a alteridade.

É movida pelos fins aos quais se autodetermina, deliberando sobre os meios convenientes. Nesse sentido, também sua liberdade deveria ser promovida nas esferas ético-cultural, econômica, política e jurídica. A autoridade exercida sobre a pessoa não deve

²¹³ “*The minimal state is the most extensive state that can be justified*”. (NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books Publishers, 1974, p.149 et seq.).

²¹⁴ HONNETH, Axel. *Reification. A new look at an old Idea*. Berkeley Tanner Lectures. Oxford: Oxford University Press, p. 95 et seq.

²¹⁵ O nazismo, ao deixar de tratar os judeus como seres livres e responsáveis os despersonalizou. (RUNDLE, 2009, p.67 et seq.). Nesse sentido, por exemplo, eram desnudados imediatamente ao ingressarem em um campo de concentração.

²¹⁶ “(...) sempre como um fim, nunca apenas como meio”. KANT apud CARPINTERO, 1988, p. 192.

²¹⁷ Direito e virtude só se podem dar em certo tipo de comunidade: “*a good citizen can not be necessarily a good man...*”. (WEIRNICK, Darren. *Law in Aristotle’s Ethical-Political Thought*. Houston: Bell & Howell Company, p. 8 et seq.).

²¹⁸ Encontramos também essa exortação largamente explicitada em David Hume, ainda que não sob um prisma personalista. (HUME, 2000, p.495 et seq.)

²¹⁹ YEPES, 2001, p. 118 e seq.

significar poder ou domínio, mas certa direção e atividade organizadora mínima sobre agentes livres, visando o bem comum²²⁰.

Sendo-lhe essencial o trabalho, por sua tríplice finalidade de sustento, intercâmbio e aperfeiçoamento pessoal, deve haver uma especial preocupação em promover as relações laborais visando o desenvolvimento como liberdade²²¹. A racionalidade da pessoa deve ser respeitada através do bem básico da verdade²²². Suas instituições naturais de caráter social devem ser cultivadas, como a família e a sociedade política²²³. Seus limites em termos físicos ou diante da morte não devem interferir no modo de tratá-la como pessoa, mas, pelo contrário, devem suscitar uma resposta relacional condizente²²⁴.

O personalismo concebe o Direito através do prisma de uma alteridade radicada na liberdade positiva, e não na imposição, o que facilita reconhecer e enfrentar o autointeresse empiricamente comprovado²²⁵. Essa inserção do outro além de um princípio de “*fairness*”²²⁶ busca um efetivo reconhecimento²²⁷ que combate a coisificação pela libertação do indivíduo²²⁸. A alteridade propugnada pelo personalismo encerra ainda a idéia de reciprocidade, pois o homem nasce necessitado. O próprio ser pessoal não se dá antes do ser pessoal dos demais:

(...) considerada em si mesma, enquanto ato de conhecimento e vontade de um “espírito encarnado”, não pode subsistir como realidade unilateral, senão que exige encontrar no outro uma certa ou igual correspondência²²⁹.

Por sua vez, essa alteridade capaz da regra de ouro²³⁰ e de determinado desinteresse no sentido de tratar o outro como pessoa, terá também seu retorno: “os amigos obtêm o mesmo do outro e querem o mesmo um para outro²³¹”.

O personalismo jurídico parte do princípio filosófico também empiricamente comprovado de que o homem é constitutivamente um ser dialogante²³², - o mutismo é próprio

²²⁰ LLANO, Carlos e POLO, Leonardo. *Antropologia de la Acción Directiva*. Madri: União Editorial, 1997.

²²¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.264 e seq.

²²² Hannah Arendt destaca o totalitarismo como o regime da mentira institucionalizada. (ARENDR, 1988, 460 et seq.).

²²³ OLASO, 1996, p. 113 et seq.

²²⁴ YEPES, 2001, p. 457 et seq.

²²⁵ HUME, 2000, p. 451 e 452.

²²⁶ RAWLS, 1971, p. 93 et seq.

²²⁷ RICOUER, Paul. *O Percurso do Reconhecimento*. São Paulo, Edições Loyola, 2004.

²²⁸ HONNETH, 2005, p. 95 et seq.

²²⁹ SPAEMANN apud BARZOTTO, 2010, p. 150.

²³⁰ FINNIS, 2002, p. 30-31.

²³¹ BARZOTTO, 2010, p. 150.

²³² *Emmanuel Mounier: la ragione della democrazia. A cura dell'istituto Emmanuel Mounier*. Roma: Edizioni Lavoro, 1986. Harvard Widener Library.

dos animais – estimulando a racionalidade reflexiva da pessoa que se autocompreende no outro, abrindo-se ao diálogo. John Rawls comenta que a sociedade ideal é aquela em que “todos dialogam livremente ²³³”. Até mesmo Hayek sustenta analogicamente que, acabar com o mercado seria como acabar com a conversa entre as pessoas²³⁴, ou seja, um atentado ao que é livre e natural.

Concebendo a capacidade de alteridade da pessoa como base do Direito, o personalismo procura aprofundar em sua compreensão, já que gerará diferentes conseqüências, caso seja enfocada como amizade, reciprocidade, ou, por sua vez, como altruísmo, filantropia, dever, direito, etc., contribuindo para o bem comum - ainda que em diferente grau de intensidade a partir da concepção em questão -, ou, anulando o seu sentido, quando o Direito se torna instrumento de proteção do autointeresse, instrumentalizando a pessoa, ao torná-la meio para um fim²³⁵.

Essa postura filosófica autotranscendente gera paralelamente um Direito fundado na interdependência e na solidariedade social - a amizade será o sentido da lei²³⁶ -, e norteado por um princípio de subsidiariedade que visa projetar a pessoa e não substituí-la ou sufocar sua iniciativa²³⁷.

Dessa forma, os deveres de justiça veiculados pela lei só adquirem força obrigatória se traduzirem uma aliança entre as pessoas. Como expõe o Professor Barzotto:

É possível determinar se um preceito tem razão de lei examinando sua estrutura, função e sentido. O preceito tem razão de lei quando se apresenta como uma medida, um padrão universal objetivo de igualdade. Também tem razão de lei quando impõe uma ordem legítima, pública e eficaz. Mas o critério essencial para determinar se o preceito é ou não uma lei é o seu sentido: o preceito estabelece ou não uma aliança²³⁸.

Daí o grau de comprometimento com o outro que propõe o personalismo através do Direito, visando o bem comum:

A vida boa não é somente um bem social ou comum por que exige ser realizada junto com outros (ordem de meios), mas também e principalmente,

²³³ RAWLS, 1971, p. 11.

²³⁴ HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade*. Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política. A Ordem Política de um Povo Livre. Vol. III. São Paulo: Editora Visão, 1995, p. 69 et seq.

²³⁵ “(...) structures and dynamics of reciprocity in this way manifest a certain regard for human dignity through how they necessarily treat their participants as ends in themselves”. (RUNDLE, Kristen. *Forms Libertate. Reclaiming Lon’s Fuller Jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 41).

²³⁶ BARZOTTO, 2010, p. 151.

²³⁷ BLECHTA, 2010, p. 338 et seq.

²³⁸ BARZOTTO, 2010, p. 155.

porque sua natureza própria é a de um bem social ou comum, de forma que “meu bem viver consiste em realizar o bem dos outros” (ordem de fins)²³⁹.

Nesse sentido, a compreensão dos direitos subjetivos também compromete o interesse com a função social²⁴⁰. Ainda que autores, como Rawls, afirmem que somos conduzidos para a “noção de comunidade cujos membros gozam reciprocamente das perfeições recíprocas²⁴¹”, nem sempre é fácil sustentar permanentemente uma prática jurídica personalista, correspondendo à exigência da razão prática no sentido de promover o conjunto de condições para que cada membro da comunidade possa, por si só, alcançar objetivos razoáveis, motivados a colaborar mutuamente em uma comunidade²⁴², sem permitir que interesses políticos, econômicos, morais ou pessoais se mesquem, interferindo no produto final do Direito. Os personalistas também entendem essa prática como inviável sem uma correta base ética²⁴³, já que a melhora do entorno proposta pelo personalismo só se pode dar através da pessoa²⁴⁴. Daí sua preocupação eficaz com relação a uma esmerada educação em termos de cidadania²⁴⁵.

Procuramos, portanto, destacar a profundidade jurídica que encerra o conceito de pessoa e como em tese, uma concepção personalista levaria o Direito a protegê-la e projetá-la em seus fins naturais, particulares e sociais.

Para ilustrar juridicamente o conceito podemos refletir sobre o modo como o personalismo evocaria a dignidade humana, ou seja, com objetividade, igualdade e relacionalidade, fomentando o princípio da solidariedade e a mesma possibilidade de acesso ao direito pleiteado; respeitando também a subjetividade no caso de um pluralismo tolerante, através, por exemplo, da objeção de consciência. Não atuaria de forma contingente; anti-humana, puramente subjetiva ou decisionista, como expõe John Finnis²⁴⁶. Nesse sentido, as

²³⁹ “*La vida buena no sólo es un bien social o común porque exige ser realizada junto con otros (orden de medios), sino también y principalmente porque su naturaleza propia es la de un bien social o común, de suerte que “mi vivir bien consiste en realizar el bien de los otros (orden de los fines)”*”. (OLASO, 1996, p. 76, tradução nossa).

²⁴⁰ HAURIUO. Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris, Dalloz, 2010, p. 61 et seq.

²⁴¹ RAWLS, 1971, p. 79.

²⁴² FINNIS, 1980, p. 184.

²⁴³ ARTIGAS, 1990, p.67.

²⁴⁴ Em uma abordagem mais coloquial Matthew Kelly explica descontraidamente esse postulado ao narrar um episódio familiar em que, enquanto procurava uma maneira de começar uma palestra, seu filho gastava suas energias dispendendo um quebra-cabeça onde figurava o mapa-mundi. Quando viu que o filho conquistou seu difícil objetivo tão rapidamente perguntou-lhe como desempenhara a façanha. A criança lhe mostrou o verso do mapa em questão, onde havia a figura de um homem e lhe respondeu com simplicidade: “*If you get the man right, you get the world right!*”.

²⁴⁵ Como, por exemplo, a proposta do livro já citado sobre “*Education for Democratic Citizenship*”. (ENGLE and OCHOA, 1988).

²⁴⁶ FINNIS, 2002, p. 8 et seq.

invocações da dignidade humana deveriam ser amplamente fundamentadas, evitando qualquer banalização do conceito.

Citamos como exemplo de respeito à dignidade da pessoa humana a proibição de “arremesso de anões” na França²⁴⁷.

Esquemáticamente a relação entre pessoa e Direito no personalismo pode ser esboçada da seguinte maneira:

- a) a pessoa é o fundamento do Direito;
- b) o Direito deve respeitar sua natureza racional e relacional;
- c) a liberdade de cada pessoa deve ser promovida através do Direito;
- d) o Direito buscará garantir as condições básicas para que possa atuar com responsabilidade em relação ao bem comum, facilitando a relacionalidade.

Nesse sentido podemos dizer que Direito, personalismo e pessoa são linhas mestras de uma postura antropológico-jurídica, que indicam as bases fundamentais de um sistema onde a pessoa e seus direitos são promovidos. As decisões concretas dependerão da liberdade de cada comunidade, de acordo com suas aspirações, respeitadas as características constitutivas da natureza humana e o que lhe é próprio como bem comum²⁴⁸.

Passamos à unidade em um sistema individualista.

2.3. O Indivíduo

*We can experience satisfaction but we cannot
experience each other's satisfaction*²⁴⁹.

LARY LAWSON

Em tese, o vocábulo indivíduo deveria ser aplicado à pessoa em termos qualificativos, ao destacar sua unicidade através da individuação de sua essência. Se tratados semanticamente, porém, indivíduo e pessoa não são equivalentes. Em sociologia, por exemplo, a palavra indivíduo é empregada em termos negativos, denotando indiferença e

²⁴⁷ Decisão do Conselho de Estado Francês (*Morsang-sur-Orge*) em 27/10/1965.

²⁴⁸ KRAPIEC, 1993, p. 180.

²⁴⁹ LAWSON, Lary. *Efficiency and Individualism*. Duke Law Journal, 36, Durham: Duke University Press, 1992, p. 67.

despersonalização²⁵⁰. Também na psicologia, a referência ao indivíduo está relacionada à sua existência e experiência individual distanciada do coletivo²⁵¹. Na linguagem antropológico-jurídica, a palavra indivíduo encerra uma conotação filosófica e não poderia ser empregada com sentido próprio, se fosse utilizada como sinônimo de pessoa.

Encontramos as raízes filosóficas do vocábulo no imanentismo cartesiano, onde o indivíduo racional passa a construir sua própria verdade²⁵². Mais adiante o pensamento iluminista francês fortalecerá a idéia do indivíduo cidadão como sujeito de direitos, enquanto o iluminismo inglês frisarà a unidade que goza o prazer. O ideal liberal consagrará a independência moral e social do indivíduo através do individualismo cultivado como *modus vivendi*²⁵³.

Bentham desenvolve o conceito utilitarista de indivíduo a partir da medida econômica de seus prazeres e dores²⁵⁴. Esta servirá de base para a concepção economicista de indivíduo, onde o termo refere-se ao *status* do maximizador de preferências, desarticulado da vida comunitária e social²⁵⁵ e objeto do cálculo jurídico-pragmático, a partir de suas escolhas consumistas²⁵⁶, onde a liberdade deve ser máxima até onde o outro a limite²⁵⁷.

Nesse sentido, o individualismo economicista é metodológico: “um individualismo explicativo onde os princípios ou regras referem-se às preferências, crenças e escolhas dos seres individuais²⁵⁸”. O indivíduo desvinculado buscará na vida comunitária um mero instrumento para obter seus interesses, que, por sua vez, deverão ser protegidos²⁵⁹. Portanto, a noção de indivíduo encerra já uma conotação jurídica na concepção economicista.

Para ilustrar juridicamente o conceito, citamos a conversão aos direitos sociais ocasionada pelo individualismo, ao reconsiderar o “indivíduo” como ser social, bem como a

²⁵⁰ FORESTIERI, Diego. *Diritto e Persona. Prospettive Sociologico- Giuridique tra Otto e Novecento*. Milão: Francoangeli, 2008, p. 120-121.

²⁵¹ PATTISON, George. *Kierkegaard's upbuilding discourses: philosophy, theology and literature*. New York, Routledge, 2013, p. 22 et seq.

²⁵² ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 286 et seq.

²⁵³ BAUMAN, Zigmunt. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000, p. 57 et seq.

²⁵⁴ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislatio*. Oxford: Clarendon Press, 1907, p. 4.

²⁵⁵ *Unencumbered, disengaged, etc.* (POSNER, 2003, p. 75 et seq.).

²⁵⁶ POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 99 et seq.

²⁵⁷ POSNER, 2007, p. 29 et seq.

²⁵⁸ HAUSMAN, Daniel. *The Philosophy of Economics. An Anthology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 234, tradução nossa.

²⁵⁹ POSNER, 2007, p. 35 et seq.

repercussão de suas relações jurídicas em termos de comunidade, principalmente a partir do século passado²⁶⁰.

Esquemáticamente podemos esboçar o conceito de indivíduo em termos economicistas da seguinte forma:

- a) encerra uma exclusividade negativa;
- b) sublinha sua independência moral e desengajamento social;
- c) sujeito de direitos subjetivos;
- d) maximizador de preferências e escolhas econômicas.

Dessa forma, fica clara a distância entre a singularidade da pessoa e a individualidade economicista, bem como a diferença entre a liberdade personalista positiva e a independência individualista negativa.

Passamos à concepção jurídica do indivíduo no economicismo.

2.4. O indivíduo e o Direito

*Valor de uma porção de prazer ou dor.
Como medir?*²⁶¹

CLARENCE MORRIS

Jeremy Bentham descreve da seguinte forma o que concebe por natureza humana:

A natureza humana colocou a espécie sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Só a eles cabe apontar o que devemos fazer, assim como determinar o que faremos. O padrão do certo e do errado, por um lado, e a cadeia de causas e efeitos, por outro, estão presos ao seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos; todo esforço que podemos fazer para nos livrar de nossa sujeição servirá apenas para confirmá-la ou rejeitá-la. Um homem pode fingir, com palavras, abjurar o seu império, mas na verdade, permanecerá sujeito a ele todo o tempo ²⁶².

O princípio da utilidade reconhece essa sujeição e a assume para a fundação do sistema cujo objetivo é erigir a construção da felicidade pelas mãos da razão e da lei. Este será

²⁶⁰ SINZHEIMER, Hugo. *Der Wandel im Weltbild des Juristen*. *Zeitschrift für Soziales Recht*, 1, 1929, p. 2 et seq.

²⁶¹ MORRIS, 2002, p. 265.

²⁶² BENTHAM, 1907, p.4, tradução nossa.

o “*normative reasoning*”²⁶³ no *Law and Economics*, que seguirá focando em primeiro lugar o indivíduo, como em Bentham²⁶⁴.

As ações do indivíduo particular visarão essa felicidade, que se encontra na propriedade de qualquer objeto que tenda a lhe trazer benefício, vantagem ou prazer, impedindo, por sua vez, que ocorra a dor, o dano, o mal ou a infelicidade para si mesmo, em primeiro lugar²⁶⁵. Richard Posner toma precisamente essa idéia como conceito fundamental em sua teoria, preferindo posteriormente a substituição do termo “*utility*” pelo de “*self-interest*”²⁶⁶:

A idéia central deste livro é que o homem é um maximizador racional da utilidade em todas as áreas da vida e não somente em assuntos econômicos, ou seja, não somente comprando ou vendendo em mercados explícitos. Esta é uma idéia que retorna a Jeremy Bentham no século XVIII, mas que recebeu pouca atenção dos economistas até o trabalho de Gary Becker nas décadas de 50 e 60²⁶⁷.

A comunidade para o indivíduo será um corpo fictício de seres individuais, considerados membros que a constituem. O interesse da comunidade seria a soma dos interesses dos vários membros que a compõem²⁶⁸. O novo “*Law and Economics*” desenvolveu e aplicou esse conceito de forma prática, como exemplifica o texto:

(...) os capítulos demonstrarão como os *insights* dos pioneiros foram generalizados, testados empiricamente e integrados com *insights* da “antiga” *Law and Economics*, para criar uma teoria econômica do Direito com poder explicativo e suporte empírico. A teoria tem tanto aspectos normativos como positivos. Ainda que o economista não possa dizer à sociedade se deveria limitar o roubo, pode mostrar que seria ineficiente permitir o roubo ilimitado, podendo assim clarificar um conflito valorativo através da demonstração de quanto um valor deve ser sacrificado pelo outro²⁶⁹.

²⁶³ GEORGAKOPOULUS, Nicholas L. *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 11 et seq.

²⁶⁴ “*The interest of the community is one of the most general expressions that occur in the phraseology of the morals (...) It is vain to talk of the interest of the community, without understanding what is the interest of the individual.*” (BENTHAM, 1907, p. 5).

²⁶⁵ MORRIS, 2002, p. 262.

²⁶⁶ POSNER, 2003, p. 3 e 10.

²⁶⁷ “*Central to this book is the idea that man is a rational utility maximizer in all areas of life not just in his economic affairs, that is, not only when engaged in buying and selling in explicit markets. This is an idea that goes back to Jeremy Bentham in the eighteenth century, but it received little attention from economists until the work of Gary Becker in the 1950s and 1960s.*” (Ibidem, p. 3 e 4, tradução nossa).

²⁶⁸ BENTHAM, 1907, p. 4.

²⁶⁹ “*(...) chapters will show how the insights of the pioneers have been generalized, empirically tested, and integrated with the insights of the “old” Law and Economics to create an economic theory of law having explanative power and empirical support. The theory has normative as well as positive aspects. Although the economist cannot tell the society whether it should seek to limit theft, he can show that it would be inefficient to allow unlimited theft and can thus clarify a value conflict by showing how much of one value must be sacrificed to achieve another.*” (POSNER, 2003, p. 24, tradução nossa).

As projeções esforçadas devem ser evitadas²⁷⁰ por promover a dor: “o princípio do ascetismo nunca foi, nem poderá ser buscado de forma consistente por qualquer criatura viva”²⁷¹, comenta Posner, observando a fraqueza da vontade em seu ensaio sobre a conduta humana²⁷².

O princípio da simpatia de Hume não cabe também em um economicismo mais radical:

Todos os vários sistemas que foram formados com respeito ao padrão do certo e errado podem ser reduzidos ao princípio da simpatia e da antipatia. Uma explicação pode servir para todos. Todos consistem em inúmeros artifícios para evitar a obrigação de apelar para um critério externo e persuadir o leitor a aceitar o sentimento ou a opinião do autor como uma razão em si²⁷³.

A simpatia não é mensurável e tende a aprovar ou desaprovar certas ações de acordo com a tendência a aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão, apenas por que o homem se encontra disposto a tal, rejeitando a necessidade de procurar um motivo extrínseco²⁷⁴. Este não é oferecido pela moralidade, mas pela quantificação²⁷⁵. Desde esse ponto de vista, a lei da razão guiada pelo critério da utilidade orientará as decisões: “a utilidade é mais clara, referindo-se de forma mais explícita à dor ou ao prazer²⁷⁶”. A materialidade do ser humano é especialmente destacada, pois é onde sofre mais diretamente os movimentos de dor ou prazer. O feixe de impressões de Hume²⁷⁷ adquire sua estabilidade na matéria²⁷⁸.

O conhecimento do comportamento do indivíduo vinculado aos seus próprios movimentos de prazer e dor leva a racionalizá-los, porém de uma maneira muito diferente da filosofia realista, onde podem ser éticamente conduzidos²⁷⁹ através de um critério superior de racionalidade e relacionalidade. Em Posner, sua racionalização é matemática²⁸⁰ e dela se encarrega a análise econômica do Direito:

²⁷⁰ Podemos considerar aqui, por exemplo, o esforço para adquirir a virtude, conforme o Livro III da *Ética à Nicômaco*. (ARISTOTLE, 1943, p. 88 et seq.)

²⁷¹ BENTHAM, 1907, p.5.

²⁷² “*Yet no one can doubt that there is such a thing as weakness of the will*”. (POSNER, 2002, p. 6).

²⁷³ BENTHAM, 1907, p. 21, tradução nossa.

²⁷⁴ MORRIS, 2002, p. 264.

²⁷⁵ “*The realism of the economist’s assumptions*”. (POSNER, 2003, p. 17 et seq.)

²⁷⁶ BENTHAM, 1907, p. 6, tradução nossa.

²⁷⁷ HUME, 2000, p. 310 e 363.

²⁷⁸ POSNER, 2002, p. 5.

²⁷⁹ AQUINAS, 1951, I-II, q. 94, A.2.

²⁸⁰ POSNER, 2003, p.5 e 264 et seq.

Nos últimos trinta anos, o alcance da Economia tem se expandido dramaticamente para além de seu tradicional campo das explícitas transações de mercado. Hoje, encontramos teoria econômica dos direitos de propriedade, das organizações corporativas e de outras espécies, do Governo e da política, da educação, da família, do crime e da punição, da antropologia da História, da informação, da discriminação racial ou sexual, da privacidade e, inclusive, do comportamento dos animais. E, sobrepondo-se a todas essas – à exceção da última -, encontramos, ainda, a teoria econômica do Direito²⁸¹.

Entendendo os vocábulos Direito e Economia como não referenciais ou conceituais, o autor afirma que só podem ser empregados, mas não definidos, pois trabalham com um conjunto aberto de conceitos a partir de presunções sobre o comportamento dos indivíduos e sua relação com o comportamento social. A abordagem do indivíduo é meramente cultural e econômica, e nesse sentido as ferramentas da Análise têm se mostrado satisfatórias para a previsão de condutas e soluções específicas segundo o critério da utilidade:

(...) as pessoas agem como maximizadoras de suas preferências quando tomam decisões não mercadológicas, como quando decidem se casar ou divorciar, cometer ou não crimes, ajuizar um litígio, dirigir um carro com cuidado ou de modo descuidado, poluir, recusar a se associar com pessoas de diferentes raças ou, ainda, fixar uma idade para a aposentadoria compulsória de seus empregados²⁸².

Essa disposição coloca nas mãos do Direito a capacidade de promover ou não as relações entre indivíduos servindo à maximização. Como exemplo cita: divórcios consensuais distribuem riquezas das mulheres para os homens. O *common Law* serve também como precificação na alocação de recursos e seguirá as mudanças comportamentais em razão da utilidade: “modificado o comportamento, o Direito deverá também mudar²⁸³”.

O mercado das idéias girará em torno da liberdade relacionada à utilidade. A questão de punição, por exemplo, em caso de liberdade de expressão deveria ser regulada somente *ex post*²⁸⁴, em princípio. A liberdade religiosa também será avaliada economicamente:

Desse modo, para se justificar em termos econômicos o dispêndio de uma escola pública em orações ou outras atividades religiosas, essas atividades devem apresentar a produção de externalidades positivas; deveriam gerar economias ao se combinar a instrução secular e a religiosa dentro da mesma instituição²⁸⁵.

²⁸¹ POSNER, Richard. *The Law and Economics Movement*. The American Economic Review 1987, n. 77, p. 1 et seq.

²⁸² Ibidem, p. 3, tradução nossa.

²⁸³ Ibidem, p. 10.

²⁸⁴ Ibidem, p. 11.

²⁸⁵ Ibidem, p. 12, tradução nossa.

As relações interpessoais em Posner são principalmente intermediadas por coisas²⁸⁶. Pessoas encontram-se presentes somente em termos de retorno à própria individualidade como elemento de bem-estar²⁸⁷.

Podemos concluir que o *Law and Economics* entende o indivíduo como auto-interessado, principalmente no que se refere à satisfação econômica: “*Economic is the art of making the most of life*”²⁸⁸. Sob este prisma seu comportamento deve ser analisado pelo Direito, que o ajudará a racionalizá-lo²⁸⁹, oferecendo-lhe padrões estratégicos para a consecução de seus fins²⁹⁰, dentro dos limites do custo social²⁹¹.

Para ilustrar juridicamente a relação, oferecemos como exemplo o caso belga levado à Corte Européia de Direitos Humanos tratando da eutanásia de Godelieva de Troyer por seu médico, devido à sua depressão, sem prévia consulta ou informação à família²⁹².

Esquemáticamente podemos expressar a relação entre indivíduo e Direito no economicismo da seguinte forma:

- a) o indivíduo é definido como um maximizador de preferências, entendidas como aumento de prazer e fuga da dor;
- b) o Direito deve auxiliá-lo a racionalizar o auto-interesse através da análise econômica;
- c) o Direito deve acompanhar as mudanças comportamentais maximizadoras para secundá-las;
- d) a liberdade é concebida e promovida em termos de utilidade.

Dessa forma, a proteção individual, que poderia ser entendida positivamente, como, por exemplo, no direito da pessoa ser representada individualmente diante de um tribunal internacional, ou, no reconhecimento da própria identidade cultural em um mundo

²⁸⁶ “*más que “tus”*”. (OLASO, 1996, p.202 et seq., tradução nossa).

²⁸⁷ POSNER, 2007, p. 37 et seq.

²⁸⁸ Bernard Shaw apud BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behaviour. (Foundations of the Economic Approach to Law. Edited by Avery Wiener Katz. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 6.)*

²⁸⁹ Nesse sentido Posner critica o behaviorismo puro. (POSNER, Richard. *Behavioral Law and Economics: A Critique*. Great Barrington: Economic Education Bulletin, Vol. XLII n. 8, August, 2002).

²⁹⁰ COOTER, Robert. *Bargaining in the Shadow of the Law: a Testable Model of Strategic Behavior. (Foundations of the Economic Approach to Law. Edited by Avery Wiener Katz. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.154 et seq.)*.

²⁹¹ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. (Ibidem, p. 63 et seq.)

²⁹² *European Court of Human Rights x Belgium – (Alliance Defending Freedom representando Tom Mortier – setembro/2014)*.

globalizado²⁹³, tornou-se oposição subjetiva para a defesa dos mais variados “direitos” oriundos de preferências particulares, desconectadas de sua transcendência pessoal e social²⁹⁴.

Por outro lado, como comenta Finnis:

Se o Direito tem a potencialidade de conferir controle sobre recursos e sobre o uso destes, deveria fazê-lo para promover (real ou supostamente) algum bem intrínseco para o ser humano²⁹⁵.

Passamos a confrontar os autores das teorias abordadas.

²⁹³ CHAPMAN, Andrew. *The Role of the Individual in International Law*. *European Journal of International Law*. Volume 21, Issue 1, p. 25-30. Harvard Widener Library.

²⁹⁴ Citamos como exemplo, a obra editada por John Steiner (*Problems in Health Care Law: challenges for the 21st century*). Burlington: Jones and Bartlett Learning, 2014), que recolhe estudos sobre os direitos que deveriam ser realmente assegurados nesta área.

²⁹⁵ FINNIS, 2002, p. 50.

3. LON FULLER

No twentieth century US legal theorist struggled more candidly or wrote more persuasively to illuminate the intimate connections – and disconnections – between Law and morality than Lon Fuller²⁹⁶.

KENNETH WINSTON

Lon Fuller (1902-1978) apresentou desde cedo uma preocupação pela ordem social da comunidade²⁹⁷. Estudou os clássicos e idiomas por conta própria e formou-se em Direito e Economia pela *Stanford Law School*, optando em seguida pela carreira acadêmica. Nicola Lacey assim o define: “Fuller era em todos os sentidos um animal político²⁹⁸”.

Foi professor de Teoria do Direito na *Harvard Law School*, assumindo a *Pound’s Chair*, como catedrático de *General Jurisprudence* em 1948²⁹⁹. Ainda que seja destacada sua contribuição para o Direito Contratual, matéria em que era considerado especialista³⁰⁰, é mais amplamente enquadrado e conceituado na categoria de filósofo do Direito. Desde seus primeiros anos de vida profissional dedicou-se às questões filosóficas, principalmente relacionadas aos excessos do realismo³⁰¹ jurídico americano, escrevendo um bom número de artigos sobre ética jurídica³⁰². Defendeu sua teoria jusnaturalista procedimental em um

²⁹⁶ WINSTON in FULLER, 2001, p. 1.

²⁹⁷ Sobre sua infância, relata: “Eu passei a maior parte de minha infância e juventude em uma área deserta totalmente dependente da água trazida do Rio Colorado através de muitas milhas de areia árida. Ainda que esta área – O Vale Imperial, no sudeste da Califórnia – é considerada uma das mais produtivas dos Estados Unidos, tem somente duas polegadas de chuva por ano, parecendo que toda ela caía em uma só torrente. A maioria de minhas mais vívidas memórias de infância está diretamente ou indiretamente conectada com irrigação e enchentes. Por algum tempo vivemos, ou pensávamos que vivíamos sob a ameaça de que o Colorado poderia decidir derramar-se sobre o Vale em vez de desembocar seguramente no Golfo da Califórnia. As mais feias cicatrizes de seu comportamento passado se encontravam em todo nosso redor, interrompendo os campos férteis com pequenas terras ruins. Lembro-me de ter me impressionado com pouca idade por um uma sonora palavra estrangeira relativa a uma estranha e importante pessoa, o “zanjero” (mestre da água). Nunca cheguei a ver um “zanjero”, mas o imaginava como um tipo de figura bíblica, dividindo as águas e aquietando os alarmados fazendeiros cujas colheitas podiam ser destruídas em poucos dias por falta de umidade. Em tudo isso, não havia nada que remotamente sugerisse tirania ou governo autocrático. Pelo contrário, havia um forte senso de comunidade como nunca tinha experimentado desde então. As questões políticas sob as mais sérias discussões eram aquelas que afetavam a irrigação do Distrito, e cada um tinha um senso de participação nos assuntos que o envolviam. Nós éramos todos, partes uns dos outros e sabíamos disso”. (*Irrigation and Tyranny*. FULLER, 2001, p. 208-209, tradução nossa).

²⁹⁸ LACEY, Nicola. *Out of the Witches Cauldron? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 12, tradução nossa.

²⁹⁹ Ibidem, p. 1.

³⁰⁰ WINSTON apud FULLER, 2001, p. 25.

³⁰¹ Distinto do realismo filosófico de que tratamos neste estudo.

³⁰² FULLER, 2001, p. 343 et seq.

contexto majoritariamente positivista e utilitarista. Tornou-se especialmente conhecido pelo *Hart-Fuller Debate*.

Era um professor popular e vigoroso, porém gentil. O decano Griswold assim coloca: “seus padrões eram elevados, mas o terror nunca foi um elemento em seu método. Fuller representava uma aproximação mais humana e aberta, o que não era comum em sua era”³⁰³.

Exerceu a função de árbitro em resolução de conflitos, que preferia denominar simplesmente de problemas: “*problem solving instead of the fashionable dispute resolution*”³⁰⁴. No que se refere à sua formação filosófica, Fuller se interessava especialmente pela metafísica aristotélica. Seus estudos evidenciam também sua cultivada base econômica, sociológica e antropológica³⁰⁵.

Após sua morte, como comenta Kenneth Winston, Professor de Ética da *Kennedy School of Government*, que recompilou seus escritos a pedido da Sra. Fuller, pôde perceber com maior profundidade o que Lon Fuller agregou sobre o lugar do Direito na sociedade e as dimensões morais das relações que coordena³⁰⁶. Porém, seus escritos passaram por um período de hibernação, devido ao que expõe a Prof. Rundle:

Lon L. Fuller foi uma espécie de “*outsider*” inserido no clima intelectual da Filosofia do Direito da segunda metade do século passado, progressivamente dominada pelo positivismo jurídico de H.L.Hart. De fato, entre os filósofos do Direito contemporâneo, Fuller mantém-se mais conhecido como o jusnaturalista que perdeu o debate sobre a conexão entre Direito e moralidade para o seu analiticamente superior oponente, com a consequência de que sua contribuição foi desprezada no sentido de oferecer pouco para os contínuos debates desta disciplina³⁰⁷.

Porém, nos últimos anos, um número crescente de acadêmicos tem retomado suas idéias³⁰⁸, tanto pela reflexão sobre as relações entre moral e Direito que oferece, quanto pela plausibilidade de sua aplicação prática. Suas obras principais são: *The Law in Quest of Itself; Basic Contract Law; The Problems of Jurisprudence; The Case of the Spelunceans Explorers; The Morality of Law; Legal Fictions; Anatomy of the Law e The Principles of Social Order*

³⁰³ WINSTON apud *Ibidem*, p. 11, tradução nossa.

³⁰⁴ *Editor’s Note for Mediaton – Its Forms and Functions* (WINSTON in FULLER, 2001, p. 141).

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 1-2.

³⁰⁷ *Lon L. Fuller was something of an outsider within the intellectual climate of mid-century legal philosophy, which during his time came to be increasingly dominated by the legal positivist jurisprudence of H.L.Hart. Indeed, among contemporary legal philosophers, Fuller remains mostly known as the natural lawyer who apparently lost the debate about the connection between law and morality to his analytically superior opponent, with the consequence that his contribution to legal philosophy has often been cast in terms that suggest he offers little to enlighten the enduring debates of the discipline*”. (RUNDLE, 2012, p.1, tradução nossa).

³⁰⁸ Jeremy Waldron, Robert Summers, Dan Priel, Wibren Van der Burg, William Conklin, etc.

(póstuma, 1981), onde encontramos principalmente seus artigos sobre a formação jurídica, pela qual zelou muito especialmente:

Injustiças são feitas não com os punhos, mas com os cotovelos (...).
Articulação e princípios necessitam estudo!³⁰⁹.

Vejamos como concebe o Direito e a justiça.

3.1. O Direito em Fuller

*Law is the Enterprise of subjecting
human conduct to the governance of rules.*

LON FULLER

Ao definir o Direito como “o empreendimento de submeter a conduta humana ao governo de regras ³¹⁰”, Fuller destaca tanto o elemento humano³¹¹, como sua concepção do sistema jurídico como “atividade e resultado de um esforço intencional ³¹²”.

A originalidade do conceito de Direito do autor é a proposta de um jusnaturalismo procedimental - “*some variety of natural Law*”³¹³ - como meio de assegurar o bom Direito. Em realidade, combina o processo interno do Direito com os fins externos, permeados por um sentido moral³¹⁴, ainda que restrito, já que compreende bem o quanto o âmbito moral ultrapassa o jurídico³¹⁵. Robert Summers, biógrafo do autor, identifica no jusnaturalismo de Fuller quatro tópicos distintos: racionalidade, propósito (fins), regras não somente dependentes de fontes jurídicas e uma moralidade interna procedimental que não sustenta qualquer fim³¹⁶.

Na formulação de sua teoria do Direito, Fuller toma a natureza humana tão qual se apresenta - o que torna sua tese acessível - em sua dimensão racional e relacional, bem como em seus limites e fragilidades. O Direito é para Fuller uma dimensão da vida social, à qual

³⁰⁹ FULLER, 1987, p. 105.

³¹⁰ FULLER, 1964, p.110, tradução nossa.

³¹¹ Lon Fuller refere-se ao “*Human element*” como o “*indispensable ingredient in any just and human legal system*”. (FULLER, 1987, p. 40)

³¹² FULLER, Lon. *A Reply to Critics in The Morality of Law*, New Haven: Yale University, 1969, p. 106, tradução nossa.

³¹³ FULLER, 1969, p. 96.

³¹⁴ SUMMERS, Robert. *Lon L. Fuller*. Stanford: Stanford University, 1984, p. 2.

³¹⁵ “(...) *though these natural laws touch one of the most vital of human activities they obviously do not exhaust the whole of man’s moral life.*” (FULLER, 1964, p. 110).

³¹⁶ SUMMERS, 1984, p.1.

não nega a possibilidade de ser entendido como a mais alta conquista da civilização e fundamento da dignidade humana. Porém, visto de outro âmbito, mostra que pode ser considerado confissão da própria perfídia: “dizer que o homem deve colocar um limite para si mesmo, já que é a única criatura que tem como possibilidade trair a própria natureza voluntariamente³¹⁷.”

Em sua tarefa de facilitar a ordenação da conduta humana, Fuller partirá da racionalidade em produzir o Direito, pois entende que o elemento racional na organização social é um dos critérios para discernir o que é Direito, aplicá-lo e torná-lo eficaz por compreensível e plausível. Nesse sentido, quando se refere à natureza humana, não se destaca como um defensor dos direitos inalienáveis protegidos pelos vários sistemas que evocam o Direito natural. Como salienta Robert Summers, ainda que não tenha definido com precisão o conceito de natureza no qual se apóia, parte de uma certa compreensão metafísica aliada a uma constatação empírica e sociológica. Cabe ao Direito secundá-la, principalmente em termos de liberdade, responsabilidade, racionalidade e relacionalidade³¹⁸.

No que se refere aos fundamentos, o sistema jurídico fulleriano não se apóia na coerção ou na autoridade: “se ficarmos somente com a coerção ou com a autoridade, o Direito positivo subestima a capacidade social do cidadão³¹⁹”.

Fuller defende a capacidade natural do ser humano de proceder moralmente, respeitando as expectativas implícitas em suas relações³²⁰. E como meio para viabilizar o empreendimento oferece um conjunto de requisitos simples e lógico³²¹ que integram o que denominou de moralidade interna do Direito, e, que, por sua vez, torna possível um corpo de homens falarem juridicamente com uma só voz³²².

Esses pressupostos naturais – *desiderata* – são oito em seu sistema e formam uma completude que atesta o “*pedigree*” do que se pode conceber como o *Rule of Law* em sua teoria³²³. Passamos a elencá-los resumidamente:

1. Generalidade: regras aplicáveis a todos - *there must be rules* -³²⁴ que serão a base para as *self directed actions*³²⁵. Dessa forma garante-se também a igualdade, sem fazer acepção de pessoas.

³¹⁷ FULLER, 1987, p. 31.

³¹⁸ FULLER, 1964, p. 59 et seq e p. 110 et seq.

³¹⁹ FULLER, 1969, 192-193, tradução nossa.

³²⁰ WINSTON in FULLER, 2001, p. 5.

³²¹ “Se se opusesse à razão não seria lógico”. (FULLER, 1969, p. 7, tradução nossa).

³²² “(...) *procedure that will enable a body of men to speak legally with one voice.*” (FULLER, 1969, p. 148).

³²³ FULLER, 1964, p. 59 et seq.

2. Publicidade: tornar as regras públicas e disponíveis para o conhecimento de toda a comunidade, orientando as escolhas dentro do quadro normativo que se conhece³²⁶.
3. Prospectividade: as regras não devem ser retroativas. Leis retroativas reduzem os homens à impotência³²⁷.
4. Possibilidade: não se devem exigir condutas que superem as condições efetivas dos cidadãos. É uma condição interna da obediência: traçar princípios orientativos para esforços humanos e não sobre-humanos³²⁸.
5. Clareza: estabelecer regras compreensíveis. A cognoscibilidade do conteúdo permite que as regras possam atuar sobre a vontade³²⁹. Deve-se, portanto, procurar tornar o Direito intelegível e de fácil interpretação na medida do possível.
6. Consistência: as regras não devem solicitar ações contraditórias, conciliando consistência e coerência, o que permite que as regras não possam ser materialmente desobedecidas pela impossibilidade de seu cumprimento, ocasionada pela incompatibilidade dos comandos³³⁰. A consistência e a coerência garantem a calculabilidade das consequências³³¹.
7. Congruência: deve haver harmonia entre as regras declaradas e administradas, ou seja, entre as leis promulgadas e sua efetiva aplicação. Além de permitir que se antecipe o agir alheio³³², facilita a adesão às regras pela coerência na ação e pela exemplaridade: não é possível obedecer a algo que não é obedecido pelos responsáveis pelo mandato ou por sua veiculação. A confiança no sistema também se apóia na autoridade moral³³³.
8. Estabilidade: as regras devem permanecer relativamente constantes através dos tempos, gerando segurança. A durabilidade também evita problemas com a retroatividade³³⁴.

³²⁴ “Deve haver regras”. (FULLER, 1969, p. 47).

³²⁵ “Ações autodirigidas”. (RUNDLE, 2012, p. 128, tradução nossa).

³²⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 231 e p. 476.

³²⁷ RUNDLE, 2012, p. 136.

³²⁸ FULLER, 1969, p. 77.

³²⁹ AVILA, 2011, p. 320.

³³⁰ “ (...) *incompatibilities – things that do not go together or do not go together well*” (FULLER, 1969, p. 69).

³³¹ ÁVILA, 2011, p. 321.

³³² *Ibidem*, p.106.

³³³ FULLER, 1964, p. 52.

³³⁴ FULLER, 1969, p. 79-80.

Esse conjunto de exigências não encerra um fim em si mesmo, mas um meio, que por sua vez, permite à racionalidade do Direito relacionar meios e fins. Não visa controlar a conduta humana por regras, mas dirigir os esforços humanos propositados, a partir da segurança dessa moralidade procedimental³³⁵. O juiz deve realizar uma administração consciente da lei, em sua onerosa e complexa responsabilidade, e se o faz em descompasso com a moralidade interna violará um dever moral imposto pelo Direito³³⁶.

Nesse sentido, o Direito natural em Fuller se refere mais apropriadamente às leis naturais próprias do empreendimento jurídico. Se o Direito percorre o caminho correto, confirmando racionalmente o natural, a presunção de que o que é Direito é certo é perfeitamente aplicável, sendo, ao mesmo tempo, uma reação natural aceitá-lo³³⁷. Pode, portanto, oferecer, não somente a direção - *direction giving* -, mas a direção certa: “*If we do things the right way, we are likely to do the right thing*”³³⁸.

Fuller entende que a moralidade interna e a externa interagem, porém, dentro de certos limites. Daí sua preocupação com a neutralidade do operador do Direito no que se refere às suas próprias concepções morais. Este deveria submeter-se ao que se entende por certo³³⁹, e se não, é provável que tenha havido uma falha anterior no que se refere à moralidade interna³⁴⁰.

Por outro lado, se o Direito deseja promover a ordem e a paz, não deve ser completamente indiferente ao conteúdo³⁴¹. Por isso, não pode somente depender da fiel aderência dos advogados às regras promulgadas, mas também da liberdade e do desejo do cidadão de aceitá-las como essencialmente certas. Esse conteúdo, porém, restringe-se, em Fuller, ao que afeta diretamente a vida social, respeitada a liberdade dos que a compõem³⁴².

Em sua postura jusnaturalista, Fuller concebe como fontes do Direito, em linhas gerais, o Direito elaborado (códigos, regras, estatutos, etc.); o Direito implícito (costumes), ao que destaca como base natural e não somente sociológica; as decisões judiciais; os princípios³⁴³, e, no que se refere explicitamente ao *common law*, sublinha a sua utilização em

³³⁵ FULLER, 1964, p. 144.

³³⁶ “*Conscientious administration.*” (RUNDLE, 2012, p. 136).

³³⁷ conhecer o “*purpose*”: “*whys and therefores of the rules*” possibilita uma “*wholehearted and understanding acceptance*” (WINSTON in FULLER, 2001, p. 6).

³³⁸ SIMMONDS, Nigel. *Law as a moral idea*. Oxford: Oxford University, 2007, p. 67.

³³⁹ “*A judge faced with equally plausible interpretations of a statute might properly prefer that which would bring its terms into harmony with generally accepted principles of right and wrong.*” (FULLER, 1964, p. 146).

³⁴⁰ Citamos o caso do Direito proposto pelo III Reich, obviamente preconceituoso, retrospectivo, etc. Se houvesse sido julgado anteriormente pelos padrões da moralidade interna não teria chegado tão longe em sua iniquidade. (RUNDLE, 2009, p. 65). Este ponto será tratado com maior profundidade mais adiante.

³⁴¹ “*The validity of law depends on the quality of its content.*” (SUMMERS, 1984, p.1)

³⁴² FULLER, 1969, p.186.

³⁴³ *Ibidem*, p. 43 et seq.

singular, englobando normas, princípios, padrões, máximas, preceitos, mas não *common laws*³⁴⁴, já que concebe o Direito como um sistema.

Em Fuller, portanto, o Direito não se reduz à regra positiva produzida pelas cortes ou a padrões sociológicos de comportamento, pois entende que não se pode divorciar essencialmente e definitivamente aspirações éticas e práticas, ou reduzir o Direito ao puro fato³⁴⁵.

Como expõe Robert Summers, sua teoria objetivou três alvos, aos quais se contrapôs: o positivismo; o método formalista de interpretação e aplicação do Direito e o instrumentalismo pragmático de cunho sociológico³⁴⁶: uma concepção puramente instrumental é incompatível com o Estado de Direito³⁴⁷.

Para o autor, o Direito é “um caminho natural pelo qual um sistema de regras para governar a conduta humana deve ser construído e administrado, se quer ser eficaz, e, ao mesmo tempo permanecer o que se propõe a ser³⁴⁸”, já que como empreendimento humano, não deve ser imposto, mas alcançado³⁴⁹:

São como as leis naturais da carpintaria, ou pelo menos, como aquelas leis respeitadas pelo carpinteiro que deseja que a casa que está construindo permaneça firme e sirva ao fim desejado por aqueles que nela habitam³⁵⁰.

A relação entre meios e fins na concepção jurídica de Fuller é especialmente destacada³⁵¹. Partindo da racionalidade, entende que a ordenação social é movida por fins, e estes por meios plausíveis. Nos ensaios *Human Purpose and Natural Law* e *Human Interaction and the Law* o autor procura demonstrar a importância do “*purpose*”³⁵² fundamentado na liberdade. Nesse sentido é que se opõe especialmente ao positivismo³⁵³:

A qualidade mais perigosa do positivismo jurídico não se assenta em certa extragância encontrada em suas manifestações, mas em seu inevitável efeito inibidor sobre o desenvolvimento de uma ordem espontânea nas relações humanas; em sua negação de que as idéias têm força sem referência à

³⁴⁴ Ibidem, p. 96.

³⁴⁵ FULLER, 1940, p. 53, p. 66 e p. 99.

³⁴⁶ SUMMERS, 1984, p. 2.

³⁴⁷ WINSTON in FULLER, 2001, p. 5.

³⁴⁸ FULLER, 1969, p. 97, tradução nossa.

³⁴⁹ Ibidem, p. 150.

³⁵⁰ Ibidem, p. 96, tradução nossa.

³⁵¹ “*Nietzsche’s trenchant dictum that the commonest stupidity consists in forgetting what one is trying to do*”. (FULLER, 1940, p. 39).

³⁵² SUMMERS, 1984, p. 62 et seq.

³⁵³ Ainda que alguns autores tenham tentado enquadrar sua moralidade interna dentro dos padrões formais dessa teoria. (ESCUADERO, Rafael Alday. *Positivismo y Moral Interna del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

atividade humana que as patrocina. Kelsen acerta ao afirmar que é característico a todas as formas de Direito natural possuir certa tendência anárquica, já que pressupõem a possibilidade de uma ordenação da sociedade que descansa sobre uma voluntária aceitação de noções orientativas, sem depender de nenhuma estrutura governamental³⁵⁴.

A compreensão fulleriana de fins e meios no Direito nos leva à conclusão de que envolve uma preocupação teleológica e valorativa, própria de uma teoria moral, ainda que vise efeitos práticos³⁵⁵. Nesse sentido, preocupa-se mais diretamente em que o Direito seja meio idôneo, através de sua moralidade interna, para que se atinjam os fins desejados³⁵⁶. Por essa razão destaca em sua teoria o que chamaria moralidade do dever e moralidade de aspiração, com a qual inicia sua obra *The Morality of Law*³⁵⁷.

Explica a moralidade de aspiração como a proposta pela filosofia grega no que se refere à excelência e à vida virtuosa, onde a projeção ultrapassa o mero dever. A moralidade do dever, pelo contrário, parte da base e traça as regras necessárias sem as quais a ordenação da sociedade é impossível³⁵⁸. Para distingui-las graficamente, compara a moralidade do dever à gramática, e a de aspiração à boa expressão literária. O Direito seria a gramática, que se atém às suas regras, mas que pode potencializar a boa escrita.

Na escala moral, há um ponto em que se decola para a aspiração, ainda que seja difícil estabelecê-lo, por não evidente. De qualquer forma, para definir o mal não é preciso conhecer o perfeito bem, mas se o evitamos, podemos nos projetar à perfeição. Como exemplo, cita o mandamento “não matarás”, entendendo que este não parece referir-se à vida perfeita. Mas se for respeitado, a moralidade de aspiração poderá ser realizada, ainda que não seja este o intuito direto do preceito³⁵⁹.

O autor explica que, ordinariamente, não atuamos idealizando a perfeição³⁶⁰. Voltando à analogia com a gramática, afirma que ao recorrermos à linguagem, não estamos pensando

³⁵⁴ “The most dangerous quality of legal positivism does not lie in its somewhat extravagant affirmations but in the inhibitive effect it inevitably has upon the development of a spontaneous ordering of human relations, in its denial of the force which ideas have without reference to their human sponsorship. Kelsen asserts that it is characteristic of all forms of natural law that they are anarchistic in tendency; they assume the possibility of an ordering of society which rests upon a voluntary acceptance of guiding notions and is not dependent upon any governmental structure”. (FULLER, 1940, p. 110, tradução nossa).

³⁵⁵ FULLER, 2001, p. 114.

³⁵⁶ Não visa diretamente o “*substantive natural law, with the proper ends to be sought through legal rules.*” (FULLER, 1969, p. 98).

³⁵⁷ Esta obra foi utilizada por John Finnis no início de sua carreira acadêmica na Austrália inspirou seus escritos como *Natural Law. Natural Rights*. (Entrevista: Oxford University, 5/02/2011).

³⁵⁸ FULLER, 1964, p. 17.

³⁵⁹ “*Thou shalt not kill*” implies no picture of the perfect life”. (Ibidem, p. 23).

³⁶⁰ Acrescentamos um texto longo de Andrés Ollero que pode ilustrar, *mutatis mutandis*, a explicação de Fuller: “*Es obvio que la actual alergia a la verdad, alimentada por el temor de que sus afortunados propietarios nos den con ella en la cabeza, ha convertido hoy al derecho natural en elegante animal de compañía. Defendemos*

em seu melhor uso, ainda que percebamos algumas corrupções que devem ser combatidas. Aplica essa analogia ao Direito, explicando que podemos saber o que é injusto, sem ter uma noção profunda do que seria a perfeita justiça³⁶¹. De qualquer forma, a pauta oferecida pelo Direito, se respeitada, pode servir de base para as mais variadas e sonoras composições sociais, fortalecendo também o desenvolvimento e o aperfeiçoamento pessoal de cada “instrumento”.

No que se refere aos elementos encontrados na concepção fulleriana de Direito podemos destacar principalmente dois: a base moral natural e relacional da qual extrai os requisitos procedimentais essenciais para a administração do Direito³⁶² e a racionalidade própria do agente livre em ambos os pólos da relação³⁶³:

los derechos humanos como exigencia indeclinable de nuestra propia dignidad, pero negamos que les pueda servir de fundamento una realidad ética objetiva y racionalmente cognoscible. Nos vemos así obligados a garantizar derechos fundamentales sin fundamento. Leo en estos días viejos análisis de Ronald Dworkin sobre la jurisprudencia constitucional norteamericana. Con independencia de que no comparta bastantes de sus planteamientos, me parecen un ejemplo admirable del afán de detectar exigencias jurídicas que derivan de la naturaleza humana, girando en su caso en torno a la igualdad como virtud soberana. Como en su país se conoce sin alboroto la ideología de cada cual -o quién y por qué lo propuso para un alto cargo- él defiende, frente a los Magistrados a los que tacha de “historicistas”, con Scalia a la cabeza, una interpretación integralista de la Constitución. No implica sino el elemental recuerdo de que, sin el fundamento de unos principios jurídicos previos a la ley -tan objetivos como mínimos- hablar de Constitución es una broma pesada (...). Estimo, sin embargo, que la realidad de las cosas invitaría a entenderlas precisamente a la inversa. Ningún teórico del derecho solvente discute que lo jurídico debe ser entendido como un mínimo ético, indispensable para garantizar suficientemente una convivencia que merezca el nombre de humana. El derecho no pretende hacer al ciudadano, feliz, rico ni santo. Pretende crear un marco normativo mínimo que le posibilite aspirar a esos o cualquiera otros objetivos. Las exigencias jurídicas son sin embargo tan mínimas como indispensables, lo que las convierte en condición previa para cualquier logro de maximalismos morales. El clericalismo civil lleva a olvidar que matar, robar o mentir (defraudando la buena fe del prójimo) no son imperativos morales que, por su importancia, el derecho haya de imponer por la fuerza. No matar, no robar o no mentir son obvias exigencias jurídicas, sin cuyo respeto una convivencia humana es impensable. Precisamente por eso son ellas las que generan una consiguiente obligación moral. No tiene sentido pues que a quien pretende tomarse en serio el no matar, robar o mentir se le acuse de querer convertir los pecados en delitos. (OLLERO, 2015, p. 20 et seq.)

³⁶¹ Ibidem, p. 22 e p. 24.

³⁶² Como ele mesmo afirma no final da obra “*The Morality of Law*” (FULLER, 1969, p. 242), São Tomás de Aquino também reconheceu e lidou com os oito *desiderata*, citando Lewys: “*Fuller’s eight elements were set forth explicitly or implicitly in T. Aquinas, SUMMA THEOLOGICA (circa 1250). Aquinas emphasized: the rule element, “law is a rule and measure of acts, a rule of reasons”. Aquinas, Summa Theologica, in THE GREAT LEGAL PHILOSOPHERS, 56, 57 (C. Morris ed. 1959); promulgation, “in order that a law obtain the binding force which is proper to a law, it must be applied to the men who have to be ruled by it. Such application is made by its being notified to them by promulgation. Wherefore promulgation is necessary for the law to obtain its force,” id. at 60; and, by implication, the need for comprehensible and consistent rules, see id. On too frequent changes in the law he noted: Human law is rightly changed, in so far as such change of law is of itself conducive to the common weal. But, to a certain extent, the mere change of law is of itself prejudicial to the common good: because customs avail much for the observance of laws...Consequently, when a law is diminished, insofar as custom is abolished. Wherefore human law should never be changed, unless, in some way or other, the common weal be compensated according to the extent of the harm done in this respect. Id. at 77. On the possibility of performance Aquinas states: “Wherefore laws imposed on men should also be in keeping with their condition, for...law should be possible both according to nature, and according to the customs of the country”. Id. At. 74. Finally, we can infer that Aquinas believed that the law in action should comport with law in books, since he stressed that “it is better that all things be regulated by law, than left to be decided by judges”. Id., at. 71. (“The High Court”, 19 *Western Reserve Law Review*, 528-643) In Fuller, 1969, p. 242.*

³⁶³ “(...) addressed to an intelligent being”. (FULLER, 1964, p. 136 e 1984, p. 4-5).

A teoria do Direito de Fuller é animada pelo entendimento de uma forma que inclui o sujeito como agente responsável. Não é uma forma chamada de Direito que atua sobre o sujeito, mas uma forma que inclui a capacidade jurídica ativa deste³⁶⁴.

Sua visão do Direito não é política: este oferece somente as bases estáveis que contribuam para um diálogo moral produtivo³⁶⁵. Nesse sentido comenta: “abusar do Direito é perder direito³⁶⁶”. “O Direito está para construir pontes não fortalezas³⁶⁷”.

Robert Summers articula o exposto em quatro tópicos³⁶⁸:

1. O Direito, por racional e moral, serve a fins, através de meios plausíveis: “Para a consecução do Estado de Direito, este deve refletir ou incorporar um propósito inteligente e um mínimo de meios adequados”;
2. Esses propósitos englobam noções do que deveria ser, e, portanto, de valores;
3. Não se refere a fins sociais genéricos e nem a fins últimos, mas aos arranjos práticos próprios da ordem social;
4. Por estarem permeados pela moralidade, ainda que não intencionem diretamente o bem (*goodness*) ou a justiça substantiva (*substantive justice*), dificilmente não contribuem para tal, pois em refletir para saber o que fazer e como fazer, unem valor e ser em uma integridade (*be and ought to be*)³⁶⁹.

Para ilustrar juridicamente o conceito de Direito em Fuller, citamos um exemplo que oferece com relação aos requisitos que propõe como moralidade interna do Direito, tais como exigir o pagamento de um imposto no dia primeiro de janeiro e tratar-se de feriado, ou dar permissão ao agente público para inspeccionar o local de trabalho, porém somente com a autorização do dono. Como comenta, devem-se impedir as incompatibilidades, porém inclui-

³⁶⁴ “Fuller’s jurisprudence is animated by an understanding of form that is inclusive of the legal subject’s presupposed status as a responsible agent. There is not a form called law that acts upon the legal subject, but rather, the form of law includes the legal subject’s capacity for agency within it”. (RUNDLE, 2012, p. 38, tradução nossa).

³⁶⁵ Ibidem, p. 13.

³⁶⁶ Ibidem, p. 11, tradução nossa.

³⁶⁷ “Build bridges rather than fortresses”. (Ibidem, p. 27, tradução nossa).

³⁶⁸ SUMMERS, 1984, p. 16, tradução nossa.

³⁶⁹ “these substantive and instrumental purposes are notions of what ought to be, at least in the eyes of those who bring the law into being.” (Ibidem).

las conscientemente seria um absurdo repugnante, tal como exigir que se atravessasse um rio sem se molhar³⁷⁰.

Porém, sua alegoria sobre o célebre governante Rex, em suas inúmeras tentativas de acertar evidenciam melhor, ainda que negativamente, onde o Direito poderia falhar, já que o referido personagem, ora, não estabelece regras; ora suspende os códigos, dando aos sujeitos a capacidade de legislar e a ele próprio, a de julgar, apesar da falta de preparação e padrão; em seguida, prepara sozinho um novo código, que não dá a conhecer, permitindo o reinado da ignorância da lei. Mais adiante, não respeita o princípio da anterioridade, ou oferece regras obscuras, incompreensíveis e inconsistentes. Posteriormente, pune crimes que extrapolam a sensatez com regras duras, como não tossir, etc. Forjando um novo código, percebe que se passou tanto tempo que as regras já não se acoplavam à realidade. Assume novamente o poder, mas não se submete às regras promulgadas ao administrá-las. Enquanto os cidadãos desgostosos prepararam uma revolução, Rex morre e assume o poder Rex II, que “substitui os advogados por psiquiatras e relações públicas para que as pessoas pudessem ser mais felizes!”³⁷¹.

Esquemáticamente o conceito fulleriano de Direito poderia ser esboçado da seguinte forma:

- a) atividade intencional ordenadora;
- b) procedimento moral relacional;
- c) liberdade e responsabilidade pressupostas e promovidas em todos os pólos das relações;
- d) comunicação e justiça atingidas como conseqüência.

Dessa forma, Fuller atribui ao advogado a denominação de construtor de estruturas sociais³⁷², que a partir da segurança jurídica do Direito, oferece alicerce seguro para a criatividade humana fundamentada em sua liberdade e em sua relacionalidade: “os homens não podem viver e trabalhar juntos sem um princípio de organização que resolverá os conflitos e promoverá a ação cooperativa”³⁷³.

Vejamos o que abrange a justiça em sua teoria.

³⁷⁰ FULLER, 1969, p. 69.

³⁷¹ FULLER, 1964, p. 53, tradução nossa.

³⁷² “*The Lawyer as an Architect of Social Structures*”. (FULLER, 2001, p. 286 et seq.).

³⁷³ FULLER, Lon. *The Problems of Jurisprudence*. Brooklin: The Foundation Press, 1949, p. 695.

3.2. A concepção de justiça

*Since justice depends crucially on choices actually made by individuals, no pattern of allocation can be regarded as just unless individuals have been free to make decisions for themselves(...).*³⁷⁴

KENNETH WINSTON

A concepção de justiça em Fuller não gira em torno de uma expectativa objetiva em termos de conteúdo, mas principalmente de uma base moral-procedimental plausível para o que denominamos *Rule of Law*³⁷⁵, e que, por sua vez, garante a cada agente livre a possibilidade de realizá-lo. Dessa forma:

Sob o *Rule of Law* ninguém está acima da lei. A lei é aplicável igualmente para governantes e para governados. O primeiro dever dos que foram eleitos para fazer a lei é respeitar a lei. O *Rule of Law* requer uma legislação justa e imparcial, que oriente o consentimento³⁷⁶.

A originalidade e eficácia da proposta residem no destaque da moralidade procedimental sustentando a lei e o processo definido; o combate às arbitrariedades e à unilateralidade; a coexistência a partir da horizontalidade e não da verticalidade; a consecução da equidade e da justiça pela adequação da conduta moral formal tanto daqueles que operam o Direito, como daqueles que se dirigem pelo Direito, onde todos contribuem para o que se denominaria de justiça³⁷⁷.

Sua concepção não se identifica com um valor meramente estrutural³⁷⁸ nem com um ideal político³⁷⁹, mas com a possibilidade de oferecer uma pauta amplíssima para a conduta livre dos cidadãos, para que construam o que entendem por uma ordem social justa, respeitados os limites naturais morais que o Direito visa proteger. Nesse sentido expõe:

³⁷⁴ FULLER, 2001, p. 16.

³⁷⁵ “Os “*desiderata*” prevêm basicamente o que o Direito necessita fazer previsivelmente para alcançar seus objetivos, o que é muito distinto do Direito em si mesmo, e que, por sua vez, pode proteger formalmente a equidade do sistema”. (SUMMERS, 1984, p. 16 et seq., tradução nossa).

³⁷⁶ CHARLESWORTH, Hilary. *Human Rights and the Rule of Law after Conflict. The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 49, tradução nossa.

³⁷⁷ WALDRON, Jeremy. *Legal Pluralism and the Contrast Between Hart’s Jurisprudence and Fuller’s. The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 86.

³⁷⁸ KUTZ, Christopher. *On Visibility and Secrecy in International Criminal Law. The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p.104.

³⁷⁹ RUNDLE, 2012, p. 149 et seq.

Um sistema jurídico não pode tornar-se jurídico por un *Fiat*. Sua segurança e eficácia devem assentar-se em opiniões formadas fora dele, o que cria uma atitude de deferência para com seu autor humano (por exemplo, um rei), ou um processo constitucional prescrevendo as regras para o verdadeiro Direito. Dizer que essa aceitação é moral significa que ela antecede o Direito³⁸⁰.

A justiça em Fuller começa por respeitar cada pessoa, tratando-a como livre e responsável, através das formas procedimentais oferecidas pela moralidade interna do Direito: *taking forms seriously*³⁸¹. Ao não se apoiar na autoridade ou poder, o sistema jurídico promove a maturidade política, combatendo o paternalismo ou a tirania³⁸².

Sua compreensão da justiça acentua principalmente a honestidade da normatividade e a racionalidade do compromisso³⁸³ - ou da aliança³⁸⁴ - e, a partir dele, a eficácia da previsibilidade e a confiança no pacto jurídico³⁸⁵.

Nesse sentido é que encontramos a origem do *Rule of Law* fulleriano em Aristóteles:

(...) uma parte da justiça política é a natural, a outra legal. A natural tem a mesma eficácia em todos os lugares e não depende de nossa opinião; quanto à legal, é originariamente indiferente se deve ser assim ou de outro modo, mas, uma vez posta, deixa de ser indiferente³⁸⁶.

Seu conceito de justiça é mais operativo do que semântico³⁸⁷. É uma conseqüência da moralidade interna. Mais do que com palavras, identifica-se com uma proposta, cujo produto será a liberdade e a comunicação. Para sua consecução, instiga o operador do Direito em três graus básicos:

a) atenção à sua própria formação jurídica:

O advogado modela-se por sua concepção do Direito, e, pela extensão de sua influência, esculpe a sociedade em que vive³⁸⁸.

b) sua dedicação em encontrar a solução correta para cada caso concreto:

³⁸⁰ *Untitled and undated document, paginated in hand as p. 25; The Papers of Lon Fuller, Harvard Law School Library, Box 12, Folder 4.* (Ibidem, p. 14, tradução livre).

³⁸¹ Contrapondo-se ao “*taking rights seriously*” de Dworkin. (RUNDLE, 2012, p. 97 e p.188).

³⁸² FULLER, 1969, 192-193.

³⁸³ PETIT, Philip. *How Norms Become Normative. The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century edited by Peter Cane*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 234.

³⁸⁴ BARZOTTO, 2010, p. 156.

³⁸⁵ “*Replacing, in an specific way, the “man are good” for “Law makes them good” (or better)*”. (RUNDLE, 2012, p. 140 e 159).

³⁸⁶ ARISTOTLE, 1943, Book V, Chapter 7, 1134b.

³⁸⁷ HART, 2010, p. 311.

³⁸⁸ FULLER, 1940, p. 4. (Tradução Livre)

Esta é uma requisição da própria justiça. Em sua mais rudimentar expressão, a justiça exige decisões similares para casos similares. Sendo que dois casos nunca são exatamente iguais, não se pode atuar com justiça ao não ser que se possa definir o que constitui uma semelhança essencial. Mas para discernir o que é essencial e o que não é na decisão do caso, é preciso recorrer a princípios que transcendem sua imediata aplicação; são estes princípios gerais que unem os elementos do Direito em um sistema coerente de pensamento ³⁸⁹.

c) um respeito crescente pela forma do Direito (*forms liberate*)³⁹⁰:

A juridicidade requer que os juízes e oficiais apliquem o Direito, não de acordo com suas fantasias ou com sua forçada literalidade, mas conforme princípios de interpretação que são apropriados em sua posição com relação à totalidade da ordem jurídica³⁹¹.

Se a necessária reciprocidade entre o profissional do Direito e o sujeito de um sistema jurídico desaparece, o mesmo deverá acontecer com o Direito, já que o operador negou seu compromisso com este e agora passou a atuar segundo um outro modo³⁹².

Por outro lado, Fuller procura conjugar o que denomina *legal justice* com *the justice of dispensation*. Ainda que entenda que, em geral, o Direito não deva ser violado para favorecer o indivíduo, há momentos em que “devemos abandonar a justiça legal – o Direito deve ser o mesmo para todos – em favor da justiça de isenção, já que o Direito não pode transformar-se a si mesmo em um instrumento de injustiça³⁹³”.

A justiça em si será praticamente identificada com o emprego dos meios para tal, como expõe o autor:

Já expressei minha convicção de que a atividade jurídica como meio de organização das relações humanas pode ser discutida inteligentemente ainda que não possamos definir com precisão seu pressuposto fim, ou seja, a justiça. Já sugeri que poderíamos chegar a uma melhor compreensão do fim desejado se discutíssemos criticamente os vários meios pelos quais ele é imperfeitamente atingido³⁹⁴.

³⁸⁹ “*This is a requirement of justice itself. In its most rudimentary expression, justice demands the like decision of like cases. Since no two cases are ever exactly alike, one cannot act justly unless one is able to define what constitutes an essential likeness. But to discern what is essential and what is not in the decision of a case, one must have resort to principles that transcend their immediate application; it is these general principles that bind the elements of law into a coherent system of thought.*” (FULLER, 1987, p. 94, tradução nossa).

³⁹⁰ *The Papers of Lon Fuller*. Harvard Law School Library, Box 12, Folder 1 apud RUNDLE, 2012, p. 1.

³⁹¹ FULLER, 1969, p. 82, tradução nossa.

³⁹² RUNDLE, 2012, p. 26.

³⁹³ FULLER, 1987, p. 38-39, tradução nossa.

³⁹⁴ “*I have already expressed my conviction that adjudication, as a means for organizing human relations, can be discussed intelligently even though we are unable to define with precision its assumed end, namely, justice. I have also suggested that we can arrive at a better understanding of the end we aim if we discuss critically the various means by which it is imperfectly realized.*” (*American Legal Philosophy*. FULLER, 2001, p. 283, tradução nossa).

O tema central do *Hart-Fuller Debate* pode servir para ilustrar juridicamente o exposto, ou seja, a legalidade do Direito veiculado pelo Terceiro *Reich*. Questionou-se à época se a moralidade procedimental proposta por Fuller poderia servir a qualquer fim. Fuller afirma categoricamente que o Direito Nazista não poderia ser considerado Direito³⁹⁵, contrapondo-se à pura relação entre Direito, ordem pública e um eficaz sistema de coerção: “Se não se pode chamar de humano, não se pode chamar de Direito³⁹⁶”.

Nesse sentido, a moralidade interna fundamenta o modo correto de veicular o Direito³⁹⁷. No caso, o Estado Nazista, ao violar vários de seus requisitos, como a prospectividade, a possibilidade, a publicidade, a congruência, etc., deixou de tratar o ser humano como livre e responsável, obrigando os agentes a se submeterem ao Direito em vigor, com o mero dever de obedecer sem voluntariedade própria.

Esta é, portanto, a forma pela qual a moralidade interna diminui consideravelmente a possibilidade de injustiça. O arbítrio é barrado por estes requisitos formais, e, ainda que o ser humano possa falhar em sua condução, o erro é mais fácil e rapidamente identificado.

O antecedente respeito pela moralidade interna, além de poder ter evitado uma transgressão tão profunda ao que poderíamos denominar Direito natural³⁹⁸, pouparia o avanço em questões de direito substantivo, pois o processo teria estagnado muito antes:

Se a jurisprudência alemã tivesse se preocupado mais com a moralidade interna do Direito, não teria sido necessário invocar os argumentos puramente substantivos, como os apresenta Radbruch. Assim, onde alguém seria tentado a dizer: “ Isso é tão mal que não poderia ser chamado Direito”, poderia dizer, ao invés: “Isto é um produto de um sistema tão alheio à moralidade do Direito, que não merece ser chamado Direito³⁹⁹”.

Esquemáticamente poderíamos expor sua concepção de justiça da seguinte forma:

- a) proceder segundo a moralidade interna;
- b) promover a atividade livre e responsável;
- c) julgar cada caso com a devida prudência;
- d) respeitar o valor intrínseco da forma do Direito promovendo a segurança jurídica e a comunicação.

³⁹⁵ FULLER, 1964, p. 122.

³⁹⁶ “*That distinguish mark (use of coercion or force) is not recognized in this volume.*” (FULLER, 1969, p. 108).

³⁹⁷ *Law-engendering* veicula os *substantive aims*. (Ibidem).

³⁹⁸ Fuller concordava com Gustav Radbruch quando afirmava que essa experiência deveria nos tornar a todos jusnaturalistas (RUNDLE, 2009, p. 68).

³⁹⁹ Ibidem, p. 84. (Tradução livre).

Podemos concluir afirmando que em sua proposta encontramos, *mutatis mutandis*, a definição de justiça legal aquinense: “a justiça consiste em dar a cada qual o que lhe é devido⁴⁰⁰”, onde os atos relativos aos direitos dos demais têm especial relevância⁴⁰¹, começando por tratar cada pessoa como um agente livre e responsável, através da moralidade interna do Direito⁴⁰².

Passamos a penetrar em sua concepção antropológica para ver a profunda relação que guarda com seu conceito de justiça e de Direito.

3.3. Antropologia Subjacente

*There are no ordinary people. You have never
talked to a mere mortal.*

C. S. LEWYS

Ao conceber o ser humano como livre e responsável, Fuller acentua através do Direito, suas principais capacidades operacionais: a racionalidade e a relacionalidade, que sustentam sua unicidade, valorizando não o mero indivíduo, mas a pessoa, tratada como tal, através da moralidade interna que embasa seu sistema jurídico. Dessa forma acentua o *ethos* respectivo: “sendo a moralidade humana, não podemos privá-la deste adjetivo⁴⁰³”.

Os valores destacados por essa moralidade, portanto, são também radicados na natureza: a liberdade e a comunicação⁴⁰⁴. Caberá ao Direito não só respeitar a liberdade, mas promovê-la, bem como a comunicação a partir dela. Por outro lado, o tratamento jurídico estará permeado de razoabilidade⁴⁰⁵, e prestará sempre as devidas informações, pois a ignorância é incompatível com um verdadeiro exercício da liberdade.

A teoria de Fuller conta também com a exemplaridade humana no sentido de promover a ordem através de padrões estabelecidos e efetivamente observados: “o conhecimento do Direito de poucos pode chegar a influenciar indiretamente as ações de

⁴⁰⁰ PEGIS, Anton C. *Introduction to Thomas of Aquinas*. New York: The Modern Library, 1948, p. 588. (Tradução livre).

⁴⁰¹ “(...) *in the sense that they are acts in which the rights of others are given due consideration.*” (ARISTOTLE, 1998, p.12).

⁴⁰² RUNDLE, 2009, p. 106.

⁴⁰³ BRESNAHAN, James Francis. *The methodological ethical reasoning in the theology of Karl Rahner, and its supplementary development using the legal philosophy of Lon L. Fuller*. Ann Arbor: University Microfilms, 1972, p. 619, tradução nossa.

⁴⁰⁴ FULLER, 1969, p. 186.

⁴⁰⁵ “(...) *that is part of the very idea of a functioning legal order*”. (RUNDLE, 2012, p. 128).

muitos⁴⁰⁶”. De qualquer forma, não se nega nem aos que administram o Direito nem aos que o obedecem, a legibilidade e a inteligibilidade do sistema⁴⁰⁷. Pela responsabilidade, sua proposta instiga ainda a combater a apatia e o conformismo político, muito comum na civilização ocidental pósmoderna, que se deve, em alguns casos, à submissão acrítica ao poder⁴⁰⁸. Por outro lado, leva os governantes a desafiarem-se na arte de governar, fundamentando a autoridade no respeito à liberdade, onde lhes cabe conduzir a moralidade do dever, para que cada um, incluindo eles próprios, possam se projetar à moralidade de aspiração.

A antropologia fulleriana entende com profundidade a relação entre o ser humano e a sociedade, e o papel do Direito em promover a interação. Nesse sentido, critica tanto o positivismo, que engessa a atividade jurídica, quanto uma possível extrapolação do Direito natural veiculada pelo Direito positivo, que acaba por querer controlar a vida social, além do que caberia ao Direito:

Uma grande parte das relações humanas encontra sua regulação fora do Direito positivo, ainda que este campo possa estar definido. O corpo de Direito positivo existente serve para preencher aquela área comparativamente estreita de possível disputa onde os conflitos não são automaticamente resolvidos pela referência a concepções tacitamente aceitas sobre o que é certo⁴⁰⁹.

Por outro lado, esse corpo de normas recebe uma influência significativa do Direito positivo, já que há uma presunção tácita de que o que é Direito é certo: se o Direito é fruto do modo como as pessoas se comportam, como podemos dizer que não se comportam bem, a não ser a partir de certa objetividade racional? No fundo, a razão, o costume, os acordos e o poder coercitivo é que interagem para modelar as relações livres entre os homens, de acordo com o que se entende como próprio para a natureza humana: “*a public conviction of rightness*”⁴¹⁰. Por sua vez, a atividade jurídica facilitará a consecução dos variados fins individuais e sociais como um lápis deveria escrever⁴¹¹.

⁴⁰⁶ FULLER, 1969, p. 51, tradução nossa.

⁴⁰⁷ Pode-se afirmar que “ (...) *presupposes the agency. Not only have as a goal the protection of agency*”. (ROSLER, Andrés. *You can not go grossly morally wrong with Law. Can you? Draft for Jurisprudence*. Buenos Aires: 2012, p. 6.)

⁴⁰⁸ SARTORI, 1994, p. 156 e seq.

⁴⁰⁹ “*The bulk of human relations find their regulation outside the field of positive Law, however that field may be defined. The existing body of positive law serves to fill that comparatively narrow area of possible dispute where conflicts are not automatically resolved by a reference to tacitly accepted conceptions of rightness*”. (FULLER, 1949, p. 111, tradução nossa).

⁴¹⁰ Ibidem, p. 67.

⁴¹¹ FULLER, 2001, p. 11.

A estabilidade do sistema também se fundamenta em sua base antropológica realista: “se nos apoiarmos no senso comum, mudanças não se darão com tanta facilidade⁴¹²”. Dessa forma, em palavras de Luis Fernando Barzotto sobre este aspecto da teoria de Fuller, o Direito cumpre sua função estabilizadora, como instrumento, não de transformação, mas de conservação social⁴¹³, já que uma das preocupações básicas do autor era a boa ordem⁴¹⁴.

Servimo-nos também das palavras do Professor Humberto Ávila para explicar melhor o elo entre um sólido fundamento antropológico e sua projeção jurídica, onde grifamos a relação com a teoria de Fuller:

Com efeito, esses ideais parciais que compõem o ideal maior da segurança jurídica constituem os pressupostos para a realização do ser humano: sem um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível, o homem não tem como se autodeterminar, plasmando seu presente e planejando seu futuro com liberdade e autonomia (...). A segurança jurídica constitui assim o pressuposto jurídico para a realização da dignidade humana. Em razão disso, pode-se afirmar que a dignidade humana é um fundamento indireto da segurança jurídica. Sem essa última, a dignidade humana, como participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, fica severamente restringida⁴¹⁵.

Nesse sentido, Fuller não concebe a comunicação a partir do giro lingüístico ou inserida em um sistema comunicacional, pois oferece uma visão mais ampla e comunitária, promovida por “canais livres”⁴¹⁶, amparados pelo Direito⁴¹⁷. Sua antropologia se aproxima ao pensamento de Hannah Arendt, onde a relação com o próximo e o amor ao bem comum é central⁴¹⁸.

A segurança jurídica veiculada pela moralidade interna permite o cultivo dessas relações livres dentro dos limites da coexistência e do próprio respeito fomentado pela prática do conteúdo dos *desiderata*. Dessa forma, o Direito redundando diretamente no bem do agente livre, e, ao mesmo tempo, da comunidade. Nesse sentido acentua:

Se fosse questionado a respeito de um princípio central ao qual poderíamos denominar de direito natural substantivo – Direito Natural com letras maiúsculas - o encontraria na ordem: abra, mantenha e preserve os canais da comunicação pelos quais os homens transmitem uns aos outros, o que

⁴¹² FULLER, 1969, p. 79, tradução nossa.

⁴¹³ Aula ministrada na Faculdade de Direito da UFRGS, novembro/2011.

⁴¹⁴ LACEY, 2011, p. 141.

⁴¹⁵ ÁVILA, 2011, p. 225.

⁴¹⁶ “*Law is not an authoritative ordering of social relations (...)*”. (ROSLER, 2012, p. 6)

⁴¹⁷ “*(...) not when we have one man standing over another but towards one another with rights and duties*”. (WINSTON, Kenneth. *Legislators and Liberty, Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, *Special Issue on Lon Fuller*, 1994, p. 390).

⁴¹⁸ KAMPOWSKY, S. *Amore del prossimo e bene comune en Hannah Arendt*. Roma: Edizione Università della Santa Croce, 2003, p.356.

sentem, percebem e desejam. Nesse sentido, a moralidade de aspiração oferece mais do que um bom conselho e um desafio à excelência. Fala com a voz imperativa o que estamos acostumados a ouvir na moralidade de dever. E se os homens a escutarem, essa voz, diferentemente da moralidade de dever, poderá ser ouvida através dos limites e barreiras que hoje podem separar os homens uns dos outros⁴¹⁹.

Poderíamos evocar as palavras do poeta Robert Frost: “boas cercas fazem bons vizinhos⁴²⁰” para acentuar o exposto. Porém, o que propõe parece permitir ir muito além:

Se o Estado, através do Direito, garante a liberdade pessoal de todos cumprir seu fim ético supremo e, por isso, o mais rico e denso em determinações. O progresso político deveria ser visto não de forma negativa, onde o exercício da liberdade de um impede o exercício da liberdade de outro, mas de forma positiva, onde a liberdade de um potencializa o exercício da liberdade de outros⁴²¹.

Como conclui Fuller: o Direito pode “criar as condições que permitam ao homem projetar-se para cima. Realmente, é muito melhor do que pregá-lo numa parede declarando fim à articulação de seu bem maior⁴²²”. Dessa forma, evita também que o Direito possa servir de instrumento utilitarista⁴²³ através de regras impostas para serem obedecidas.

Sua compreensão do sistema jurídico está vinculada à sua adequação ao ser humano. Nesse sentido, emprega uma analogia: se em um determinado local os médicos costumam envenenar seus pacientes, não se pode dizer que este disponha de um sistema de saúde⁴²⁴.

Para ilustrar juridicamente a relação entre Direito e Antropologia em Fuller, podemos invocar o princípio de subsidiariedade vivido no limite do encorajamento e estímulo da ação pessoal ou de grupos sociais, restando em último caso, a substituição provisória de sua atividade pelo Estado, em caso de impossibilidade ou despreparo dos primeiros, com ânimo de recuperá-la, e, somente enquanto esta permanecer⁴²⁵.

Esquemáticamente podemos compilar os fundamentos antropológicos fullerianos que embasam seu sistema jurídico da seguinte forma:

- a) racionalidade (propósito inteligível e razoável);
- b) relacionalidade (respeito e comunicação);
- c) responsabilidade (gerenciamento pessoal – *agency* - nos dois pólos da relação);

⁴¹⁹ FULLER, 1964, p. 202, tradução nossa.

⁴²⁰ Apud HAYEK, 1985, p.125.

⁴²¹ GOMEZ PEREZ, Rafael. *Represión y Libertad*. Pamplona: EUNSA, 1975, p. 182, tradução nossa.

⁴²² FULLER, 1964, p. 25, tradução nossa.

⁴²³ FULLER, 2001, p. 70.

⁴²⁴ SUMMERS, 1984, p. 39.

⁴²⁵ FABER, Sílvia. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público*. São Paulo: Renovar, 2001, onde a autora inspira-se em Lon Fuller.

d) liberdade (o Direito deve ser voluntariamente assumido pelo bem intrínseco que apresenta para a própria manutenção e promoção da liberdade pessoal e dos demais).

Dessa forma, seu embasamento jurídico-antropológico permite a construção de uma ordem social harmônica, prudente, e, ao mesmo tempo, criativa, com sentido de co-pertença, onde o Direito significa, de fato:

(...) critério de decisão apropriado em aspectos práticos (conduta, ação) e padrões de opções de conduta que podem ser qualificados como bom ou ruim, certo ou errado, desejado ou indesejado, decente ou indigno⁴²⁶.

Passamos a aplicar os fundamentos apresentados em um possível *Legal Reasoning* a partir da teoria fulleriana.

3.4. Legal Reasoning

*Injustice anywhee is a threat to justice everywhere*⁴²⁷.

MARTIN LUTHER KING JR.

O raciocínio jurídico em Fuller busca a relação entre fato, costume, propósito da lei e moralidade dentro do sistema:

De fato, temos que ir além e participar sucessivamente no total esforço intencional existente na criação e manutenção de um sistema dirigido a orientar a conduta humana através de regras. Se desejamos entender esse esforço, temos que entender que muitos de seus problemas característicos são de natureza moral⁴²⁸.

Seu raciocínio procura primeiramente entender o significado de uma regra a partir do propósito inserido no conjunto. Por outro lado, evita trabalhar analiticamente, o que poderia dificultar o entendimento⁴²⁹, buscando a solução mais adequada dentro do possível, e de acordo com as regras em questão⁴³⁰.

⁴²⁶ FINNIS, 2002, p. 1.

⁴²⁷ LUTHER KING Jr., Martin. *Letter from Birmingham Jail*, 16/04/1963.

⁴²⁸ “*We must indeed go further and participate vicariously in the whole purposive effort that goes into creating and maintaining a system for directing human conduct by rules. If we are to understand that effort, we must understand that many of its characteristic problems are moral in nature*”. (FULLER, 1969, p. 106-107, tradução nossa).

⁴²⁹ FULLER, 2001, p. 66 et seq.

⁴³⁰ SUMMERS, 1984, p. 67.

Recorre fundamentalmente à moralidade interna, não como uma técnica mecânica, mas como um método ético prático, que orienta a reflexão. Os valores em questão também são levados em conta, de forma hierárquica⁴³¹. Combate o raciocínio simplista “olhe e veja precisamente o que é; reconheça e só”⁴³², instigando a ir além dos moldes artificiais de uma advocacia ou jurisdição tecnocrata⁴³³. Vai do particular ao geral, e vice-versa, o que demonstra que sua racionalidade é muito mais antropológica e jurídica do que sociológica.

Em seu ensaio denominado “*The Forms and Limits of Adjudication*”⁴³⁴, Fuller destaca claramente seu *legal reasoning*, permeado de respeito pelas provas e regras apresentadas pelo Direito⁴³⁵, e que, ao mesmo tempo, clama por “*reasoned arguments*” com “*great stress on the rationality*”⁴³⁶, alheia, porém, ao formalismo intelectual⁴³⁷. Seus valores morais incidentais são primeiramente os do “*reasonable man*”⁴³⁸. Seu enfoque é, portanto, mais abrangente, não se restringindo a um elemento somente, tal como o sociológico, político, jurídico ou decisionista⁴³⁹.

Em termos de hermenêutica, acentua que os casos não devem ser solucionados através do dicionário, mas principalmente pela compreensão dos cidadãos⁴⁴⁰. Deve-se atender aos estatutos bem como às demandas sociais, mas não aleatoriamente: princípios somados à empresa de colaboração ao longo do tempo com a participação de vários juízes. Por isso, as sentenças, pelo menos no *common Law*, são explicativas, também sobre fatos, e não só no que se refere aos princípios, tendo em vista a prevista articulação posterior.

Por fim, sua compreensão das demandas sociais não é relativizada por qualquer interesse. Respeita o modo natural e cultivado de costumes e regras: “Temos que admitir que as regras surgiram de certa necessidade percebida por aqueles que primeiramente modelaram sua conduta através delas”⁴⁴¹. A conduta que se torna direito implícito encerra uma razão para que seja seguida. Seu padrão é o da natureza: “Eu não posso ver que padrão pode ser aplicável em julgamentos éticos que não o padrão que mantém a natureza humana como ela seria se

⁴³¹ FULLER, 2001, p. 51-54.

⁴³² Próprio da Escola Realista Americana representada à época por Llewelyn, Cardozo, etc. (FULLER, 2001, p. 103 et seq.).

⁴³³ SUMMERS, 1984, p.1.

⁴³⁴ FULLER, 2001, p. 103 et seq.

⁴³⁵ SUMMERS, 1984, p. 1.

⁴³⁶ FULLER, 2001, p. 101.

⁴³⁷ BRESNAHAN, 1972, p. 609.

⁴³⁸ FULLER, 1987, p. 53.

⁴³⁹ WINSTON apud FULLER, 2001, p. 32.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 57 et seq.

⁴⁴¹ Ibidem, tradução nossa.

pudesse resolver suas desarmonias e superar suas imperfeições. Não é revelação, mas razão⁴⁴²”.

Graficamente poderíamos apresentar seu *legal reasoning*⁴⁴³ da seguinte forma:

1. QUESTÃO (*Issue*)
2. FATOS (*Facts*)
3. REGRAS DO DIREITO APLICÁVEIS (*Rules of Law*)
4. COSTUMES (*Social Background/Reality*)
5. VALORES (*Moral Values*)
6. ANÁLISE (*Analysis*)
7. CONCLUSÃO (*Conclusion*)

1. QUESTÃO:

A questão para Fuller deve apresentar-se como efetivamente jurídica: verificar se o Direito tem realmente algo a dizer ou trata-se de uma questão moral alheia ao espectro jurídico ou onde a esfera da liberdade deveria ser preservada e respeitada⁴⁴⁴.

2. FATOS:

Nesse sentido os fatos, ainda que morais, devem também ser objetivamente relevantes para o Direito⁴⁴⁵. Para a conexão entre questão e fatos, deve haver investigação suficiente: os fatos não devem passar como por uma máquina e sua interpretação requer mais o trabalho de um etnólogo do que de um estatístico⁴⁴⁶.

As provas dos respectivos fatos devem secundar totalmente as exigências do Direito para poderem efetivamente sustentar posteriormente os “*reasoned arguments*”⁴⁴⁷.

3. REGRAS DO DIREITO EM QUESTÃO:

⁴⁴² Ibidem, p. 118, tradução nossa.

⁴⁴³ A partir da maneira norte-americana de raciocinar juridicamente.

⁴⁴⁴ FULLER, 1964, p. 32-33.

⁴⁴⁵ “*The facts will generally be found to be what may be called moral facts*”, também no sentido de escolha e responsabilidade. (FULLER, 1940, p. 65).

⁴⁴⁶ Ibidem.

⁴⁴⁷ FULLER, 2001, p. 104-105.

Em um primeiro momento, Fuller se ateria à regra literal: *enacted Law/common Law/constitutional Law/stare decisis*, etc., que seriam lidos em seu espírito e coerência, e não em sua absoluta literalidade, procurando também esclarecer qualquer ambigüidade emergente⁴⁴⁸.

Em seguida, voltaria a atenção para a moralidade interna buscando identificar se haveria alguma lacuna no emprego dos *desiderata*, em qualquer nível operativo, devido ao destaque do agente.

Nesse sentido o *purpose* da lei no sistema é também seletivo para a interpretação, já que vê o Direito como uma atividade e o sistema como produto de um sustentado esforço intencional⁴⁴⁹, como já mencionado. As palavras e o sentido da lei devem ser cuidadosamente conjugados com os precedentes (*language of legislation and precedent forming judicial arguments*)⁴⁵⁰, para orientar a *determinatio* em cada caso.

A forma e o limite jurídico da questão serão respeitados em sua integridade, oferecendo a moldura para a análise⁴⁵¹. A seu ver, somente partindo dessa base é possível estabelecer uma argumentação efetivamente racional.

4. COSTUMES:

A moralidade já se faz presente nos costumes: forma-se um costume e este é um modelo para as decisões, pois no fundo incorpora princípios que o recomendaram como verdadeiros e justos, e, portanto, merecem presumidamente a sanção da lei⁴⁵².

O costume pode criar obrigação, não somente pela repetitividade, mas pela vontade e idoneidade do objeto. O homem é capaz de distinguir o bem do mal e regulá-lo para que a ordem jurídica da convivência decorra de valores que a transcendam e auxiliem a gerar o Direito⁴⁵³.

Fuller concorda com os partidários do realismo americano no que se refere às regras latentes nas decisões judiciais, mas diverge de uma identificação total entre ambos, pelo temor ao relativismo. Apresenta um contra pragmatismo com base não só em uma harmonia entre fatos e regras, mas nos antecedentes⁴⁵⁴. Costumes em Fuller não se identificam, portanto, com

⁴⁴⁸ FULLER, 1940, p. 89.

⁴⁴⁹ FULLER, 2001, p. 103 et seq.

⁴⁵⁰ FINNIS, 2002, p. 38-39.

⁴⁵¹ COYLE, 2007, p. 395.

⁴⁵² FULLER, 1987, p. 43-46.

⁴⁵³ FULLER, 1940, p. 67.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 13.

o mero fato social de cunho sociológico, mas com uma reta e reiterada tradição generalizada no tempo e no espaço⁴⁵⁵.

5. VALORES:

Valores morais para Fuller são os *middle level principles* e não uma visão pessoal (*personal view*)⁴⁵⁶, o que suporia um perigo para a segurança jurídica. Esses valores, em geral, são os que o Direito sustenta: o assassinato é proibido, em primeiro lugar, por ser errado, e não somente por ser uma ameaça à riqueza da vida em comunidade⁴⁵⁷. Dessa forma, a *legal view* se fundamenta em um princípio moral global⁴⁵⁸. Comenta que desde criança dizemos: “Eu não devo fazer isso!⁴⁵⁹”. “Percebemos que não só os seres inanimados, mas também nós guardamos certo padrão de conduta⁴⁶⁰”.

A luz dos princípios deve estar especialmente presente em casos mais complicados envolvendo questões diversificadas:

Para resolver problemas policêntricos não se pode recorrer somente à história ou às circunstâncias, mas também a princípios gerais que possam ser aplicados a todos. Interesses individuais devem também ser relacionados a mais amplas concepções de igualdade e bem (...) noções coletivas também sobre os legítimos interesses individuais⁴⁶¹.

Uma abertura prudente ao que é preciso contornar ou inovar através dos tempos é também importante. Fuller não teme as mudanças necessárias, evitando a covardia, que denomina hobbesiana⁴⁶².

Há uma expectativa ética, não tão vinculada à pessoa, mas ao que se espera de cada homem. Dessa forma o Direito julga impessoalmente: julga o ato, não a pessoa, conforme o padrão esperado⁴⁶³: “Os juízes são compelidos, por exemplo, a desenvolver alguma regra para lidar com leis contraditórias, que não deriva de nenhuma lei positiva, mas da natureza e razão

⁴⁵⁵ FULLER, 1987, p. 44.

⁴⁵⁶ LACEY, 2011, p. 31-32.

⁴⁵⁷ FULLER, 1969, p. 21.

⁴⁵⁸ BRESNAHAN, 1972, p. 617.

⁴⁵⁹ “*I am not supposed to do that*”. (FULLER, 1987, p.78, tradução nossa).

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 57-58.

⁴⁶¹ FULLER, 2001, p. 394-395, tradução nossa.

⁴⁶² FULLER, 1949, p. 24 e 25.

⁴⁶³ “*Not amoral principles that aid law’s efficacy. Morality and efficacy have to do*”. (FULLER, Lon. *Reply to Professors Dworkin and Cohen* in 10 Villanueva Law Review, 1965, p. 623).

da coisa⁴⁶⁴”. Fuller procura efetivamente encontrar a solução mais adequada: “*the right thing to do*”⁴⁶⁵.

Voltamos ao exemplo do *III Reich* para esclarecer o exposto: “a campanha legal dos nazistas contra os judeus na Alemanha e em muitos outros lugares era flagrantemente racista, preconceituosa e um crime contra a humanidade em todos os sentidos⁴⁶⁶”. Não só o requisito da generalidade estabelecido pela moralidade interna foi ferido, mas valores comunitários e de respeito à liberdade.

6. ANÁLISE:

A análise da questão levará em conta os itens anteriores unificados pela racionalidade:

A distinção entre as moralidades externa e interna do Direito é, evidentemente, uma ferramenta de análise e não deve ser considerada como um substitutivo para o exercício de julgar⁴⁶⁷.

A reta interpretação da doutrina existente, - o que supõe também a formação acumulada -, ilumina a análise rumo à conclusão⁴⁶⁸. Por sua vez, a articulação da questão deve levar à clareza na veiculação da conclusão, o que para Fuller é também um dos mais desejados ingredientes da juridicidade⁴⁶⁹.

7. CONCLUSÃO:

A decisão, por racional e moral, não deveria nem mesmo ser acompanhada de excessivas explicações, evitando também abrir a porta à revisão judicial⁴⁷⁰. Nos *hard cases*⁴⁷¹, seu *legal reasoning* seguiria os mesmos passos, porém de forma ainda mais cautelosa, levando principalmente em conta a força da decisão em termos de estabelecer novos precedentes.

⁴⁶⁴ “Judges are compelled, for example, to develop some rule for dealing with contradictory enactments, this rule derived not “from any positive law, but from the nature and reason of the thing.” (FULLER, 1969, p. 101-102, tradução nossa).

⁴⁶⁵ *A Dialogue with Justice Kagan on the Reading of Statutes*. (Scalia’s Lecture). Harvard Law School. 17/11/2015.

⁴⁶⁶ RUNDLE, 2009, p. 67, tradução nossa.

⁴⁶⁷ FULLER, 1969, p. 132, tradução nossa.

⁴⁶⁸ COURTIS, Christian. *Observar la ley*. Madrid: Trota, 2006, p. 83 et seq.

⁴⁶⁹ FULLER, 1969, p. 63, tradução nossa.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 69 et seq.

⁴⁷¹ FULLER, 2001, p. 104 et seq.

O *overruling* seria considerado, em geral, extraordinário, pois dificulta a verificação de intenções⁴⁷². Talvez se aplicasse para curar irregularidades formais⁴⁷³, ou, no caso de *no law* ou *bad law*, que também pode servir de correção para o futuro. Mas há boa restrição nesse sentido.

Pelo que podemos perceber o modelo de *legal reasoning* proposto por Fuller não se limita somente ao raciocínio analítico⁴⁷⁴, mas une necessariamente teoria, prática e valor⁴⁷⁵ em um *approach* realmente racional e relacional, procurando que o Direito “respeite e promova o bem do próximo⁴⁷⁶”.

Podemos concluir que seu *legal reasoning* é uma chamada à responsabilidade de quem opera o Direito⁴⁷⁷. Nesse sentido se contrapõe totalmente a uma postura positivista, o que bem expressa, citando Tomás de Aquino: “Se o maior objetivo de um capitão fosse preservar seu navio, ele nunca sairia do porto⁴⁷⁸”:

Há incontáveis maneiras de realizar uma *determinatio* moral (...). Em muitos casos não haverá somente uma única resposta certa, mas um número delas (certas/ não erradas/razoáveis) (...) que dever ser escolhida através de um processo justo (...) minimizando o risco de que uma alternativa errada possa ser adotada⁴⁷⁹.

De qualquer forma, a embarcação que sai de seu ancoradouro possui a bússola firme da moralidade interna; os mapas da experiência anterior e a boa preparação recebida para dirigir o navio⁴⁸⁰, ainda que Fuller seja ciente de que o comandante possa falhar, abusando da confiança que lhe foi depositada. Por isso sublinha que para operar o Direito, “em primeiro lugar, é preciso um conjunto de pessoas íntegras para interpretar e decidir⁴⁸¹”. Seu *legal reasoning* confirma de forma jusnaturalista a conhecida afirmação de Holmes de que “o

⁴⁷² “Courts must reconstruct purposes which inspired it upon the concrete occasions which arise for their decision”. *Readings for the special course in Jurisprudence in the Program of Instruction for Lawyers – Harvard Law School, July 20-31, 1959*, p. 49. Harvard Law School Library,

⁴⁷³ FULLER, 1969, p.57.

⁴⁷⁴ GARDNER, A.V.D.L. *Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning*. Stanford: Stanford University Press, 1984.

⁴⁷⁵ SARTORI, Giovanni. *A model of Legal Reasoning with cases incorporating theories and values*. Philadelphia: Elsevier, 2003.

⁴⁷⁶ “(...) with responsibility to respect and promote the well being of our neighbours”. (FINNIS, 2002, p. 38, tradução nossa).

⁴⁷⁷ “Just what do we mean by judge’s ‘actions’ as distinguished from his meanings and intentions? Is it a movement of the arms or of the jaws? Is it a movement at all?” (FULLER, 1949, p. 57).

⁴⁷⁸ FULLER, 2001, p. 70, tradução nossa.

⁴⁷⁹ FINNIS, 2002, p. 38-39, tradução nossa.

⁴⁸⁰ FULLER, 1987, p. 11 et seq.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 14, tradução nossa.

Direito é a profecia do que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso⁴⁸²”. Como afirma: “Se essa ordem é respeitada, das cortes não deveríamos nos proteger⁴⁸³”.

As palavras de Finnis, comentando Fuller, completam a explicação, ou seja, paralelos interesses políticos ou pragmáticos não afetam seu *legal reasoning*:

A idéia do império do Direito que se baseia na opinião de que implique reciprocidade e justiça processual é muito por si mesma; não é simplesmente um meio para outros fins, e não pode ser sacrificada levemente por esses outros fins⁴⁸⁴.

Para ilustrar brevemente a raiz de seu *legal reasoning* oferecemos um exemplo simples, já que no final do trabalho apresentaremos uma aplicação mais extensa opondo as teorias através de um caso concreto.

No momento, citamos apenas o hipotético e básico exemplo da proibição de estacionar veículos no parque, destacado por Fuller para demonstrar a importância do *purpose* na orientação do raciocínio jurídico. Se um *jeep* da Segunda Guerra Mundial aí fosse colocado como memorial, não se enquadraria dentro do propósito da lei⁴⁸⁵. Se o fato fosse questionado juridicamente, o juiz levaria em conta o propósito da lei, a prática razoável bem como valores e costumes, visando, na situação concreta, a proteção das crianças e do entretenimento oferecido. A partir desses elementos, concluiria pela possibilidade de manter no parque o memorial. Dessa forma, seu raciocínio jurídico conjuga o diálogo proposto por Finnis nesse sentido:

A interpretação a partir da linguagem está a serviço da cooperação e da justiça entre as pessoas que são ou serão membros da comunidade a qual o Direito em questão se refere. Portanto, a intenção original dos fundadores do sistema é sempre relevante. Dessa forma, a linguagem conserva também certa independência - não absoluta nem incondicional- ou seja: linguagem e propósito permanecem dentro da moldura onde este deve sobrepor-se para prover o bem comum, respeitando direitos e interesses legítimos⁴⁸⁶.

A partir do exposto, podemos destacar esquematicamente os seguintes elementos em seu *legal reasoning*:

- a) o fato em questão deve ser relevante para o Direito;
- b) a moralidade interna do Direito deve triar a análise;

⁴⁸² Ibidem, p. 120, tradução nossa.

⁴⁸³ Ibidem, pág. 4-5, tradução nossa.

⁴⁸⁴ FINNIS, 2000, p. 302, tradução nossa.

⁴⁸⁵ SUMMERS, 1984, p. 21-23.

⁴⁸⁶ FINNIS, 2002, p. 38-39, tradução nossa.

- c) o propósito da lei e sua forma devem orientar a análise;
- d) os valores e costumes comunitários devem ser respeitados.

Nesse sentido, Robert Summers conclui que seu *legal reasoning* clama que os propósitos da lei devem prevalecer sobre os valores pessoais do juiz⁴⁸⁷, ensinando a pensar como um profissional de Direito e, conseqüentemente, gerar segurança pela fidelidade ao sistema jurídico em sua globalidade⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ “*Law’s purposes rather than a judges’s own values*”. (SUMMERS, 1984, p. 221).

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

4. RICHARD POSNER

Judge Richard Posner is the Wood Allen of legal writing (in terms of out put, not in sense of humor) and one of the judiciary's most provocative voices.

JACOB GERSHMAN

Richard Posner (1939-) graduou-se pela *Harvard Law School* em 1961, passando a atuar como funcionário da Suprema Corte de Justiça entre 1962 e 1963. Em seguida, militou na advocacia bem como em várias posições do governo⁴⁸⁹. Em 1981, foi nomeado juiz federal por Ronald Reagan. Exerceu a Presidência do Tribunal de 1993 a 2000⁴⁹⁰.

Começou a vida acadêmica em Stanford em 1968, mudando-se posteriormente para a Universidade de Chicago, onde continua a dar aulas como *Senior Lecturer*. Foi presidente da *Harvard Law School Review* e fundou o *Journal of Legal Studies* da Universidade de Chicago bem como a *American Law and Economics Review*⁴⁹¹. Sua carreira destacou-se principalmente pela aplicação de sua teoria sobre a análise econômica do Direito, abrangendo um amplo espectro desde a legislação antimonopolista; a regulação dos contratos mercantis; o processo judicial até o Direito de família⁴⁹². A aproximação do Direito através da Literatura é um método apreciado por Posner na academia. Por outro lado, apresenta preocupação no sentido de separar a vida acadêmica da prática profissional⁴⁹³.

Entre suas mais de 53 obras até o momento, encontram-se: *Economic Analysis of Law*; *The Economics of Justice*; *The Problems of Jurisprudence* (coincidentemente, com a obra homônima de Fuller); *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*; *Law, Pragmatism and Democracy*; *How Judges Think*; *Sex and Reason*; *The Problematics of Moral and Legal*; *Reflections on Judgement*; *Law and Literature*, *The Crisis of Capitalist Democracy*, etc.

Escreveu também mais de 168 artigos, além de freqüentes opiniões manifestadas nos jornais de maior circulação em seu país. É admirado pela variedade de assuntos sobre os quais

⁴⁸⁹ Posner/Biography. University of Chicago: uchicago.edu/rposner/biography.

⁴⁹⁰ Biography of Richard Allen Posner at the Federal Judicial Center.

⁴⁹¹ Oxford Journals, 5/11/15 e University of Chicago Law School.

⁴⁹² COLLINS, Ronald K.L. *The Maverick: A Biographical Sketch of Judge Richard Posner*. *Concurring Opinions Series. Part 1*. November 24, 2014, p. 1-2.

⁴⁹³ POSNER, Richard. *The Chronicle of Higher Education*. Washington Post, Sep 3, 2013. *Harvard Widener Library*.

tem escrito: “tudo, desde economia ao *impeachment* de Clinton ou 11/9; de sexo à literatura, da saúde pública ao envelhecimento, algumas vezes relacionados ao Direito, algumas vezes não⁴⁹⁴”. Manteve um *blog* – *The Becker-Posner Blog* - com o famoso economista Gary Becker até 2014, quando este faleceu, onde opinavam sobre questões atuais.

Em Filosofia, sua postura é pragmática. Interessa-se também por história do Direito, e, em especial, como já referido, pela Economia. É ativo na vida política, envolvendo-se frequentemente em alguns assuntos polêmicos, como os referentes ao governo Clinton. Suas posturas jurídicas relevantes são questionadas continuamente, como, por exemplo, a legalização do aborto, da maconha, do LSD, etc⁴⁹⁵. De qualquer forma, tem deixado uma forte impressão no Direito americano e foi considerado o acadêmico mais citado nos Estados Unidos no século XX⁴⁹⁶, ainda que sua proposta seja considerada controversa⁴⁹⁷.

Ronald Collins, Professor da *University of Washington School of Law* e membro do *First Amendment Center*, assim o define:

“Cool”, calmo e calculista (...). Sua conversa pública com os demais parece singular; têm sabor de um homem pensando alto (...) seu meio preferido é o impresso (...) não é filósofo de salão (...) é um homem que vive para transformar idéias em ação⁴⁹⁸.

Passamos a aprofundar em sua postura jurídica pragmática para poder extrair dela sua Antropologia.

4.1. Conceito de Direito

Law as the arithmetic of pleasure.

J. BUDZISZEWSKI

⁴⁹⁴ Richard A. Posner: *Publications*, <http://www.law.uchicago.edu/node/79/publications> (last visited Oct. 30, 2009); Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (7th ed. 2007); Richard A. Posner, *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton* (1999); Richard A. Posner, *Preventing Surprise Attacks: Intelligence Reform in the Wake of 9/11* (2005); Richard A. Posner, *Sex and Reason* (1992); Richard A. Posner & Katharine B. Silbaugh, *A Guide to America's Sex Laws* (1996); Richard A. Posner, *Law & Literature* (3d ed. 2009); Tomas J. Philipson & Richard A. Posner, *Private Choices and Public Health: The AIDS Epidemic in an Economic Perspective* (1993); Richard A. Posner, *Aging and Old Age* (1995), citados por Jeffrey Sutton como exemplos. (SUTTON, 2008, p. 859, tradução nossa).

⁴⁹⁵ COLLINS, 2014, p. 1 et seq.

⁴⁹⁶ *Journal of Legal Studies. The Most-Cited Legal Scholars (Volume 29/Issue 1/ 2000)*. Harvard Widener Library.

⁴⁹⁷ Citamos a título de exemplo, o ensaio de John Finnis denominado “*The Profound Injustice of Judge Posner on Marriage*”. Princeton: The Witherspoon Institute, 2014.

⁴⁹⁸ COLLINS, 2014, p. 1.

Em tese, conceituar o Direito envolveria razão e finalidade - atuar de acordo com a regra adequada, moldurada por uma operação intelectual⁴⁹⁹ -, porém, Posner identifica-o basicamente com sua prática: Direito é a atividade do juiz⁵⁰⁰. Este não encontra o Direito, faz o Direito através de sua independência. Logo, o produto de sua decisão é o que de fato entendemos como Direito⁵⁰¹.

Desejar definir o Direito é, para Posner, “uma tese fútil”, já que só pode ser entendido contextualmente. Como comenta, prefere substituir a pergunta “*What is Law?*” pela negativa “*On not asking what is Law*”⁵⁰²:

Quando estudava Direito na *Harvard Law School* (...) havia um curso de Filosofia do Direito onde a pergunta deve ter sido feita. Relativamente poucos alunos participaram do curso, mas eu não⁵⁰³.

Em Posner, questões sobre o Direito não deveriam ser feitas em termos especulativos, mas econômicos⁵⁰⁴. Já que o Direito é o resultado da atividade do juiz, como decide? É nesse sentido que, para oferecer o Direito o juiz conta com a Análise Econômica do Direito como critério pragmático, aplicando-a para avaliar as relações jurídicas e garantir a eficiência – maximização das preferências – a partir do conceito de utilidade:

A Economia do Direito é o conjunto de estudos econômicos que são construídos em cima do conhecimento detalhado de uma área do Direito. É irrelevante que tais estudos sejam realizados por um jurista, um economista, alguém com dois diplomas ou um time de juristas-economistas⁵⁰⁵.

Para tal, porém, como afirma Posner, é preciso “ultrapassar idéias rígidas e estereotipadas sobre os limites da Economia, devido a uma falta de conhecimento por parte dos juristas sobre a extensão da economia aos comportamentos não mercadológicos, cujas raízes encontramos em Jeremy Bentham⁵⁰⁶”. Os estudos que embasam o Direito deveriam ter como objetivo a eficiência econômica:

⁴⁹⁹ WINTGENS, Luc. *The Relations of Law and Economics: Perspectives from Legal Theory*. (STELMACH, Jerzy; BROZEC, Bartosz e ZALUSKI, Wojciech. *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007, p. 37 et seq.

⁵⁰⁰ POSNER, 1990, p. 459.

⁵⁰¹ POSNER, 2008, p. 370 e p. 9.

⁵⁰² POSNER, Richard. *Law and Legal Theory in England and America. Hart versus Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 1997, Capítulo II, p. 2.

⁵⁰³ Ibidem, tradução nossa.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 3.

⁵⁰⁵ POSNER, 2007, p. 7, tradução nossa.

⁵⁰⁶ Ibidem, p. 8-9.

O Direito é melhor explicado como um sistema destinado a maximizar a riqueza da sociedade. Um sistema de regras designado para produzir resultados economicamente satisfatórios⁵⁰⁷.

Em sua proposta supera o elemento moral e sua normatividade através da “ética de resultados”⁵⁰⁸. O Direito defende a “natureza humana” buscando garantir seus interesses econômicos. É, portanto, uma ciência despojada de valores (*value-free*) e não necessita justificar-se nesse sentido. Basta comprovar a eficiência⁵⁰⁹. Não cabem no Direito regras literais exatas, já que o cálculo estratégico não é universalizável⁵¹⁰, e, por outro lado, cada juiz implementa o Direito como pode e quer⁵¹¹. A fundamentação do Direito assenta-se, portanto, na articulação do arbítrio do juiz em função do interesse econômico.

Sua teoria ultrapassa também os padrões objetivos de justiça na correção material, como veremos adiante, já que substituídos pela análise econômica ainda que encontre dificuldades em tratar de preços não pecuniários (*shadow prices*) como os que se relacionam, por exemplo, com a liberdade⁵¹². De qualquer forma, a análise econômica serve de base para a previsibilidade do Direito, que por sua vez, tem um papel instrumental⁵¹³.

A legalidade em seu sistema depende, portanto, da discricionariedade: o Direito é funcional e a eficiência social identifica-se com a somatória da individual. A teoria dos jogos aplicada à análise econômica pode auxiliar a interação coletiva, porém, o critério estará sempre aberto a novas e distintas interações entre os indivíduos. Nesse sentido, o Direito é praticamente equiparado a negociações mercadológicas⁵¹⁴.

Em Posner, o Direito é mais explicativo que prescritivo. Distingue sua prática como *everyday pragmatism*, com base em uma concepção contextual da média populacional fundamentada em elementos empíricos⁵¹⁵. O critério é o da racionalidade no que se refere à maximização da utilidade, e de razoabilidade no que tange as decisões a partir dos efeitos econômicos⁵¹⁶, baseada, por sua vez, em uma concepção puramente instrumental da razão prática, incapaz de avaliar além da eficiência⁵¹⁷. Como explica Finnis:

⁵⁰⁷ POSNER, 1973, p. 23, tradução nossa. Essa explicação e também encontrada em POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983, Capítulo 4.

⁵⁰⁸ “Values? From which sources? Ideology? Politics? Loyalty to a party?” (POSNER, 2008, p. 2 et seq.)

⁵⁰⁹ WINTGENS, 2007, p. 39 et seq.

⁵¹⁰ POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 96 et seq.

⁵¹¹ POSNER, 2008, p. 369 et seq.

⁵¹² POSNER, Richard. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge: 111 Harvad Law Review, 1997, p. 638 et seq.

⁵¹³ POSNER, 2007, p. 7 et seq.

⁵¹⁴ POSNER, Richard. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵¹⁵ POSNER, 2003, p. 355 et seq.

⁵¹⁶ POSNER, 1983, p. 112 et seq.

⁵¹⁷ WINTGENS, 2007, p. 42.

(...) “racional” em um sentido especial, inventado por teóricos do “jogo” na metade do século passado, para explicar decisões ou ações que são tecnicamente ou tecnologicamente corretas, através dos padrões propostos para atingir o mais eficiente modo de obter um objetivo técnico relevante (...). A técnica “racionalmente” escolhida é a razão dominante a ser mensurada (...) ⁵¹⁸.

Nesse sentido, definidas as conseqüências econômicas a se levarem em conta em termos individuais e sociais, o juiz decidirá de forma pragmática ⁵¹⁹. A idéia de um Estado de Direito não pode ser facilmente concebida no sistema, já que, na prática, acaba unindo as funções de julgar e legislar, pois caberá ao juiz decidir utilitariamente com base nas conseqüências, que, por sua vez, são abarcadas nos dois níveis ⁵²⁰.

Por outro lado, Posner comenta que o cosmopolitarismo de decisões é de difícil aplicação no *Law and Economics*, pois cada local ou país apresenta circunstâncias peculiares que não podem ser generalizadas e devem ser decididas contextualmente ⁵²¹. Dessa forma, conclui que, em princípio, a análise econômica do Direito como critério decisivo para a discricionariedade do juiz é próprio do *common Law* e mais propriamente do *case Law* que promove ⁵²².

Sua proposta aproxima-se do positivismo pela separação entre Direito e Moral. Porém, Posner a delinea como pragmático-econômica, distinguindo-a tanto do realismo jurídico ⁵²³ quanto da filosofia pragmática em si ⁵²⁴. De qualquer forma, sendo avesso às definições conceituais, explica o exposto da seguinte forma:

A legitimidade judicial depende não de fundamentos teóricos, mas do fato bruto de que os americanos aceitam a validade da norma legal promulgada pelo governo (...) e políticos e juizes – há pouca diferença entre ambos – baseiam suas ações nos fatos e conseqüências, mas do que em conceitualismos, generalidades, devoções e *slogans* ⁵²⁵.

A autonomia do juiz leva, porém, a ter em muita conta a argumentação jurídica para fundamentar as decisões judiciais a partir da análise econômica, já que a legitimidade tem raiz política ⁵²⁶. Logo, em Posner, uma possível ferramenta orientativa para auxiliar eficazmente o

⁵¹⁸ FINNIS, 2002, p. 40, tradução nossa.

⁵¹⁹ POSNER, 2008, p. 230 et seq.

⁵²⁰ Ibidem, p. 78 et seq.

⁵²¹ Nos países onde o Direito é codificado o *Law and Economics* oferece, na prática, base para o neo-constitucionalismo.

⁵²² POSNER, 2008, p. 48 et seq e p. 83 et seq.

⁵²³ Alguns autores quiseram aproximá-lo ao *Critical Legal Studies* do Professor Unger. (UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1996).

⁵²⁴ POSNER, 1983, p. 55 et seq.

⁵²⁵ Ibidem, p. 262, tradução nossa.

⁵²⁶ Ibidem, p. 269 et seq.

juiz em determinados pleitos, como poderia acontecer na área trabalhista, contratual, tributária⁵²⁷, etc., é transformada em critério jurídico fundamental a serviço de valores políticos⁵²⁸. Dessa forma, a lei é ajustada pragmaticamente, considerados os interesses em jogo⁵²⁹.

Para ilustrar juridicamente a aplicação do conceito, evocamos os comentários do autor sobre o Tribunal de Nuremberg, já que entende que se fosse constituído moralmente não faria sentido. “Por essa razão os britânicos desejavam eliminar os generais alemães sem julgamento⁵³⁰”. Porém, levando em consideração que os alemães obedeceram a seu próprio Direito contextual, estes não poderiam ser julgados “legalmente”. Dessa forma, a retórica apelou para os argumentos humanitários, na tentativa de evitar novos brotos nazistas, através da instauração de um tribunal internacional e da divulgação de dados através dele. Como afirmou: “Não acredito que haja mais do que retórica em questão⁵³¹”.

Esquemáticamente, poderíamos esboçar o conceito de Direito de Richard Posner nos seguintes termos:

- a) o Direito, em seu caráter instrumental, identifica-se praticamente com a atividade do juiz em decidir, maximizando as preferências a partir das condutas factuais;
- b) o critério da utilidade é aplicado pela Análise Econômica do Direito para evidenciar a eficiência da decisão;
- c) o Direito pode ser identificado *strictu sensu* com o resultado da atividade judicial, conservado o caráter contextual e a possibilidade de ser alterado;
- d) sua natureza pragmático-econômica tem fundamentos políticos, possibilitando ao juiz atuar como legislador (*Law maker* ou *Law giver*).

Vejamos como é possível conceber a justiça em seu sistema a partir da transformação da moralidade do Direito em eficiência econômica⁵³².

4.2. A concepção de Justiça

⁵²⁷ PINHEIRO, Armando Castellar e SADDI, Jairo. *Curso de Law and Economics*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1991, p. 225 et seq.

⁵²⁸ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 369.

⁵²⁹ HARDY, Russel. *The Morality of Law and Economics*. New York: New York University Press, 1992, p. 332 et seq.

⁵³⁰ POSNER, 1997, p. 4, tradução nossa.

⁵³¹ Ibidem, tradução nossa.

⁵³² HARDY, 1992, p. 334.

Judging is 'political'.

RICHARD POSNER

Em sua obra intitulada “Problemas de Filosofia do Direito”, Richard Posner dedica um capítulo especial à justiça corretiva, retributiva, procedimental e distributiva, com a preocupação de demonstrar a necessidade de um critério neutro com relação a valores e preferências, aberto a um padrão ético-político mais abrangente⁵³³.

Os critérios de justiça no economicismo serão, portanto, relativos e ajustáveis em termos de maximização de interesses. Por isso, também não podem depender da forma ou do procedimento além do imprescindível, pois estes poderiam impor limitações consideráveis à discricionariedade jurídica⁵³⁴.

Posner faz uma análise da proposta aristotélica sob seu peculiar enfoque, onde caberia a justiça corretiva para evitar danos objetivos, dependente, porém, de um estudo cauteloso em termos de gastos públicos para não afetar a justiça distributiva no que se refere à maximização de riquezas. Apresenta a conveniência da justiça retributiva no sentido de dar vazão “à indignação e a exigência de reparação pessoal que são as reações naturais diante da invasão de direitos (...) através de um substituto civilizado da vingança⁵³⁵”.

No que se refere à justiça distributiva, comenta que se a justiça corretiva de Aristóteles é insuficiente, sua teoria da justiça distributiva deixa ainda mais a desejar, tanto por depender de méritos e valores, quanto por suscitar uma concepção e imposição de bem por parte do Estado, que dificulta a neutralidade ou o discurso e leva, de certa forma, ao moderno Estado do Bem-Estar Social, pelo qual tem repugnância⁵³⁶.

Nesse sentido, Posner critica, por exemplo, os esforços dispendidos nos Estados Unidos hoje, para oferecer justiça gratuita ou facilitar ações judiciais coletivas: “Esse aumento de expectativas e demandas por justiça torna o sistema caro, invasivo e politicamente controverso⁵³⁷”.

Em seu economicismo, o “justo político” se identifica com um ajuste econômico-pragmático: facilitar trocas; proteger direitos de propriedade; contratos – bem distintos de

⁵³³ POSNER, 2007, p. 419 et seq.

⁵³⁴ Ibidem, p. 447.

⁵³⁵ Ibidem, p. 442, tradução nossa.

⁵³⁶ Ibidem, p. 448 et seq.

⁵³⁷ Ibidem, p. 13, tradução nossa.

uma visão platônica e de uma idéia de boa fé⁵³⁸ -; também lesões corporais; estupros, etc., todos mensuráveis através da análise econômica do Direito⁵³⁹.

A seu ver, o poder legislativo deve concentrar-se no atendimento às exigências de distribuição de riqueza por parte dos grupos de interesses enquanto o Judiciário atende à grande demanda social por regras eficientes que cuidem da segurança das transações e da propriedade. Nesse sentido, equidade e justiça⁵⁴⁰ são também diferentes rótulos para a maximização da riqueza – *fairness is the desired policy in favor of economics*⁵⁴¹ - e a igualdade, “uma ilusão”⁵⁴².

Ressalta ainda que os juízes devem estar muito atentos com relação ao seu compromisso com a eficiência, pois “decisões ineficientes irão, por definição, impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por suas decisões eficientes⁵⁴³”. O teste fundamental de uma regra derivada da teoria econômica do Direito não é a elegância ou a logicidade, mas o efeito da regra sobre a riqueza social, empiricamente constatável⁵⁴⁴, porém, desvinculada de uma concepção de bem comum ou de interesses compartilhados⁵⁴⁵.

Em Posner, portanto, a justiça tem um caráter acentuadamente político: “nos Estados Unidos temos uma maneira política de julgar⁵⁴⁶”. Como expõe:

As razões para o caráter legislativo de grande parte da atividade judicial americana descansam profundamente em nosso sistema político e jurídico. Filosofias jurídicas têm pouca eficácia causal. Elas não enfraquecem a força das preferências políticas⁵⁴⁷.

No fundo, ainda que tradicionalmente se possam resolver muitos casos sem recorrer à política, esta é orientativa ou definitiva para as decisões. Explica que política é um termo equívoco que também encobre partidarismo, ideologia, estratégias ou políticas públicas, dependendo do contexto. O julgamento político chega perigosamente perto do pragmático, ou, mesmo se identifica com ele⁵⁴⁸, e sofre, de fato, as influências exteriores sem um artificial isolamento.

⁵³⁸ POSNER, 1990, p. 250-51.

⁵³⁹ POSNER, 2012, p. 479 et seq.

⁵⁴⁰ DANA, David. *Horizontal Equity and Making Just Compensation more Just*. Faculty Workshop.18/06/15. Boston University School of Law.

⁵⁴¹ SUTTON, 2010, p. 864.

⁵⁴² POSNER, 2012, p. 483.

⁵⁴³ Ibidem. tradução nossa.

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 486.

⁵⁴⁵ Opõe-se radicalmente a essa idéia, criticando Alasdair MacIntyre, Michael Walzer e Michael Sandel.

⁵⁴⁶ POSNER, 2012, p. 277-278.

⁵⁴⁷ “The reasons for the legislative character of much American judging lie so deep in our political and legal systems. Judicial Philosophies have little causal efficacy. They do not weaken the force of political preferences”. (Ibidem, p. 346, tradução nossa).

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 311-323.

O juiz deve processar a informação racionalmente⁵⁴⁹, ainda que a racionalidade em Posner se reduza a análise econômica, como já exposto, onde também a política em termos de interesse está presente⁵⁵⁰ e se manifesta na razoabilidade eficiente:

O mais desenvergonhado pragmático de todos é o juiz Richard Posner. Para ele abordagens convencionais positivistas na interpretação legal colocam “muita ênfase na autoridade, na certeza, na retórica e na tradição”, e “muito pouco nas consequências e técnicas científico-sociais para medir as consequências. Dessa forma, é em sua visão que talvez “a melhor coisa a fazer quando uma lei é invocada é examinar as consequências de dar ao que pleiteia o que deseja e depois estimar se as consequências são boas globalmente”. Todavia, ele confina os juizes a seus limites, ou seja, os da razoabilidade⁵⁵¹.

Dessa forma, Posner procura compagnar a construção legislativa e jurisprudencial com as teorias políticas e democráticas dentro dos padrões de razoabilidade. Em sua obra *How judges think* traça um claro itinerário da capacidade judicial como legisladora a partir de preferências; de seu papel político e de um cosmopolitismo em termos de valores⁵⁵².

A idéia de “justiça”, portanto, é movida pelo interesse e não por um critério objetivo a ser utilizado para a resolução de conflitos, tornando-se possível:

Somente se estivermos de acordo em definir um terceiro sentido de objetivo (que às vezes chamarei de “conversacional” ou de meramente razoável), isto é, não premeditado, não pessoal, não estreitamente político, não ostensivamente definido, ainda que não definido no sentido ontológico ou científico, mas receptivo e acompanhado de uma explicação persuasiva, ainda que não necessariamente convincente (...) ⁵⁵³.

A seu ver, a coordenação dos múltiplos interesses pode ser efetuada pelo Judiciário, advogando por sua independência e por uma liberdade em termos de normas éticas e princípios, onde se contrapõe a Dworkin ao rejeitar o papel da moralidade na decisão jurídica por falta de relevância⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ POSNER, 2002, p. 3 et seq.

⁵⁵⁰ “(...) *evidence of the powerful influence of politics (...) lies everywhere at hand*”. (POSNER, 2008, p. 277-278).

⁵⁵¹ “*The most unashamedly pragmatist of all is Judge Richard Posner. For him conventional, positivist approaches to statutory interpretation place “too much emphasis on authority, certitude, rethoric and tradition, and ‘too little on consequences and on social-scientific techniques for measuring consequences’”. Accordingly, it is his view that perhaps “the best thing to do when a statute is invoked is to examine the consequences of giving the invoker what he wants and then estimate whether those consequences will on the whole be good ones”. He confines judges, however, within the limits, such as they are, of reasonableness*”. (GUEST, 1984, p.659-660, tradução nossa).

⁵⁵² POSNER, 2008, p. 78, p. 89, p. 104, p. 269, p. 347, etc.

⁵⁵³ Ibidem, p. 12, tradução nossa.

⁵⁵⁴ De fato, Dworkin questionou Posner em seu trabalho “*Is Wealth a Value?*” (DWORKIN, Ronald in *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 2, *Change in Common Law: Legal and Economic Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 1980, p. 191-226) no qual defende o argumento de que a riqueza não pode orientar a justiça, pois esta se baseia em valores e a eficiência não é um valor. A resposta de Posner se encontra

Em sua concepção, o Estado de Direito poderia ser invocado, porém, em algum ponto da argumentação de um *hard-case* o advogado tem o direito de dizer: “Senhor juiz, já esgotamos nossos argumentos jurídicos; falemos agora sobre as considerações não jurídicas que devem influenciar sua decisão⁵⁵⁵”. Posner compara a tarefa jurídica à arte – não no sentido do Direito como a arte do bom e do justo⁵⁵⁶ -, afirmando que não há um padrão objetivo para os artistas nem para os juizes⁵⁵⁷. A razoabilidade para a decisão depende da discricionariedade, e não da oportuna interpretação e aplicação de regras.

Para Posner, a incerteza produz a objetividade no legalismo. O desejo de segurança, porém, sufocaria a abertura pragmática. Nesse sentido, comenta que a liberdade do juiz é involuntária (*involuntary freedom*), pois procede da impossibilidade legalista de abranger cada caso e suas conseqüências⁵⁵⁸. Contrapõe-se também a Dworkin ao afirmar que não há respostas certas no Direito⁵⁵⁹: “A preocupação é a resposta conveniente, confortavelmente matemática e não a que se esgota de um raciocínio objetivo provável⁵⁶⁰”.

Como a justiça depende do juiz, Posner apresenta especial preocupação com o comportamento deste, delineando seus tipos para apresentar os perigos que envolvem os distintos padrões de atuação: sociológico, psicológico, econômico, organizacional, pragmático, fenomenológico, legalista, etc. Em sua teoria, o juiz é considerado “um maximizador auto-interessado da utilidade racional”. Seu fim é funcional. Seus meios, a argumentação utilitária que inclui dinheiro, prazer, poder, prestígio, reputação, auto-respeito e outras satisfações, procuradas também pelo juiz. Esses elementos compõem a justiça que se deve aos indivíduos que integram a sociedade⁵⁶¹.

Posner pensa também na “justiça” com relação ao juiz: seu temor à opinião pública; ser afetado pela ideologia do Presidente que o nomeou; eleitores⁵⁶²; medo de dissentir⁵⁶³, etc. Compreende ainda, que em algumas situações não consiga prescindir de idéias partidárias, “o que era mais fácil para Holmes do que em nossa época super politizada⁵⁶⁴”.

em POSNER, Richard. *Conceptions of Legal “Theory”: A Response to Ronald Dworkin*, 29 Ariz. St. L. J. 377 (1997).

⁵⁵⁵ POSNER, 2008, p. 310.

⁵⁵⁶ HERVADA, 2006, p. 16 et seq.

⁵⁵⁷ POSNER, 2008, p. 14.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 15 e p. 9.

⁵⁵⁹ POSNER, 2007, p. 273 et seq.

⁵⁶⁰ SUTTON, 2010, p.648, tradução nossa.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 19 et seq. e 36.

⁵⁶² POSNER, 2008, p. 14 et seq.

⁵⁶³ “Judges don’t like to be criticized or bother having to revise a draft opinion”. (Ibidem, p.32).

⁵⁶⁴ Ibidem, p. 25 et seq., tradução nossa.

Entende que os juízes dirigem de fato quando se trata de Direito Constitucional, onde sua atividade é mais restrita⁵⁶⁵, porém com a possibilidade de “*overrule*” sempre que necessário, legislando e não somente aplicando o Direito⁵⁶⁶. De qualquer maneira, não é o papel do juiz criar políticas públicas diretamente, mas secundá-las de forma pluralista a partir da análise econômica do Direito, ponderando possíveis “*trade-offs*” para maximizar os interesses⁵⁶⁷. Logo, em Posner, a justiça não será encontrada nas regras, mas na discricionariedade:

Se o legalismo não existe tudo está permitido. Sim, existe, mas seu reino encolheu e se obscureceu a tal ponto que hoje é limitado a casos rotineiros. Dessa forma, muito é permitido aos juízes⁵⁶⁸.

Porém, não se trata de uma “*lawless discretion*”⁵⁶⁹, pois deve basear-se no critério da eficiência econômica que guia o sistema:

Para o movimento *Law and Economics* a base para a decisão de um juiz deve ser a relação custo-benefício. A maximização da riqueza (“*wealth maximization*”) deve orientar a atuação do magistrado⁵⁷⁰.

Para ilustrar juridicamente a aplicação do conceito, evocamos a denominada “*economics of slaving wages*” através de políticas de emprego de mão de obra barata em locais menos desenvolvidos, oferecendo trabalho e “maximização econômica”, em troca de salários muito inferiores ao mínimo⁵⁷¹.

Esquemáticamente podemos esboçar sua concepção de justiça da seguinte forma:

- a) a justiça é substituída pela eficiência consequencialista, ou, seja a maximização de preferências do indivíduo sem perdas globais em termos sociais;
- b) o critério é oferecido pela análise econômica do Direito, desvinculada de valores éticos;

⁵⁶⁵ SUTTON, 2010, p. 862.

⁵⁶⁶ “*Prospective Overruling*”. (POSNER, 1997, p. 4 et seq.).

⁵⁶⁷ O conceito de justiça é baseado na eficiência paretiana e de Kaldor-Hicks (POSNER, 2008, p. 28 et seq.), ainda que estes critérios sejam questionados em termos de real eficiência e completude na obra de Posner. (SALAMA, Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19 et seq.)

⁵⁶⁸ “*If legalism does not exist everything is permitted. It does exist but its kingdom has shrunk and grayed to the point where today it is largely limited to routine cases, and so a great deal is permitted to judges*”. (POSNER, 2008, p. 38, tradução nossa).

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

⁵⁷⁰ GODOY, Arnaldo. **Direito e Economia: Introdução ao Movimento *Law and Economics***. Revista Jurídica. Brasília, v. 7, n. 73, jun/jul, 2005, p. 4.

⁵⁷¹ ZIMMERMAN, Malia. *Slave Wages (Cross Country)*. *The Wall Street Journal Eastern Edition*, Jan. 27, 2007, p. A8 (1). Harvard Widener Library.

- c) a decisão depende em grande parte da discricionariedade do juiz;
- d) políticas e interesses embasam a razoabilidade das decisões.

Dessa forma, uma aproximação econômica do Direito não busca a alteridade própria da justiça, transformando-se em um jogo onde “é impossível que alguém tenha vantagem sem que o outro perca⁵⁷²”. Porém, como Holmes, seu juiz favorito, Posner afirma que não tem medo de “decisões custo-benefício”⁵⁷³, muito distintas das que procedem de uma justiça personalista onde as questões levantadas partem de princípios mais profundos, como expõe John Finnis:

O que devemos fazer, decidir, declarar, requerer, promover? Essas questões normativas não podem ser respondidas sem uma visão clara e certa sobre fatos relacionados à maneira como o mundo efetivamente deveria funcionar⁵⁷⁴.

Vejamos a fundamentação econômica de sua concepção antropológica.

4.3. Antropologia Subjacente

*Men have come into the world for the sake of one another. Either instruct them then or bear with them*⁵⁷⁵.

MARCUS AURELIUS

Em seu breve ensaio denominado “*Anthropology and Economics*”, Posner delinea sua concepção a partir da descrição de sociedades primitivas em redor da alocação de recursos e luta pelo bem econômico, que evidenciam mais puramente o que o ser humano persegue. Nesse sentido também comenta que uma aproximação antropológico-econômica, diferente de um enfoque substancial, favorece a compreensão das relações humanas em termos de mercado, negociações, etc., demonstrando também o quanto essa ciência deve ser projetada sob o aspecto econômico, tal como o Direito⁵⁷⁶.

Nesse ensaio, traz como exemplo a poligamia que pode justificar o desejo de poder e riqueza nessas sociedades e sua rejeição posterior por problemas econômicos relativos à

⁵⁷² WINTGENS, 2007, p. 42, tradução nossa.

⁵⁷³ SUTTON, 2010, p. 864.

⁵⁷⁴ FINNIS, 2002, p. 4.

⁵⁷⁵ MARCUS AURELIUS (180-161 a.C.) *Meditations*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 79.

⁵⁷⁶ POSNER, Richard. *Anthropology and Economics*. 88 Journal of Political Economy (p. 608-616). Chicago: University of Chicago Press, 1980.

herança⁵⁷⁷. Suas afirmações radicam em sua concepção do ser humano a partir do reducionismo econômico utilitarista, definindo-o como um maximizador racional de preferências. O indivíduo em Posner não é um feixe de impressões como em Hume⁵⁷⁸, mas de satisfações. Sua natureza se reduz à busca do bem econômico. Sua moralidade, a eficiência. Sua racionalidade, a maximização das próprias preferências. Sua tendência pode ser de certa forma previsível⁵⁷⁹, já que, para o autor, o motor necessário das ações humanas é o autointeresse e a utilidade⁵⁸⁰.

A Antropologia de Posner é basicamente comportamental, ainda que lhe acrescente o termo racional, na medida em que as escolhas devem ser feitas através de um cálculo e não somente a partir de um “behaviorismo” determinista. O único que genericamente se pode constatar é a busca do prazer como critério de conduta⁵⁸¹.

Por rejeitar qualquer concepção ontológica através de um acentuado ceticismo, não admite profundidade no conhecimento da natureza humana além de suas necessidades quantificáveis, às quais o indivíduo acode de forma determinante⁵⁸². Comenta sobre a pena de ver “os filósofos se debatendo com coisas imateriais”:

Temos uma parte imaterial? E que dizer das “entidades morais”? A bondade é real? E a justiça? (...). Nosso uso de idéias parece conduzido pela conveniência, e não por um esforço de correspondência com as coisas como elas são⁵⁸³.

Daí a necessidade de acudir à análise econômica do Direito como o instrumento apto para garantir as variadas preferências que movem os seres humanos. Nesse sentido, explica o desejo “humano” de justiça através da sociobiologia darwiniana:

A sobrevivência num meio ambiente competitivo exige um senso mínimo das coisas essenciais que compete a cada um manter ou dispor como melhor lhe parecer, e uma prontidão a lutar por esse controle – tal prontidão é o senso da posse de um direito adquirido. A criatura que não se sente moralmente indignada quando uma outra procura tirar dela coisas que lhe são essenciais à sobrevivência talvez não venha a sobreviver ou a reproduzir-se, e desse modo haverá uma seleção a favor das criaturas geneticamente dotadas de tal percepção⁵⁸⁴.

⁵⁷⁷ POSNER, 1980, p. 615-616.

⁵⁷⁸ HUME, 2000, p. 309.

⁵⁷⁹ POSNER, 2008, p. 250 et seq.

⁵⁸⁰ POSNER, 1983, p. 88 et seq.

⁵⁸¹ POSNER, 2002, p. 5 et seq.

⁵⁸² POSNER, 2008, p. 250 et seq.

⁵⁸³ POSNER, 2007, p. 217, tradução nossa.

⁵⁸⁴ DARWIN, Charles. “*The Evolution of Reciprocal Altruism*” apud POSNER, 1983, p. 211-2, tradução nossa.

Portanto, Posner concebe a justiça em termos negativos: um dever material incluível, e, em geral, coercitivo. A liberdade individual absoluta, no sentido de não ser limitada por uma ordem moral⁵⁸⁵, é também negativa⁵⁸⁶ com relação ao outro, que se apresenta como limite do próprio direito: “A única liberdade que merece o homem é perseguir seu próprio bem à sua maneira, enquanto não menoscabe a liberdade dos demais⁵⁸⁷”.

Embora não abrace completamente o libertarismo de Richard Epstein, não nega que a natureza humana é fortemente egoísta, e, muito pouco altruísta:

Muitas de nossas idéias morais parecem generalizações ou racionalizações das emoções instintivas que permitiram que nossos mais primitivos ancestrais sobrevivessem como seres sociais⁵⁸⁸.

Ainda que em trabalhos mais recentes tenha tentado compor uma teoria ética contratualista justificativa, entre Hobbes e Nozick, aproximando-se da proposta de James Buchanan⁵⁸⁹, seu pensamento original pouco se modifica, mantendo sua razoabilidade pragmática individualista em termos de liberdade e interdependência social, considerada esta, como limite e não como interação⁵⁹⁰.

Posner buscou ainda encontrar raízes de sua teoria em Kant⁵⁹¹, a partir de uma “moralidade racional” e da subordinação do “*social welfare*” à noção de autonomia do ser humano como critério de conduta ética⁵⁹². Porém, ao mesmo tempo, repele “o fanatismo kantiano” entendido como o raciocínio consequencialista levado ao extremo lógico, enquanto este é empírico, pragmático e econômico.

Como resumo da ponderação, Posner acaba por afirmar que nas relações humanas, quando muito poderíamos falar – de forma inofensiva, como afirma -, em uma “moralidade política básica⁵⁹³” para o discurso racional entre os indivíduos maximizadores de preferências, que se dá no plano das negociações entre grupos de pressão, interesses pessoais, conveniências, etc., movida pelo “objetivo das pessoas e da sociedade de maximizar a soma

⁵⁸⁵ FULLER, 2001, p. 327.

⁵⁸⁶ FULLER, 1949, p. 695.

⁵⁸⁷ John Stuart Mill apud POSNER, 2009, p. 25, tradução nossa.

⁵⁸⁸ POSNER, 2007, p. 464, tradução nossa.

⁵⁸⁹ BUCHANAN, James. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Chicago: Chicago University Press, 1975.

⁵⁹⁰ POSNER, 2009, p. 25 et seq.

⁵⁹¹ Ainda que estudiosos encontrem inconsistências em sua explicação filosófica, como, por exemplo, FORTSON, Ryan. *Problems with Richard Posner. The Problematics of Moral and Legal Theory*. William Mitchell Law Review, Vol. 27:4, 2001, p. 2345 et seq.

⁵⁹² POSNER, 1983, p. 55 et seq.

⁵⁹³ POSNER, 2007, p. 309.

da felicidade humana”, onde, “em algumas versões, elimina-se o humano⁵⁹⁴”. Um exemplo pode ser encontrado em seu ensaio *Aging and old age*, denominado “*unsentimental*” onde enfoca o envelhecimento economicamente, apresentando a possibilidade da eutanásia sob o prisma custo-benefício⁵⁹⁵.

Em sua visão, portanto, as instituições políticas, bem como as regras jurídicas individualmente consideradas, devem ser sempre avaliadas em função do paradigma da maximização da riqueza:

Entende-se, como é óbvio, que o indivíduo possa buscar sua felicidade pessoal só ou com a ajuda da relação com outras pessoas como fruto de suas escolhas, porém, o fim de sua ação é sua felicidade, entendida de um modo privativo⁵⁹⁶.

Por fim, sua visão antropológica é incompatível com um conceito de bem comum⁵⁹⁷, pois o bem se relaciona às escolhas humanas individuais que não podem ser avaliadas socialmente a não ser que tenham uma repercussão econômica como, por exemplo, às questões relacionadas à segurança social (*social security*)⁵⁹⁸. A qualificação para discernir o bem advém da imparcialidade da *expertise* econômica⁵⁹⁹.

Para ilustrar juridicamente a transcendência de sua concepção antropológica, vejamos o que expõe sobre o valor vida – primordial na escala personalista, sem o qual os demais direitos não poderiam ser pleiteados - e a falta de consistência da proposição, ou seja, vidas potenciais defendidas pragmaticamente, contra uma vida real a ser extinta:

Um juiz “*pro-life*” para o qual tentássemos apresentar os benefícios do direito ao aborto demonstrando que poderia reduzir futuros índices de criminalidade, já que crianças não desejadas apresentam maior tendência a se tornarem criminosos do que as que são desejadas, iria nos olhar com horror em vez de nos cumprimentar por oferecer um interessante ponto de vista pragmático que favorece o equilíbrio entre boas e más conseqüências com relação aos direitos abortistas no sentido de ajudar a orientar sua decisão⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 254 et seq. e p. 464, tradução nossa.

⁵⁹⁵ POSNER, Richard. *Aging and old Age*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

⁵⁹⁶ HERRERO, Montserrat. *La ley natural y la ciudad*. (TRIGO, Tomás. *En busca de una ética universal; un nuevo modo de ver la ley natural*. Pamplona: Eunsa, 2010, p. 173, tradução nossa).

⁵⁹⁷ “A cidade é por natureza anterior ao indivíduo, porque se o indivíduo separado não se basta a si mesmo será semelhante às demais partes da relação com o todo, e o que não puder viver em sociedade, ou não necessita nada para sua própria suficiência, não é um membro da sociedade, mas um animal ou um deus”. (ARISTOTLE, *Politics*, 1253. *Greek and Roman Materials*. Cambridge: Harvard University, 1957, tradução nossa).

⁵⁹⁸ POSNER, Richard. *Euthanasia and Health Care*. New Haven: Yale University Press, 1994, p. 20-38.

⁵⁹⁹ POSNER, Richard. *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*. Journal of Economic Perspectives: Vol. 13, n. 2, 1999.

⁶⁰⁰ POSNER, 2008, p. 13-14, tradução nossa.

Esquemáticamente podemos resumir sua Antropologia da seguinte forma:

- a) concebe o indivíduo como um maximizador racional de preferências individuais;
- b) seu comportamento é previsível em termos de utilidade (prazer, riqueza, etc.);
- c) sua conduta não pressupõe uma moralidade objetiva subjacente;
- d) sua felicidade “econômica” é privativa e independente do bem comum, e o Direito, o instrumento capaz de garanti-la eficientemente, se ameaçada.

A principal questão antropológica em Posner é a falta de “*sound reasons to act*”⁶⁰¹ em termos de Direito, já que entende que os indivíduos só correspondem às regras jurídicas economicamente – quando, como afirma Finnis, “uma terceira ordem de conhecimento se faz absolutamente necessária, ou seja, a ética e a ciência política⁶⁰²” - sendo suas premissas comportamentais como maximizador a base do Direito⁶⁰³, que, por sua vez, tem a função de promovê-las.

Vejamos a racionalidade jurídica de Posner a partir de seus conceitos jurídico-antropológicos.

4.4. *Legal Reasoning*

*Processing facts more than
processing laws*⁶⁰⁴.

JEFFREY SUTTON

A escola de Posner é especialmente destacada como pragmática (*pragmatist judicial thinking school*) e estrategicamente posicionada contra seu principal rival, o legalismo e suas variações como o originalismo, o textualismo, etc. Combate os métodos que este utiliza, por não abrangerem a realidade, impedindo que os casos fluam e cheguem também às cortes de apelação, que permitem o desenvolvimento do Direito⁶⁰⁵. Seu *legal reasoning* trata principalmente de processar os fatos de forma eficiente.

⁶⁰¹ FINNIS, 2002, p. 16.

⁶⁰² Ibidem, p. 37-38, tradução nossa.

⁶⁰³ BECKER, Gary. *The Economic Approach of Human Behavior. Foundations of the Economic Approach to Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

⁶⁰⁴ SUTTON, 2010, p. 870.

⁶⁰⁵ Ibidem, p. 861 e 865.

Como já exposto em sua concepção de justiça, a teoria de Posner oferece uma ampla discricionariedade ao juiz. Dessa forma, distintos elementos estarão presentes para compor o raciocínio, tais como a intuição: “uma forma telescópica de raciocinar que pode ser mais eficaz do que um raciocínio lógico “*step by step*”⁶⁰⁶”.

Posner entende também que a emoção tenha seu papel no Direito, mas não pode ser transformada em emocionalismo, incapaz de levar em conta outros elementos⁶⁰⁷. A objetividade da análise econômica, bem como a pragmática em sua apreciação, deve garantir certa neutralidade: é um pragmatismo limitado que requer certa imparcialidade, já que o Direito pode guiar outras condutas, incluindo a dos juízes.

Nesse sentido, deve também afastar-se de ideologias e crenças – quase que sinônimos em Posner –, que podem predispor a um determinado autoritarismo pessoal originado por uma deformação psicológica cultivada através do “conservadorismo” ou de seu extremo oposto como o ecoterrorismo; partidos verdes; defensores de animais, etc. Essa idealização pode referir-se a normas sociais pré-existentes; mistificação de autoridades; desejo de punição daqueles que não se comportam segundo os padrões pré-estabelecidos; intolerância à ambigüidade; falta de abertura à experiência; apego ao controle e à ordem, etc. Ideologia não é pragmática. Cita novamente como exemplo o aborto: se julgamos contra ou favor deste teríamos que decidir pragmaticamente e não através da própria concepção⁶⁰⁸.

Por outro lado, mais do que conhecimento e experiência jurídica, o juiz deve apresentar eficiência na decisão e esta é o termômetro da justiça, embora “alguns ainda advoguem pela maldade e bondade das conseqüências, contaminados por uma visão equivocada⁶⁰⁹”. Por isso, para a formação do juiz, sugere a leitura de artigos publicados em revistas jurídicas, mais flexíveis que a doutrina e a própria jurisprudência, e, principalmente, a habilidade específica em áreas vinculadas à economia. Comenta também que sua teoria ultrapassa até mesmo uma visão organizacional. O agente é independente do superior, podendo paradoxalmente desrespeitar o precedente⁶¹⁰.

Em seu ensaio denominado “*Legal Reasoning From the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*” ele apresenta “*top down theories*”, como por exemplo, as que buscam “*plain meaning*” para leis ou raciocinam por

⁶⁰⁶ POSNER, 2008, p. 37, tradução nossa.

⁶⁰⁷ FEIGENSON, Neal. *Another Thing Needful: Exploring Emotions in Law (Emotion x Emotionalism). The Passions of Law*. Edited by Susan A. Bandes. New York: New York University Press, 1999, p. 445 et seq.

⁶⁰⁸ POSNER, 2008, p. 13, p.94 e p.100-102.

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 38, tradução nossa.

⁶¹⁰ SUTTON, 2010, p. 39 et seq. e p. 872.

analogia, condenando-as. Pelo contrário, sua teoria “*top down*” é baseada na suposição (*as if*) de que o juiz é um maximizador de riqueza da sociedade⁶¹¹.

Seguindo os mesmos passos formais que caracterizam o *legal reasoning* americano - ainda que os seus elementos possam ser ampliados ou diminuídos conforme a teoria -, passamos a expor como supera cada etapa do raciocínio.

1. QUESTÃO:

A questão será avaliada através da preferência apresentada e de sua consistência econômica⁶¹², independente de uma regulação anterior ou precedente que a sustente. Por outro lado, o requisito da possibilidade que encontramos em Fuller é substituído pela plausibilidade econômica⁶¹³.

2. FATOS:

Estes são decisivos para a ponderação; devem ser observados com independência e avaliados através do critério da utilidade. O problema, em Posner, não se relaciona às dificuldades na interpretação do texto legal ou às questões constitucionais, mas aos fatos e às conseqüências econômicas que geram, tanto para as partes como para o sistema jurídico⁶¹⁴.

Esta é a razão pela qual condena *top down theories* que exortam os juízes a submeterem-se a uma teoria e ajustar os fatos de forma consistente e canônica, de acordo com os moldes que apresenta. Conclui que para um juiz “é mais fácil administrar fatos do que teorias”⁶¹⁵.

3. REGRAS DO DIREITO EM QUESTÃO:

A regra pré-existente, a linguagem da lei ou a aplicação desta através de um raciocínio lógico ou da possível subsunção não é o que orienta o juiz, mas principalmente as

⁶¹¹ POSNER, Richard. “*Legal Reasoning From the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*”. Chicago: Chicago University School of Law Journal, 1992, p. 433 et seq.

⁶¹² POSNER, 2008, p. 35 et seq.

⁶¹³ SUTTON, 2010, p. 873.

⁶¹⁴ Ibidem, p. 34 e 865.

⁶¹⁵ POSNER, 1992, p. 433 e p. 449, tradução nossa.

consequências posteriores. Nesse sentido, o juiz é uma ponte entre o passado (fatos) e o futuro (decisão consequencialista)⁶¹⁶.

Os precedentes são avaliados em termos econômicos e não como guia ou fundamento da segurança jurídica: não seguí-los poderia gerar custos em termos de apelação. Porém, Posner entende que este tipo de atuação também acarreta uma “fidelidade” jurídica pouco razoável, levando os juízes que a internalizam, aderindo a “*official line*”, a acomodarem-se até mesmo para explicar suas razões e defendê-las⁶¹⁷.

O legalismo para Posner é uma hipnose efetuada pela concepção de *Rule of Law* que suplanta uma decisão real, por conduzir à interpretação legal vinculante em detrimento da discricionariedade⁶¹⁸. Nesse sentido, o autor combate também o uso de analogias no raciocínio⁶¹⁹. A lei deve entrar como fator de negociação: não há outro modo eficaz de interpretá-la⁶²⁰.

De qualquer forma, tentar racionar “*bottom up*” a partir de casos também poderia dificultar a tarefa, pois seria difícil interpretar palavras ditas em circunstâncias distintas e aplicá-las convenientemente. Quando muito poderíamos criar ao interpretar⁶²¹, como afirma Posner.

Com relação ao processo, o autor conserva um respeito minimalista⁶²², como limite metódico para o juiz.

4. COSTUMES:

Mais do que em costumes, a decisão economicista baseia-se em padrões comportamentais com relação à utilidade e suas repercussões políticas. O raciocínio jurídico será prático, a partir de uma observação econômico-behaviorista⁶²³. De qualquer forma, a constatação é relativa, já que as preferências são individualizadas, e, somente em uma segunda etapa, socializadas.

⁶¹⁶ POSNER, 2008, p. 40 et seq.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 39-40.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 41 e p. 34.

⁶¹⁹ WEINRIB, Lloyd L. *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 19 et seq, p. 65 et seq., etc.

⁶²⁰ POSNER, 2007, p. 475 e 476.

⁶²¹ POSNER, 1992, p. 435.

⁶²² SUTTON, 2010, p. 865.

⁶²³ Ibidem.

Nesse sentido, Posner também se opõe à capacidade de “*nudging*” através da racionalidade jurídica que orientará novos padrões behavioristas⁶²⁴, pela liberdade que embasa a busca de preferências.

5. VALORES:

Para Posner, direitos, história, moral, valores institucionais e “*insights*” constitucionais podem ofuscar o que o caso realmente aponta. De fato, a Constituição diz pouco sobre problemas concretos, como afirma. O “*egalitarianism*” como valor também pode ser perigoso, bem como um liberalismo social inspirado em John Rawls⁶²⁵.

Por outro lado, o juiz não deve apelar para valores pessoais, atendo-se ao fenômeno que analisa. A consciência deve basear-se em fatos⁶²⁶. O valor é econômico e será oferecido através do cálculo efetuado pela análise econômica do Direito a partir de uma racionalidade instrumental baseada na utilidade.

Em seu raciocínio, portanto, há uma rejeição da compreensão do fato em termos de valores morais ou bens humanos “*self-evident*”, como expõe Finnis, tornando a decisão arbitrária nesse sentido⁶²⁷.

6. ANÁLISE:

De fato, a análise é a mais importante atividade do juiz que avaliará os fatos a partir da racionalidade econômica e da razoabilidade com relação ao “*political background*”⁶²⁸. Nesse sentido, deve avaliar o fenômeno social⁶²⁹. Posner teme, porém, tanto a análise holística quanto a que atua “cláusula por cláusula” desejando consistência⁶³⁰. Também não é partidário do originalismo americano na interpretação de fatos, regras e costumes⁶³¹, que obstaculizam a discricionariedade.

⁶²⁴ POSNER, 2002, p. 8 et seq., opondo-se à teoria de Cass Sunstein (*Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008).

⁶²⁵ POSNER, 1992, p. 434-440.

⁶²⁶ Ibidem, p. 445 e 450.

⁶²⁷ FINNIS, 2002, p. 38.

⁶²⁸ POSNER, 2008, p. 35 et seq.

⁶²⁹ POSNER, 1992, p. 450.

⁶³⁰ Ibidem, p. 440

⁶³¹ Nesse sentido, posicionou-se também diante da morte do *Justice Antonin Scalia*, famoso pela interpretação e aplicação da Constituição na análise das questões, ainda que elogiasse sua firmeza e influência. (*Wall Street Journal; Boston Globe*, etc., 14/02/2015).

7. CONCLUSÃO:

A conclusão não será articulada de forma filosófico-jurídica, mas econômico-pragmática, para oferecer uma decisão razoável e eficiente⁶³². De qualquer forma, Posner sustenta que o elemento político também está presente, cabendo ainda outro tipo de justificação⁶³³.

Porém a retórica deve ser evitada pelos problemas que poderia trazer em termos de apelação. Esta se faz mais necessária quando valores “irracionais” embasam a decisão⁶³⁴. Como comenta Posner: “Há algo de errado com os princípios convencionais de *legal reasoning*. Perderam o sentido vital de crescimento e *insight*⁶³⁵”.

Para ilustrar juridicamente o exposto trazemos a explicação que oferece em seu artigo sobre *legal reasoning* com relação ao caso *Roe v Wade*, em que afirma que evocar a igualdade entre homens e mulheres não faz sentido, já que são diferentes. O que importa ter em conta é se o feto será economicamente beneficiado, bem como os custos que suporá para os demais⁶³⁶.

Esquemáticamente poderíamos esboçar o *legal reasoning* de Posner da seguinte forma:

- a) as preferências em questão, mais do que o Direito, oferecem a “base de cálculo”;
- b) a racionalidade é econômica;
- c) a razoabilidade que sustenta a discricionariedade, político-pragmática;
- d) o fim, a maximização da riqueza.

A principal questão antropológico-jurídica em sua racionalidade é limitar a razão pela eficiência, reduzindo a decisão a uma comprovação econômica⁶³⁷ aliada à pragmática que orienta o juiz, o que justifica o destaque dos estudos econômicos e do comportamento dos juízes em sua teoria⁶³⁸.

A partir do exposto, passamos a avaliar as teorias em termos de efeitos sociais.

⁶³² MESTMACKER, Ernest Joachin. *A Legal Theory without Law. (On the Frontiers of Posner's Legal Theory)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 50 et seq.

⁶³³ DRIESEN, David M. *The Economic Dynamics of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 24 et seq.

⁶³⁴ POSNER, 1992, p. 442-443.

⁶³⁵ Ibidem.

⁶³⁶ Ibidem.

⁶³⁷ WINTGENS, 2007, p. 46.

⁶³⁸ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. (Obra já citada)

5. ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA, DIREITO, ECONOMIA E ORDEM SOCIAL

*Nossas crenças sobre o homem e o
Direito afetam o Direito.*

LUIS FERNANDO BARZOTTO

Cada era apresenta suas especiais tendências, ainda que a natureza humana permaneça como tal. A pós-modernidade caracteriza-se por um empático relativismo em todas as esferas de conhecimento e valor. De qualquer forma, não há análise científica que possa penetrar com perspectiva em uma esfera humana, livre de uma avaliação axiológica. Nesse sentido, ainda que o individualismo imanentista contemporâneo seja evidente, não deixa de suscitar contínuas questões filosóficas relevantes com relação aos valores que veicula e suas consequências em termos de ordem social, já que possibilitam detectar, antecipar ou reconhecer possíveis danos, sejam estes culturais, de sobrevivência, e, principalmente de realização individual e social⁶³⁹.

Como afirma Finnis em seus comentários sobre o pensamento de Bentham exposto em “Uma Introdução aos Princípios Morais e da Legislação”: “há um momento em que enxerga parcialmente a conexão intrínseca entre entender o Direito e avaliá-lo”. Porém, não o faz de maneira adequada, já que analisa realidades e propósitos humanos fora de sua completude e significado pleno. Dessa forma, considera Direito, casos análogos que seriam somente “*not fully Law or not fully constitutions*”, por não oferecerem, de fato, uma reta razão para agir⁶⁴⁰, capaz de suscitar uma adesão interna deontica à normatividade proposta⁶⁴¹. Por outro lado, comentando a teoria de Hart e as boas razões para aderir ao Direito, este autor critica aqueles que as abandonam aceitando motivos “sub-rationais” ou somente razões (*only reasons, not good reasons*), impossibilitando ao Direito falar com verdadeira autoridade no momento da escolha⁶⁴².

É nesse sentido que procuraremos demonstrar, através das teorias em questão, em que medida a base jurídico-antropológica pode gerar sociedades radicalmente distintas, especialmente no que se refere à confiança no Direito e ao tipo de relações que suscita., já que nossas crenças sobre o homem e o Direito afetam o Direito.

⁶³⁹ CROWTHER, Paul. *Philosophy after Postmodernism. Civilized values and the scope of knowledge*. New York: Routledge and Taylor, 2003, p. 5 et seq.

⁶⁴⁰ FINNIS, 2002, p. 17-18.

⁶⁴¹ WINTGENS, 2007, p. 40.

⁶⁴² FINNIS, 2002, p. 33-34.

5.1. Personalismo, alteridade e responsabilidade

The simple liberation from the inclination of nature would turn the actions irrational in a pejorative sense of the world, being governed by chance, capriche, etc.

DUNS SCOTUS

Como já expusemos anteriormente, Fuller entende que o Direito tem como função submeter a conduta humana ao governo de regras⁶⁴³, com o fim de promover e prestar segurança às relações humanas, para que transcorram com ordem, liberdade, paz e harmonia.

O autor entende que quando os princípios e ações não se coordenam nessa aparente desordem própria da riqueza da vida moral relacional em diálogo com o Direito, surge o que se pode denominar de esquizofrenia ou autismo social⁶⁴⁴. Há uma continuidade entre a vida privada e a pública e cabe ao Direito promover a colaboração entre os cidadãos na construção da ordem social, o que se dá não especificamente por um consenso numérico, mas por essa racionalidade prática que compartilha algo ainda mais intrínseco que os une: sua humanidade e as relações que lhe são próprias⁶⁴⁵.

A base personalista que embasa sua teoria permite em primeiro lugar que o ser humano seja tratado como tal:

(...) a pessoa capaz de uma ação intencional em posse de suas capacidades, e que deve ser considerada como um fim em si mesma. Portadora de dignidade com uma vida a ser vivida de acordo com sua própria condição. As leis não se referem somente a seu *status* como tal, mas o pressupõem⁶⁴⁶.

Em seu esforço intencional, Fuller respeitará uma ordem racional naturalmente sustentável, visando à promoção da alteridade através da liberdade, e, conseqüentemente, o bem comum. Nesse sentido, a definição de autoridade no Direito se refere a auxiliar efetivamente a fazer a coisa certa e assumir a responsabilidade de não corresponder a tal⁶⁴⁷. Parece aplicar ao indivíduo o conceito de *self determination*, que une dois componentes:

⁶⁴³ FULLER, 1969, p. 106, tradução nossa.

⁶⁴⁴ WINSTON, Kenneth. *What makes ethical practical*. Harvard Kennedy School Faculty Research Working Paper. Series RWPO8-013. March, 2008, p. 5.

⁶⁴⁵ FULLER, Lon. *Human Purpose and Natural Law. (On the fusion of fact and value)*. Notre Dame Law School. 53 *Journal of Philosophy* 697 (1956). Reprinted from *Natural Law Forum*, volume 3, n. 1. Harvard Widener Library.

⁶⁴⁶ RUNDLE, 2012, p. 10, tradução nossa.

⁶⁴⁷ “Answerable for defaults”. (Ibidem).

identidade e participação⁶⁴⁸. Dessa forma, o Direito cumpre também seu papel de “*co-ordination*”⁶⁴⁹. Estimula, portanto, a adesão mais do que a obediência distante, própria de uma racionalidade formalista e cumpridora⁶⁵⁰, ao sustentar o que está atrás do ato de obediência:

A realidade mais duradoura em todo o complexo de fatores que podem criar o Direito descansa na razão humana, já que a possível aceitação geral – se irá gerar o requisitado hábito de obediência – depende em última análise da chamada que faz à racionalidade humana⁶⁵¹.

Portanto, a verdadeira eficácia do Direito residirá em atuar e tratar agentes e sujeitos como tais:

Um agente jurídico não é um membro de uma população submissa, pronta para fazer o que lhe indicam (...). Respeitar cada homem como agente. Aqui se encontra especialmente a conexão entre Direito e moral e a intersecção onde o respeito pelas formas e fidelidade a elas deveriam estar. O legislador deve tratar o sujeito como livre e responsável⁶⁵².

Dessa forma, seus padrões de conhecimento podem efetivamente orientar o consentimento⁶⁵³ a “assumir livremente como ponto de referência veritativo a opinião mais comum entre os cidadãos sobre a justiça política, em termos de bem comum⁶⁵⁴”.

Por outro lado, seus fins são assegurados através de procedimentos corretos - em consonância com sua natureza racional -, fomentando a alteridade e a responsabilidade: a própria moralidade interna é entendida como “*a set of responsibilities*”⁶⁵⁵, com vistas à segurança jurídica e a boa ordem que o Direito pode veicular quando corretamente aplicado⁶⁵⁶.

⁶⁴⁸ VRDOLJAK, Ana Filipa. *Cultural Human Rights*. Edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin. Leiden. Boston: Martinus Publishers, 2008, p. 41 et seq.

⁶⁴⁹ FINNIS, 2002, p. 18.

⁶⁵⁰ Por essa razão, Fuller critica Austin quando afirma que o soberano é aquela pessoa ou grupo de pessoas às quais a sociedade tem o hábito de obedecer. (AUSTIN’s *Lectures on Jurisprudence* apud FULLER, 1940, p. 31).

⁶⁵¹ “*the most enduring reality in the whole complex of factors which create “the Law” lies in human reason, since whether a given system of Law will receive general acceptance – whether it will engender the requisite habit of obedience – depends ultimately on the appeal it makes to human reason.* (Ibidem, tradução nossa).

⁶⁵² “*A legal subject is not a member of a subservient populace ready to do what they are told to do. (...) Respect each man as an agent. Here is especially the connection between law and morals and the intersection where the respect of the forms and fidelity to them should be. The lawgiver should treat the legal subject as a free and responsible subject*”. (RUNDLE, 2012, p. 8, tradução nossa).

⁶⁵³ CHARLESWORTH, Hilary. *Human Rights and the Rule of Law after Conflict in The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 49.

⁶⁵⁴ Aristóteles apud OLASO, 1996, p. 171.

⁶⁵⁵ WINSTON in FULLER, 2001, p. 10.

⁶⁵⁶ FULLER, 1964, p. 110.

Por sua concepção personalista, além de fomentar o sentido comum próprio do *reasonable man*⁶⁵⁷ em ambos os pólos da relação⁶⁵⁸, é capaz de enfrentar as questões mais profundas, criticando, por exemplo, o positivismo, que pretende pisar em “*solid ground*”, ignorando as perguntas que evocaria “*an order founded on reason*”:

Ele apela aos filósofos do Direito que desistam de seus intermináveis debates (...) visando uma análise dos processos sociais que constituem a realidade do Direito⁶⁵⁹.

Entre estas questões está a capacidade de alteridade, procurando relacionar justiça e amizade⁶⁶⁰. Nesse sentido, mais do que buscar a hierarquia entre ambas, em uma relação de causa e efeito, o personalismo acentua o binômio sem solução de continuidade. O Direito pode ter como efeito a amizade⁶⁶¹ e, por outro lado, a amizade pode gerar a *affectio justitiae*⁶⁶². Nesse sentido, Fuller promove o diálogo entre meios e fins no Direito: a alteridade presente na moralidade interna e a amizade, na comunicação.

Em resumo, o Direito concebido de uma forma positiva, no sentido de promover a liberdade humana como elo entre os membros da sociedade⁶⁶³, e, não como oposição – desde a liberdade hobbesiana entendida como ausência de impedimento, ao libertarianismo⁶⁶⁴, que se autodefine como contrário a qualquer constrangimento legal ou individual - pode ser uma plataforma para ver o outro apenas como outro, e, não, a partir de um interesse pessoal, como afirma Locke⁶⁶⁵, permitindo ir além, através da alteridade⁶⁶⁶, como tarefa de ordenação

⁶⁵⁷ Em sua obra “*Law in Quest of Yourself*”, por exemplo, destaca “*the behavior of laymen*” em combate ao behaviorismo sustentado pelo realismo Americano. (FULLER, 1940, p. 55).

⁶⁵⁸ “(...) aquele indivíduo, de qualquer classe e condição, raça ou religião, em cuja vida e ações se refletem as experiências humanas universais e não as ideologias de um grupo. Assim como o responsável por um trabalho técnico deve ser ele mesmo um técnico, o responsável pela garantia da sociedade deve ser um homem vivido e entendido a respeito da mais autêntica vida social; alguém que, pela sua experiência e sabedoria, possui os valores precisos para fomentar o bem comum (...). É aquele que com inteligência e consciência, compreende a essência do ser humano e a respeita mais que tudo(...). Os sistemas modernos, quando radicalizados, pecam todos por este mesmo defeito: a descrença no bom senso, a descrença na capacidade da liberdade, da racionalidade e da criatividade humana. Tornam-se tecnicistas e buscam soluções fora do homem”. Citação de Gustavo Corção apud BRAGA, Marta. **Lições de Gustavo Corção**. São Paulo. Quadrante, 2010, p. 81-82.

⁶⁵⁹ RUNDLE, 2012, p. 8.

⁶⁶⁰ “*Aristotle would say that if all men were friends, justice would not be necessary*”. He also said that justice is the bond of men in states”. (ADLER, 1997, p. 109).

⁶⁶¹ BARZOTTO, 2010, p. 156 et seq.

⁶⁶² WOLTER, Allan. *Native Freedom of the Will as a Key to the Ethics of Scotus* (London: Cornell University Press, Ithaca, New York, 1990, p. 148 et seq.)

⁶⁶³ “*It's no longer true that advocates of negative freedom are 'true' liberals; they are simply myopic.*” (FULLER apud WINSTON, 1996, p. 396).

⁶⁶⁴ “*Doctrine opposed to any social and legal constrain on individual freedom (...) where the emphasis is always in constrains (...)*”. (FLEW, Anthony. **Dictionary of Philosophy**. London: Pan Books, 1979 apud WINSTON, 1996, p. 399).

⁶⁶⁵ LOCKE, John. *Essays on the Law of Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1954, p. 99.

pessoal⁶⁶⁷, fortalecida pelas instituições⁶⁶⁸. À concepção fulleriana do homem e do Direito se podem aplicar as palavras de Andrés Ollero sobre o jusnaturalismo: “é desfrutar da possibilidade de conhecer com maior facilidade as coisas como são e sentir-se responsável por elas com relação aos demais⁶⁶⁹”.

Como fruto social dessa visão antropológico-jurídica encontra-se a responsabilidade em promover individual e coletivamente, a liberdade, a comunicação e a boa ordem, oferecendo as bases da vida boa. A justiça é uma conseqüência implícita dessa interdependência⁶⁷⁰.

Para ilustrar a afirmação evocamos a palestra da Professora Clugh da *New York University*, durante um evento promovido pela *Harvard Law School* denominado *Ending Institutional Corruption*, com a presença de Francis Fukuyama, que tratou o tema a partir do enfoque: “*ending corruption begins with understanding the human mind*”. Entre outras questões Clugh levantou perguntas pessoais tais como: *How do we believe ourselves as ethical?*⁶⁷¹, desafiando cada assistente a conectar intenção, percepção e realidade para encontrar os *gaps* que as separam, sendo que a pergunta crucial seria a que se refere a um radical autointeresse: reconhecer onde este poderia residir em nossa ação seria o primeiro passo para acabar com a corrupção institucional⁶⁷².

Para concluir este tópico trazemos palavras de Lon Fuller proferidas e recolhidas em seu programa de instrução para advogados, ministrado na *Harvard Law School* em 1959:

O que seria o espírito de moderação? É a tempera, que não impõe uma vantagem partidária até seu amargo fim; que pode entender e irá respeitar o outro lado; que percebe uma unidade entre todos os cidadãos, - real e não como um resultado artificial de propaganda -, que reconhece seu destino e aspirações comuns – em uma palavra, que tem fé na sacralidade do indivíduo. Os homens precisam levar essa tempera e essa fé para o campo, para o mercado, para as fábricas, para o conselho, para a casa; não podem ser impostos: têm que ser vivenciados⁶⁷³.

⁶⁶⁶ “(...) *native liberty was given to man for a purpose, namely, that it might serve the interests of justice*”. (WOLTER, 1990, p. 152).

⁶⁶⁷ FAGOTHEY, Austin. *Right and Reason. Ethics in Theory and Practice*. Rockford: Tan Books and Publishers, 2000, p. 86 et seq. e 98 et seq.

⁶⁶⁸ Produzindo: *Trustworthiness. Credibility. Sense of fairness. Behave in a good way as citizen and as workers. Good voter. Good worker. Responsibility*. (WINSTON, 1996, p. 341-345).

⁶⁶⁹ “(...) *es más bien disfrutar de la posibilidad de conocer con mayor facilidad las cosas como son y sentirse responsable de ello respecto a los demás*”. (OLLERO, 2015, p. 26, tradução nossa).

⁶⁷⁰ FULLER, 1964, p. 17 e p. 168.

⁶⁷¹ A origem da ética personalista é o comportamento livre e sua respectiva responsabilidade.

⁶⁷² CLUGH, Dolly. *Ending Institutional Corruption. Conference. Wasserstein Hall. Harvard Law School. 1/2/2015*.

⁶⁷³ “*What is the spirit of moderation? It is the temper which does not press a partisan advantage to its bitter end, which can understand and will respect the other side, which feels a unity between all citizens – real and not the factitious product of propaganda – which recognizes their common fate and aspirations – in a word which*

Este é o caminho da Antropologia personalista: o antropólogo – ou *legal anthropologist* - é ao mesmo tempo participante e observador, e ao observar a realidade, reflete sobre si mesmo, de forma empírica, comprovando o que é no que vê ou espera ver, com abertura⁶⁷⁴. Como afirma Fuller, não é só questão de formular uma teoria e “*fit in*”, mas de questionar-se a partir da simples realidade e encontrar as devidas respostas que a respeitam como tal⁶⁷⁵.

Para ilustrar juridicamente o exposto evocamos a responsabilidade com relação à liberdade de expressão:

A idéia de autodeterminação intelectual abriga duas dimensões em uma teoria jurídico-filosófica referente à liberdade de expressão. A primeira se refere à justificação do direito a ela. A segunda, aos princípios que devem emoldurar o direito e a responsabilidade com relação aos danos que possa ocasionar⁶⁷⁶.

Em uma visão personalista o respeito é parte integrante do direito ao *free speech*, já que este é também sustentado pelo desejo de comunicação fundamentado na alteridade.

Esquemáticamente poderíamos expressar a base antropológico-jurídica personalista com relação à ordem social na teoria do Direito fulleriana da seguinte forma:

- a) o agente humano é respeitado em ambos os pólos da ação;
- b) a racionalidade jurídica orienta o consentimento dentro de seus limites, de forma moral, natural e sensata, facilitando a adesão livre;
- c) a alteridade é fomentada através dos meios (respeito à forma) e dos fins (comunicação);
- d) liberdade e alteridade serão a base da responsabilidade.

Portanto, ainda que em geral, autores concebam a liberdade como a habilidade de escolher e dessa forma vinculem a idéia de maior liberdade à falta de limites ou a um maior

has faith in the sacredness of the individual. Man must take that temper and that faith with them into the field, into the market-place, into the factory, into the council room, into their homes; they can not be imposed; they must be lived”. (FULLER, Lon. **Reading for Special Course in Jurisprudence in The program of Instruction for Lawyers**. Harvard Law School, July 20-31, 1959. Harvard School Library, p. 53-54, tradução nossa.

⁶⁷⁴ URY, William. **Getting to yes: negotiating your way from confrontation to cooperation**. New York: Bantam Books, 1993 e *Lecture. Harvard Law School*, Austin Hall, 22/01/2015.

⁶⁷⁵ RUNDLE, 2012, p. 27.

⁶⁷⁶ SIMPSON, Robert Mark. **Intellectual Agency and Responsibility for Belief in Free-Speech Theory**. *Legal Theory*, 2013. Vol. 19 (3), pp. 307-330. *Peer Reviewed Journal*. Harvard Widener Library.

número de opções disponíveis, Fuller propõe, opostamente, uma “*meaningful freedom*” onde o outro se encontra necessariamente presente:

Fuller considera a concepção individualista de liberdade estranhamente cega (...) ao fato de que as escolhas que uma pessoa pode fazer sem esforços colaborativos para sua realização são mínimas (...). Um dos principais traços de sua concepção é que a liberdade se abre ao social (...) e este é um papel central das instituições: criar o ambiente propício para que o ser humano possa florescer através dela⁶⁷⁷.

Vejamos como essa liberdade compõe sua teoria sobre a boa ordem, para avaliar suas conseqüências sociais.

5.2. *Economics* e o bem comum da liberdade

*Variations make freedom necessary; a basic structure makes it possible as a matter of social practice*⁶⁷⁸.

KENNETH WINSTON

O personalismo como princípio de justiça política concebe o Estado justo como realização do bem comum da liberdade⁶⁷⁹. Ainda que a justiça seja o fim inerente do Direito⁶⁸⁰, a liberdade é seu veículo e seu próprio florescimento⁶⁸¹.

Dentro desse espectro, a teoria de Fuller sustenta, por um lado, que há um fim comum, e, por outro, a liberdade na maneira de gerí-lo, permitindo efetivamente a contextualização dessa liberdade⁶⁸², experimentada tanto na esfera particular quanto nas distintas esferas de interação, sem interferências não desejadas⁶⁸³; pressão social, cultural ou coação, etc. Essa

⁶⁷⁷ PRIEL, Dan. *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol. 10, n. 1 (2014), p. 18-45, p. 23. Harvard Widener Library, tradução nossa.

⁶⁷⁸ Apud FULLER, 2001, p. 327.

⁶⁷⁹ “*Law and freedom are deeply connected*”. (WINSTON, 1996, p. 400).

⁶⁸⁰ “*Justice is the inherent general aim of legal institution*”. (Ibidem, p. 391).

⁶⁸¹ FULLER. Lon. *Human Interaction and the Law*. Heionline, 14. J. Juris. Cambridge: Harvard Law School, 1969, p. 154.

⁶⁸² *Both legal and political philosophy are parts of aspects of a wider enterprise, no part of which can safely be pursued without some attention to the others and to the character of the whole. That wider enterprise could be characterized as Aristotle does: “philosophy of human affairs” or more pointedly, as Aquinas does: the study of human action as self-determined and self-determining (...). That is precisely as action is understood by the acting person who deliberates, identifies intelligent options, chooses and successfully or unsuccessfully carries out the intention(s) so adopted (...). Those who deliberates with the intelligence, honesty and care about what to do find good reasons to respect and promote the well-being not only of themselves but of the members of their families or their neighborhood and their economic associates and associations.* (FINNIS, 2002, p. 19).

⁶⁸³ “(…) a governmental interference in the natural order of human relationship”. (WINSTON, 1996, p. 400).

concatenação - “*not a constraint on freedom but a distribution of freedom*”⁶⁸⁴ - é o que se denomina de bem comum da liberdade⁶⁸⁵-, concebido por Fuller como base e fim do *Rule of Law*⁶⁸⁶. Dessa forma, sua proposta fortalece a segurança jurídica, fomentando ao mesmo tempo uma correta hierarquização de bens e superando a falácia sociologista da opinião pública manipulada, através de “*una concepción no débil de bien*”⁶⁸⁷.

Partindo de pressupostos ético-políticos, sua proposta abrange o humanismo e o comunitarismo, porém, com uma visão distinta do Estado Social de Direito. Nesse sentido é que Lon Fuller apresenta sua teoria jurídico-social denominada “Teoria da boa ordem”⁶⁸⁸. Como o autor expõe na introdução ao ensaio denominado *Economics: The Theory of Good Order and Workable Social Arrangements*:

Ambicioso como o título deste livro, será ainda mais ambicioso conseguir representar plenamente o que visamos, já que não estamos somente interessados na ordem, como mera ordenação, mas em uma ordem justa, possível, efetiva e respeitosa da dignidade humana⁶⁸⁹.

Para penetrar a teoria deve-se estar disposto ao equilíbrio humano: não absolutizar o que é relativo e não relativizar o que é absoluto. Ao mesmo tempo, para entendê-la é preciso apontar a perfeição. Em primeiro lugar, essa boa ordem exige um compromisso moral, ainda que analiticamente alguns possam entender os meios dispostos para a consecução de fins como eticamente neutros. Porém, os meios dispostos para a consecução da boa ordem são tão racionais e relacionais quanto os fins que persegue⁶⁹⁰, como expõe Fuller através da seguinte comparação:

O que é politicamente moral? É imoral fazer promessas e rompê-las sem a suficiente justificação. Isto, igualmente, tanto nos negócios, nas questões do coração, nas relações entre contribuintes e procuradores, quanto - não mais nem menos - no campo político⁶⁹¹.

Essa aliança, por sua vez, fundamenta-se em um conceito de liberdade positiva e ao mesmo tempo a sustenta, já que é concebida por Fuller como a realização efetiva de nossa

⁶⁸⁴ Ibidem.

⁶⁸⁵ “(...) *promueve la libertad de los demás para los demás*”. (OLASO, 1996, p. 198).

⁶⁸⁶ FULLER, 1964, p. 192-193.

⁶⁸⁷ RAWLS e “sus conclusiones inconciliables con sus premisas” em *Una teoria della giustizia* apud OLASO, 1996, p. 205.

⁶⁸⁸ “*Economics*”. (FULLER, 2001, p. 59-78).

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 61, tradução nossa.

⁶⁹⁰ Ibidem, p. 62-65.

⁶⁹¹ “*What is political morality? It is immoral to make promises and then to break them without sufficient justification. This is so in business, in affairs of the heart, in relations between contributors and Law reviews, and it is equally so - not more or less - in the area of politics*”. (FULLER, Lon. *A Reply to Professor Cohen and Dworkin*. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 1965, p. 659, tradução nossa).

natureza e nosso mais destacado desejo humano. Sua visão assemelha-se também à de Aristóteles no que se refere ao compromisso com a própria excelência como um elemento central da vida boa. Porém, acentua mais a capacidade da ação (*effective exercise of basic human capacities*); sua intencionalidade (*purposive actions*) e o respeito à pluralidade de escolhas (*pluralism*) dentro do espectro humano de colaboração, do que o conteúdo dessa liberdade⁶⁹².

Essa ordem que podemos denominar até mesmo de prazer da razão favorece a intersubjetividade saudável e a convivência harmoniosa. É nesse sentido que Fuller constrói a ordem social: o diálogo entre meios e fins – racionalidade e relacionalidade – dá-se de forma progressiva – *in circles of interaction* –, ocasionando o desenvolvimento livre, responsável e criativo⁶⁹³.

O autor também exorta de forma aristotélica, a participação na vida pública para a consecução da boa ordem social:

A legislação provê as linhas básicas que servem para estabelecer limites que os homens devem observar em suas interações uns com os outros de tal forma que possam se sentir livres dentro desses limites para perseguir seus próprios objetivos. A legislação não diz a uma pessoa como deveria obter os fins estabelecidos por quem traçou a lei, mas a mune de linhas mestras para organizar sua vida livremente com seus companheiros. É uma concepção qualitativamente distinta do que é a legislação e o Direito, já que não são instrumentos de controle social, mas de expectativas interativas estáveis – *playing the law fairly* – através da fé gerada pela interação entre legislador e sujeito, que constitui os fundamentos morais pelos quais ambos – sujeito e administradores do Direito – são responsáveis⁶⁹⁴.

Dessa forma, Fuller acentua também o papel da liberdade na organização de mecanismos variados e independentes sem deixar de sublinhar a importância da participação no debate público deliberativo. Nesse sentido, destaca especialmente as formas não governamentais (*non governmental forms of governance*) bem como a capacidade de

⁶⁹² WINSTON, 1996, p. 399.

⁶⁹³ FULLER, 2001, p. 68.

⁶⁹⁴ “*Legislation provides baselines which serve to set limits men must observe in their interactions with one another so that they might be free within those limits to pursue their own goals. Legislation does not tell a man what he should do to accomplish specific ends set by the lawgiver but rather furnishes him with baselines against which to organize life with his fellows. This is a qualitatively different conception of enacted law. Legislation is not an instrument of social control: stable interactional expectancies - playing the law fairly -; faith generated by the back and forth between legislator and subject, that constitutes the moral foundations to which both those who are subject and those who enact and administer it are answerable*”. (WINSTON, 1996, p. 410 et seq., tradução nossa).

autogoverno em ambas as esferas⁶⁹⁵. Comenta ainda que se o sistema não consegue promover uma autêntica *agency* termina por gerar parasitas⁶⁹⁶.

No mesmo sentido refere-se também ao que denomina liberdade afirmativa: uma forma social que respeita a esfera pessoal de organização e suas escolhas não como algo incidental, mas como um resultado intencional proveniente do significado de liberdade⁶⁹⁷. Daí a importância do papel do legislador e do operador do Direito em secundar a iniciativa pessoal dos cidadãos, sem impedimentos legais⁶⁹⁸.

Dessa forma, não somente o “soberano governa” nem mesmo os juízes determinam o Direito com exclusividade. Outras fontes de Direito como os costumes, acordos privados, mediação, etc., são prestigiadas e respeitadas, destacando os “*different kinds of agency*” na construção do sistema. O bem comum – *common good* -, portanto, não se identifica com o “*public good*”, mas com a efetiva oportunidade de participação livre, oferecida pela legislação apoiada no Direito, para que os cidadãos colaborem entre si na consecução deste⁶⁹⁹.

O liberalismo democrático pode adequar-se à visão fulleriana, sem absolutizar o opinável nem banalizar o essencial, pois respeita os limites do debate⁷⁰⁰. Portanto, é alheio a imposições e tiranias, concebendo a divergência como algo saudável e respeituosamente

⁶⁹⁵ “*These problems find their regulation outside the positive law, a regulation so automatic that they do not appear as problems at all. In this field of autonomous order which surrounds the positive law there can be no sharp division between the rule that is and the rule that ought to be. The field, being unorganized and formless, permits of no such division. Though there are sovereigns, nor sequences of judicial conduct, nor basic constitutional norms, the chaos of opinion which Hobbes so feared does not exist. Here it is a combination of custom and natural law which rules, and that very effectively. Of course it is true that this body of non-governmental norms is significantly influenced by “the positive law”. This influence of the law over morality exists, however, only because of a kind of tacit presumption that what is “law” is also, in some sense or other, right. The attitudes which the law thus indirectly shapes derive their sanction, not from their legal origin, but from a public conviction of their “rightness”.* (FULLER, 1940, p. 112-113).

⁶⁹⁶ WINSTON, 1996, p. 62.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 406.

⁶⁹⁸ “*Fuller's answer is, again, aristotelian, and again with a difference. For Aristotle, citizens are those who participate actively in the deliberations of public life. To be a citizen is to rule as well as to be ruled. Fuller, I believe, saw himself as elaborating his own version of this idea in a way that displays his commitment to the variety of mechanisms of social ordering. That is, he gives more prominence than Aristotle did to non-governmental forms of governance, while retaining the central importance of deliberative participation. In fact, it has been a puzzle to some commentators why Fuller takes as the defining characteristic of each mechanism described in the eunomical exercises the manner of people's participation in them, but I think the answer lies here. The concern is effective self-rule, both individual and collective. From this concern, consequences ensue for the role of legislator. The most important is that a primary obligation of legislators is to be disposed, where appropriate, to allow other forms of governance to operate, even to enhance their functioning if they are faltering, rather than using legislation to supersede them. Since legislation is only one form of collective self-rule and not necessarily to be preferred, the legislative role is defined as much by its limits as by its powers”.* (*Ibidem*, p. 403).

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 400 e p. 412.

⁷⁰⁰ FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 139 et seq.

sustentável. Fuller abomina também o que poderíamos entender como ativismo judiciário, onde os juízes “profetas” traçam o futuro dogmaticamente como porta-vozes da sabedoria⁷⁰¹.

Por fim, na *Eunomics* o bem-estar é também a meta da economia, porém sua proposta é muita distinta de Stuart Mill a quem criticava, pois abre os caminhos para os seres humanos organizarem suas relações buscando também os fins coletivos através de “boas instituições sociais⁷⁰²”. Nesse sentido, a teoria está fundamentada em uma sólida base de comunicação, respeito e boa fé⁷⁰³, que permite fazer a correta conexão entre *human relations* e *workable arrangements*, sem reducionismos: um padrão de vida satisfatório e próprio da capacidade humana a partir de um projeto natural⁷⁰⁴.

Em resumo, a *Eunomics* parte da liberdade responsável para construir o Direito e a vida social. Este estabelece a moldura para que as relações e arranjos econômicos e sociais se dêem de forma natural e espontânea, dentro dos limites do respeito à pessoa, que tem cultivada sua racionalidade e relacionalidade através da moralidade interna do Direito. Dessa forma é possível construir e garantir uma ordem livremente assumida e responsabilmente cuidada, que propicia tanto o crescimento da pessoa como a comunicação pacífica⁷⁰⁵: o equilíbrio – não a maximização – que torna o bem mais constante⁷⁰⁶.

Juridicamente podemos destacar resumidamente o relato de Fuller sobre “*voluntary association*” em termos de sociabilidade:

Quando estávamos no 4º ano do Ensino Médio, um grupo de 4 ou 5 colegas formamos uma modesta associação, tendendo a uma “sociedade de literatos”. Assim que iniciamos as reuniões, percebemos a figura de alguém que nos rondava: um colega de classe chamado Wilber. Pedimos que se retirasse, mas ele insistia em retornar. Então lhe perguntamos o que desejava. Comentou que era muito solitário e desejava estar em nossa companhia. Dissemos-lhe que veríamos o que poderia ser feito. Finalmente decidimos submetê-lo a um teste de competência literária ao qual correspondeu de forma quase que insatisfatória, sendo, porém, admitido como membro. Passou a ser fielmente assíduo às reuniões ainda que parecesse que havíamos cometido um erro por sua incapacidade. Então decidimos expulsá-lo subtraindo-o a uma prova sem explicações. Como não lhe foi possível executá-la de acordo com “nossas regras”, foi lhe comunicada sua expulsão. O detalhe é que não sabia que a reprovação na tarefa implicava em sua saída. Então replicou chorando: “Por que não me disseram? Por que não tive uma chance de me explicar? E por que essa prova “louca” em vez de dizer-me lealmente que queriam que deixasse a associação?”. Em poucas palavras,

⁷⁰¹ FULLER, 2001, p. 66-68.

⁷⁰² RUNDLE, 2012, p. 36.

⁷⁰³ Ibidem, p. 286-287. Esse entendimento também pode ser encontrado em sua obra *Basic Contract Law* escrita em conjunto com M.A. EISENBERG. Saint Paul: Thompson West, 2006.

⁷⁰⁴ RUNDLE, 2012, p. 37.

⁷⁰⁵ “(...) sem o caos que Hobbes temia...”, como já mencionado. (WINSTON in FULLER, 2001, p. 38-39, tradução nossa).

⁷⁰⁶ WINSTON, 1996, p. 408 et seq.

Wilber notou que não tivera um *due process of Law*. Anos mais tarde deparei-me com uma revisão judicial parecida – *Anthony x Syracuse University*, 223 *N.Y.Supp.* 796 (1927); 224, *App.Div.* 487 (1928) – onde Miss Anthony foi demitida por não ser a “*típical Syracuse girl*”. Uma compreensão formal sobre a questão de ser ou não ser o “tipo” relembrou-me os horrores do “*Trial*” de Kafka e a caricatura do juiz apresentado pela Rainha Vermelha quando se senta para escutar o julgamento de Alice.

Quando soube do resultado “pró” Universidade, revivi a dolorosa memória do caso Wilber x Cinco Snobs Jovens Literatos. Essa lembrança não foi difícil. Uma consciência culpada reteve o caso por décadas. Ainda que me parece que a decisão no caso Syracuse foi ultrajante, persisti tentando me convencer de que nosso grupo agiu dentro das expectativas. Porém, quando busquei alguma justificativa intelectual satisfatória para distinguir os casos, encontrei-me com dificuldades. Não consegui me persuadir de que éramos crianças e de que nada importante estava em jogo. Bem pode ser que Wilber carregue até hoje as marcas psíquicas do tratamento recebido em nossas mãos. A ferida que lhe causamos pode ainda dificultar sua confiança e desempenho como cidadão, marido e pai⁷⁰⁷.

Esquemáticamente podemos expressar os elementos da *economics*, como resultado da visão antropológico-jurídica fulleriana da seguinte forma:

- a) promoção do bem comum da liberdade;
- b) segurança jurídica a partir da moralidade interna;
- c) os variados arranjos sociais de iniciativa pessoal são estimulados e protegidos;
- d) boa ordem social e econômica como resultado do florescimento pessoal responsável e da comunicação livre e respeitosa promovida entre os cidadãos.

Em Fuller, portanto, ordem não se contrapõe à liberdade: a liberdade é entendida como base da organização social e a ordem como essencial à liberdade⁷⁰⁸.

Vejamos como o economicismo crematístico reflete-se na organização social.

5.3. Individualismo auto-interessado e ordem social

*State, Self, Sex and Stuff...and people
became stuff.*

JOHN STREETSTONE

⁷⁰⁷ FULLER, 2001, p. 82-84, tradução nossa.

⁷⁰⁸ “*Freedom as a form of social ordering, and order as something essential to freedom*”. (FULLER, 2001, p. 73).

Concebendo o indivíduo como um maximizador de riquezas auto-interessado, Posner cultiva o que se denomina hoje de “neo-individualismo⁷⁰⁹”, transformando as relações pessoais ou sociais em meios para os próprios fins.

O indivíduo é identificado e reconhecido como consumidor e nesse sentido se dão suas relações. Idéias comunitárias, altruísmo ou até mesmo o que denomina hoje de “*Rights talk*” são filosoficamente incompatíveis com a proposta, já que questões e respostas são analisadas a partir do enfoque custo-benefício. Em tese, a teoria aceitaria as contribuições filosóficas, psicológicas ou os “embasamentos morais” oferecidos, por exemplo, em ensaios como os de Amartya Sen ou Cass Sunstein, na tentativa de justificar comportamentos individuais ou sociais, mas, em princípio as conclusões devem ser empíricas e pragmáticas para realmente servirem como ferramenta orientativa de condutas. Nesse sentido, as análises acadêmicas têm pouco impacto sobre as decisões eficientes a não ser que identifiquem claramente as vantagens e desvantagens referentes às variadas relações⁷¹⁰.

A sociedade é concebida como uma espécie de consumidor universal que deve ser compreendido em suas escolhas, que, por sua vez, orientam as políticas públicas⁷¹¹. Valores são substituídos por “*feasibility*”, ou seja, praticidade, conveniência, etc. A análise custo-benefício apresenta-se também como termômetro de relações sociais, sendo capaz de detectar relações de interesses “injustos” - incluídos os relativos àqueles que governam -, já que apresenta dados concretos de enriquecimento. Nesse sentido, o diálogo social também se dá através de *trade-offs*, desejando equilibrar opções econômicas. O *locus* social ou *public space* é literalmente o mercado⁷¹².

Como já referido, alguns autores procuraram uma leitura mais benevolente da radicalidade economicista onde o *self* pudesse encontrar certo altruísmo como prazer ou preferência, a partir do fundamento utilitarista, distinto, porém, do princípio da simpatia de Hume, “mais poderoso e universal que o princípio da satisfação pessoal, ao considerar a utilidade do bem em si⁷¹³”. Porém, Posner o concebe como uma fraqueza, ainda que presente

⁷⁰⁹ SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community Rights and Democracy*. Indianapolis: Indiana University Press, 2007, p.48 et seq.)

⁷¹⁰ ADLER, Matthew D. e POSNER, Eric. *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 2-6, 7, 76, 77 et seq.

⁷¹¹ Ibidem.

⁷¹² Ibidem, p. 7 et seq.

⁷¹³ TAYLOR, 2009, p. 392-393 e p. 421 et seq.

no Direito: “A fragilidade de tais impulsos – uma clara implicação de uma análise biológica – foi também reconhecida pelo Direito⁷¹⁴.”

Por outro lado, as liberdades advogadas pelo utilitarismo no plano individual são de certa forma, irrestritas, até que se prove o dano ou prejuízo social em termos quantificáveis em função do melhor resultado global⁷¹⁵. O conceito de liberdade é reduzido à esfera econômica, vertente mais saliente da realização pessoal, pois só através dela se tem acesso às distintas preferências.

Quando critica o enfoque realista da pessoa, Posner enfatiza que este impõe deveres para com os outros⁷¹⁶, o que denomina o descaminho. E ainda que se possam palpar sentimentos morais com relação aos demais, estes são praticamente, um conforto emocional. “Como se pode saber se determinado ato foi feito por amor⁷¹⁷?”:

Somos capazes de nos sacrificar para ajudar pessoas de quem na verdade não gostamos: isso não é incomum nas relações das pessoas com pais idosos (...). O “altruísmo” só se encaixa no homem econômico⁷¹⁸.

Portanto, atividades com base na alteridade são desacreditadas e estranhas à teoria, por desinteressadas, e só seriam fomentadas em uma sociedade neo-individualista, se promovessem valor econômico. Posner rejeita também a proposta neo-utilitarista que procura incluir os direitos humanos, por não oferecer uma base econômica concreta⁷¹⁹. De fato, as relações maximizadoras estão espontaneamente fundamentadas em um “*egocentric biases*” em torno de conquistas materiais e resultados⁷²⁰. As ações são valorizadas à medida que benefícios ultrapassam custos a partir de “*hedonic methods*”⁷²¹, ainda que alguns teóricos da Análise Econômica discordem dessa visão radical como “único princípio racional de nossas ações⁷²²”.

⁷¹⁴ “*The fragility of such impulses – a clear implication of the biological analysis – has also been recognized by the Law*”. (LANDES, William M. e POSNER, Richard. *Altruism in Law and Economics*. American Economic Review. May 78, Vol. 68 Issue 2, p. 417. p. 5).

⁷¹⁵ OLASO, 1996, p. 176.

⁷¹⁶ POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, Chapter: “*From Realism to Skepticism*”, p. 3 et seq.

⁷¹⁷ POSNER, 2012, p. 47.

⁷¹⁸ Ibidem, p. 54, tradução nossa.

⁷¹⁹ POSNER, 1981, p. 64 et seq.

⁷²⁰ RACHLINSKI, Jeffrey J. *Behavioral Law and Economics*. Volume III. Northampton: Edward Elgar, 2009, p.811 et seq.

⁷²¹ ADLER e POSNER, 2001, p. 77 et seq.

⁷²² FRANK, Robert H. *Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial?* (RACHLINSKI, 2009, p. 83 et seq.)

O economista concebe o bem coletivo somente como somatória de utilidades individuais capazes de refletir o bem da sociedade como um todo⁷²³. A ordem social girará, portanto, em torno do valor econômico como fim individual. Essa reversão do ordenamento entre o bem individual e o bem comum afetará tanto a ordenação das relações em sociedade como o papel institucional do Direito, desvinculando-o de uma expectativa de justiça.

Os tribunais passam a ter o papel de interpretar as negociações de grupos de interesses incorporadas à legislação e oferecer o serviço público básico da solução legítima de litígios segundo o critério econômico, buscando a maximização da riqueza. Até mesmo o acesso à justiça depende da capacidade econômica: “A riqueza é relacionada ao dinheiro no sentido de que um desejo não sustentado pela capacidade de pagar não tem como ser pleiteado⁷²⁴”.

O verdadeiro pragmatismo é incompatível com a segurança jurídica pela contingência das decisões e uma continuidade no Direito, que, por sua vez, serve às “multiculturais, pluralísticas e ocasionais preferências⁷²⁵”. Dessa forma, contribui também para a falta de estabilidade social:

(...) mudanças valorativas, econômicas e éticas; uma era de vazio e de caos, de desregulamentação, de forte exclusão social, da “euforia do individualismo e do mercado”; era de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, etc.⁷²⁶.

Em realidade, a ordem social em Posner é uma justaposição e não um todo. Os fatos coletivos são analisados em termos de vantagem própria. A competitividade gera desconfiança e autodefesa⁷²⁷. Não há raiz jurídica firme a não ser pela comprovação matemática. A maximização pessoal de riqueza reducionista e sua satisfação relativa não se identificam com um intrínseco florescimento social. É a eficiência que indica o crescimento, e esta deve ser continuamente revisada e estudada para implementar a riqueza, tanto em termos legislativos como jurídicos⁷²⁸.

Para ilustrar juridicamente o exposto podemos evocar as decisões referentes ao Direito do Trabalho e emprego no que se refere à discriminação por idade ou carga horária, onde a

⁷²³ FLETCHER critica esse critério pela dificuldade de demonstrar efetivamente – não só matematicamente – a satisfação do bem comum. (FLETCHER, 1996, p. 145).

⁷²⁴ POSNER, 2012, p. 477, tradução nossa.

⁷²⁵ SULLIVAN, 2007, p. 48 et seq.

⁷²⁶ MARQUES. Cláudia Lima. **Direito e Pósmodernidade e a teoria de Erik Jaime**. (José Alcebiades de Oliveira Junior (org.)). **Faces do Multiculturalismo: teoria – política- Direito**. Santo Angelo: EDIURI, 2007, p. 28.

⁷²⁷ Nesse sentido a teoria anti-aristotélica de Posner aproxima-se de Hobbes. (ALLEN, Anita L. and MORALES, Maria H. **Hobbes, Formalism and Corrective Justice**. *Iowa Law Review*, 1992, p. 713 et seq.)

⁷²⁸ ADLER e POSNER, 2001, p. 37 et seq.

liberdade contratual acaba por impor várias condições nesse sentido, levando a parte a renunciar a seus possíveis direitos⁷²⁹.

Esquemáticamente podemos avaliar as conseqüências antropológico-jurídicas do individualismo economicista em termos sociais da seguinte forma:

- a) concebe as relações pessoais e sociais como necessariamente auto-interessadas e, portanto, meios para os próprios fins econômicos;
- b) as ações que tenham como fim os demais são estranhas e desacreditadas pela teoria, que não as fomentará por desinteressadas e ineficientes;
- c) os fins econômicos serão buscados livremente enquanto não obstaculizados pelos demais, em uma espécie de “conglomerado”⁷³⁰ social;
- d) o Direito julgará de forma pragmática as preferências que devem sobreviver economicamente.

Como David Axelrod, analista, define em sua concepção economicista: “normas sociais são como as vacas. É mais fácil reconhecê-las do que definí-las⁷³¹” e variam de acordo com a aceitação individual, que, por sua vez, engloba três elementos: submissão a certos limites racionais que favorecem a utilidade; adaptação a modificações preferenciais e opção por um discreto equilíbrio, de modo que os interesses não sejam perturbados⁷³², essencialmente distinta da razoabilidade (*reasonableness*) que propõe Finnis para a interação social, que conjuga princípios, conhecimento das realidades naturais básicas e lógica para as decisões que se devam tomar com relação ao bem comum⁷³³.

Passamos a considerar como o sistema jurídico procura garantí-las, já que as normas sociais dependem, em última análise, de sua efetivação pelo Direito por serem concebidas em termos de determinado controle sobre os indivíduos⁷³⁴.

5.4. *Law and Economics* e a radicalização jurídica da utilidade

⁷²⁹ *Model Employment Termination Act. Employment Law: Cases and Materials* 211. (RACHLINSKI, 2009, p. 371).

⁷³⁰ Um dos significados de conglomerado resulta da junção de fragmentos justapostos unidos por um cimento que os separa individualmente.

⁷³¹ NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law. Social Norms and Norms. The Law and the State*. Volume III. New York: 1998, p. 476.

⁷³² *Ibidem*, p. 477.

⁷³³ FINNIS, 2002, p. 2.

⁷³⁴ *Ibidem*, p. 488.

Too often decisions were based on invocations of hopelessly vague words such as “fairness” and “justice”⁷³⁵.

RICHARD POSNER

Como afirma Posner:

Se os engenheiros civis divergissem fundamentalmente sobre a resistência do vento, a sociedade não se sentiria segura em deixar o projeto das pontes inteiramente a seu cargo (...) ⁷³⁶.

Dando continuidade ao raciocínio, explica que este não é aplicável ao Direito, diferente da engenharia, por ser político e de consenso fragmentado. Daí a necessidade de depender da análise de interesses de modo quantificável⁷³⁷.

As bases de seu sistema jurídico encontrariam-se na divisão do trabalho, onde giram de fato as relações pessoais, que se dão, por sua vez, segundo os diversos interesses econômicos. Qualquer concepção de lei natural anterior seria inadmissível. Inicialmente, os costumes nessas relações poderiam estabelecer normas pré-jurídicas em caso de violação de regras consuetudinárias como uma espécie de código de vingança. O recurso à autoridade nasce do desejo de recorrer a especialistas, com segurança. Surge então o problema da representação: que interesses protegerá? Que parte beneficiará ou prejudicará? Estará ela mesma sujeita a interesses próprios ou vinculado à opinião pública ou a outras forças sociais?⁷³⁸

O autor acredita que Bentham se equivoca ao pensar que um soberano popular adotaria o princípio da maximização da felicidade, mas admira que tenha contribuído com a verdadeira concepção jurídica ao rejeitar todo moralismo com exceção do utilitarismo em si mesmo⁷³⁹. O critério moral de atividade nas relações de trabalho é também utilitário e se há algum respeito, apresenta-se, principalmente no sentido de preservar a imagem no mercado.

Como comenta o autor, sua construção do Direito se ergue sobre uma base realista peculiar, ou seja, sobre a observação dos fatos a partir das preferências, que oferecerão os dados necessários para moldá-lo, ajustando-o às normas econômicas. Afirma que é dessa

⁷³⁵ POSNER, 2008, p. 209.

⁷³⁶ POSNER, 1993, p. 571, tradução nossa.

⁷³⁷ Ibidem, p. 572.

⁷³⁸ Ibidem, p. 8 et seq.

⁷³⁹ Ibidem, p. 20.

forma que entende o *Law and Economics* como Direito natural⁷⁴⁰, onde o critério é o da utilidade convencional, cultural e científica, principalmente na atualidade, já que:

(...) o intelecto secular moderno não crê na noção platônica para a qual as normas morais são inerentes à organização do universo, nem em sua sucessora cristã, a idéia de uma natureza “boa”⁷⁴¹.

Nesse sentido, ao considerar o *Hart-Fuller Debate* sobre as leis nazistas expõe, discordando de ambos:

Não há contradição em dizer que os nazistas estavam obedecendo ao direito positivo apesar de violarem o direito natural. Muitos jusnaturalistas reconhecem, ao contrário de Fuller, que até mesmo as leis terrivelmente injustas constituem direito num sentido significativo (...) ⁷⁴².

Conclui a reflexão a respeito do clássico debate afirmando que o Direito também não pode ser considerado uma atividade profissional demarcada e moldada pelo costume, pela tradição, pelo sentimento comunitário e coisas do gênero. O Direito será o produto das decisões tomadas a partir de interesses e políticas públicas, sem associação de princípios, que, a seu ver, são arbitrários. A partir de Nietzsche, afirma que o Direito também pode ser identificado com a opinião pública, que reflete os interesses gerais, provocando um conjunto de *insights* a serem veiculados por advogados e juízes. Contrapondo-se à idéia de Fuller sobre o advogado como arquiteto social ou a de Finnis, como engenheiro social, oferece outra possível analogia: a de zelador social⁷⁴³. Porém, que tipo de prerrogativas coloca-se nas mãos de um zelador, sem prévia contratação e ordenação de conduta, já que Posner afirma que o comportamento judicial administra incertezas⁷⁴⁴?

Por outro lado, ao discorrer sobre Holmes, reconhecido como exemplo de pragmatismo na filosofia do Direito, destaca como “moralidade” – ainda que Holmes rejeite este termo, afirmando que qualquer palavra de importância moral deve ser totalmente banida do Direito - a idéia de que:

⁷⁴⁰ Ibidem, p. 35.

⁷⁴¹ POSNER, 2008, p. 316, tradução nossa.

⁷⁴² Ibidem, tradução nossa.

⁷⁴³ Ibidem, p. 319, 321 e 581.

⁷⁴⁴ Ibidem, p. 6.

Aprendemos que para tudo que desejamos, temos de abrir mão de outra coisa qualquer, e nos ensinam a comparar as vantagens adquiridas com as perdas, além de saber o que estamos fazendo quando fazemos escolhas⁷⁴⁵.

O Direito deve ser o instrumento para a promoção do bem-estar social em termos econômicos. Em realidade, as decisões jurídicas são estratégias político-econômicas. Posner procura demonstrar que devemos nos preocupar com o sistema jurídico como nos preocupamos pelo sistema de saúde, devido às consequências⁷⁴⁶. Porém, cabe aqui retomar a analogia de Fuller sobre o hospital que envenena pacientes⁷⁴⁷.

Se tivéssemos um *Posner-Fuller Debate*, teríamos, provavelmente, a seguinte réplica:

Um sistema jurídico é um meio, mas não lhe pode faltar qualidade moral, pois serve a determinados fins. Há pessoas que orientam seu comportamento pelo Direito. No momento em que o sistema é instaurado constitui-se em uma força moral à qual os homens estarão sujeitos(...). Esse sistema também deveria proteger moralmente seus protagonistas da tentação do poder (...). Normalmente as pessoas têm certo respeito pelo Direito. Não gostam de desobedecê-lo. A obrigação moral do cidadão impõe aos operadores do Direito uma responsabilidade moral correlativa para que não se frustrate ou mine a obrigação do cidadão com relação ao Direito⁷⁴⁸.

O estímulo proposto por Posner é um impulso para o auto-interesse, concebido em todas as vertentes através do vocábulo “preferências”, o que impede o crescimento efetivo “*of all men and the whole man*” e não somente a eficiência do indivíduo, apesar da sociedade.

Por outro lado, a economia é a parte do saber humano que se concentra em cumprir a satisfação de necessidades, para o desenvolvimento harmônico do restante das atividades humanas⁷⁴⁹: “a economia conta com a nossa propensão para transbordá-la⁷⁵⁰”. O reducionismo antropológico, estabelecendo o bem econômico como finalidade da ação livre leva ao reducionismo jurídico, onde o Direito colocado a serviço da maximização de preferências encarcera a transcendência de sua atividade em termos de bem comum.

O auto-interesse fomentado gera também decisões autocentradas, diversas do que propõe o personalismo: “quanto maior for nosso esforço por atuar de modo imparcial e judicioso, tanto mais nos afastaremos do paradigma utilitário⁷⁵¹”. Dessa forma o Direito fortalecerá as barreiras entre os indivíduos autointeressados ao invés de servir como ponte, com base em uma “*language of interaction*”⁷⁵².

⁷⁴⁵ Ibidem, p. 324. p. 57, tradução nossa.

⁷⁴⁶ Ibidem, p. 6 e, 57.

⁷⁴⁷ SUMMERS, 1984, p. 39.

⁷⁴⁸ FULLER, 1965, p. 657, tradução nossa.

⁷⁴⁹ YEPES, 2001, p. 371.

⁷⁵⁰ MILLAN-PUELLES. A. *Economía y Libertad*. Madrid: Rialp, 1993, p. 37, tradução nossa.

⁷⁵¹ SPAEMANN, Robert. *Ética Teleológica o Ética Deontológica* apud OLASO, 1996, p. 177.

⁷⁵² FULLER, 2001, p. 233 et seq.

Para ilustrar juridicamente a radicalização economicista do Direito citamos a regulação do mundo digital que deve estar embasada no “*free speech*” e na criatividade, a partir de uma neutralidade em termos de valores, que possibilita, por sua vez, a avaliação em termos econômicos⁷⁵³.

Poderíamos esboçar esquematicamente a avaliação jurídico-antropológica da teoria de Posner da seguinte forma:

- a) o reducionismo antropológico acarreta o reducionismo jurídico;
- b) a utilidade servirá como padrão de justiça;
- c) O Direito relativizado pragmaticamente gera insegurança já que estará sempre aberto a novas regras que possam servir a novos interesses⁷⁵⁴;
- d) ambas as reduções dificultam as relações pessoais e sociais permeadas exclusivamente pelo autointeresse cultivado.

Em seu ensaio sobre o impacto da Análise Econômica do Direito, Gonzalez Bullard⁷⁵⁵ apresenta um reino fantástico no qual a Economia se apoderou da mente de todos e interpreta o mundo à sua maneira. O sintoma dessa esquizofrenia é a negação sistemática de qualquer realidade que se oponha a perfeita, que só os esquizofrênicos podem ver e que defendem como se fosse a única existente. Quem não vê em todas as relações humanas mais do que transações econômicas e fazem de todas – ou quase todas – as disciplinas do saber objeto de análise econômica são considerados casos patológicos⁷⁵⁶.

A radicalização jurídica promovida pelo *Law and Economics* é nesse sentido incompatível com um “*improved concept of Law*”⁷⁵⁷, e, por outro lado, acarreta um progressivo distanciamento social pela promoção consciente do autointeresse. Nesse sentido, é oportuno o comentário de Parisi: “Pelo menos, nos tempos de Adam Smith ainda havia virtude e o autointeresse encontrava limites na justiça”⁷⁵⁸.

⁷⁵³ VAN DER BERGH, Roger J. and PACCES, Alessio M. *Regulation and Economics. Encyclopedia of Law Economics*, Volume IX. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012, p. 367 et seq.

⁷⁵⁴ NEWMAN, 1998, Volume I, p. 70.

⁷⁵⁵ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Esquizofrenia Jurídica. El Impacto de la Análisis Económico del Derecho*. Lima: Themis, 2002.

⁷⁵⁶ CASTILLO FREYRE, Mario e VASQUEZ, Ricardo Kunze. *Analizando a Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. The Global Collection. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2008, p. 43 et seq.

⁷⁵⁷ FINNIS, 2002, p. 16.

⁷⁵⁸ PARISI, Francesco e VERNON, L. SMITH. *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University Press, 2005, *Introduction*, tradução nossa.

6. ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA, DIREITO, EDUCAÇÃO E PRÁTICA PROFISSIONAL

Unless we teachers believe that a result of our teaching, students are better equipped to evaluate what they read and hear, we don't serve them well.

HOWARD GARDNER

Em uma era digital, a transcendência tecnológica é também um tema intrigante para o Direito. A obra *“The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services”*⁷⁵⁹ que trata sobre inovações no mercado dos serviços jurídicos e como esta afetará a educação nas Escolas de Direito, sugere de certa forma um ensino cada vez mais técnico, acentuando também o fator econômico. Nesse sentido se entende que se pode chegar, em um futuro bem próximo, a relacionar fatos e leis e resolvê-los através da lógica simbólica, decidindo a partir de um critério principalmente equacional. Como questiona-se hoje Ernst Weinrib, a partir de John Finnis: *“Can Law survive Legal Education?”*⁷⁶⁰.

Vejamos como Fuller e Posner tratariam a questão sob o prisma antropológico para poder também demonstrar o elo entre Antropologia e Direito em termos de formação jurídica.

6.1. Fuller: como as escolas de Direito podem contribuir para a formação de advogados

*Dar-lhes um sentido mais profundo. Não somente métodos e técnicas. Fazer pensar. Ir aos porquês. Treinar homens para que pensem como advogados. Ajudar a ter uma disciplina intelectual que leve a pensar sempre anteriormente no objetivo (...) a partir dos próprios professores que devem interessar-se de verdade pelos alunos*⁷⁶¹.

LON FULLER

Em sua época, Fuller enfrentou especialmente o problema do positivismo e do realismo norte americano, o qual, em sua visão, reduziria o Direito à literalidade da lei

⁷⁵⁹ SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁷⁶⁰ FINNIS, 1992, p. 59-75.

⁷⁶¹ FULLER, Lon. *On Teaching Law*. Cambridge: Harvard Law School Repository, 1950, p. 37 e p. 41, tradução nossa.

emanada e à constatação freqüente dos fatos, sem referência à moralidade ou costumes radicados na natureza. Nesse sentido expõe:

Há alguns anos atrás escrevi que pensava que tínhamos perdido uma valiosa luz quando jogamos fora, em torno da metade do século passado, a noção de “lei da natureza”. Ainda penso assim, e os anos seguintes, só fortaleceram essa convicção. Precisamos da noção de que há algo no Direito além de padrões de comportamento judicial e “fiats” legislativos. Precisamos disto, porque projeta o advogado para a parte mais essencial de sua tarefa⁷⁶².

O perigo que temia está implícito na proposta da questão levantada, e o enfrentava através da formação jurídica, à qual se dedicou integralmente⁷⁶³, auxiliando seus alunos a ganhar altura e profundidade em seus estudos jurídicos, também em termos antropológicos, e, ao mesmo tempo, competência e integridade: “é nossa responsabilidade prepará-los para seu trabalho⁷⁶⁴”.

Em sua tarefa, Fuller desejava ser para seus alunos uma “vela de ignição” (*spark plug*) e não “um cobertor úmido” (*wet blanket*)⁷⁶⁵, através de uma boa filosofia e não de uma ideologia. Rejeitava a excessiva dedicação ao que denominava aprendizagem de técnicas burocráticas a serviço da política e do poder e a perda do sentido de meios e fins no Direito, a partir de uma abordagem fútil e trivial⁷⁶⁶: “a faculdade não é um treino, mas represa de conhecimento⁷⁶⁷”.

Fuller exemplifica: se queremos construir um asilo, é preciso primeiro formar carpinteiros⁷⁶⁸. Comenta que muitas vezes ensinamos técnicas para os estudantes e não o estudo da história dos princípios. Em vez de perguntar qual a regra, deveríamos perguntar qual a natureza do problema; qual o procedimento a ser escolhido e as normas sociais envolvidas, buscando a conciliação; a relação e o mútuo respeito; a confiança e entendimento que permitem enfrentar as contingências, sem recorrer antecipadamente às prescrições formais estabelecidas ou à avaliação neutra de fatos sociais⁷⁶⁹.

⁷⁶² “Some years ago I wrote that I thought we had lost a valuable insight when we threw away, sometime around the middle of the last century, the notion of a “law of nature”. I still think this, and the intervening years, if anything, have strengthened this conviction. We need the notion that there is something to law besides judicial behavior patterns and legislative fiats. We need it because it points the lawyer toward the most essential part of his task”. (*What the Schools can contribute to the making of lawyers*. FULLER, 2001, p. 298, tradução nossa).

⁷⁶³ Ibidem, p. 344.

⁷⁶⁴ FULLER, Lon. *The Case against Freedom*. (Ibidem, p. 315, tradução nossa).

⁷⁶⁵ FULLER, Lon. *The Needs of American Legal Philosophy. Editor’s note*. (Ibidem, p. 269).

⁷⁶⁶ FULLER, Lon. *Legal Philosophy, Legal Education and Practice*. (Ibidem, p. 270, p. 283 e p. 306).

⁷⁶⁷ Ibidem, p. 296, tradução nossa.

⁷⁶⁸ FULLER, 1964, p. 170.

⁷⁶⁹ FULLER, 2001, p. 121 et seq.

Nesse sentido, Fuller exalta o papel da Filosofia para evitar a formação puramente pragmática: dar uma direção significativa e efetiva para o trabalho de juizes, legisladores, advogados e professores de Direito. Se não oferece resposta para suas questões, então a filosofia é um malogro:

Nossa filosofia tem sido deixada de lado, em primeiro lugar, pela concepção de Direito, como técnica, ou, por encará-lo como algo puramente científico, perdendo muito de sua vida a partir dos fatos, devido à carência de uma visão mais aberta. A última razão deriva de uma falsa ruptura (*severance*) entre o problema dos fins e dos meios. O advogado passa a ser um *expert* em prever e influenciar as formas pelas quais o poder será exercido⁷⁷⁰.

Por outro lado, Fuller procura unir o saber especulativo ao prático:

(...) a discussão das deficiências da educação jurídica em preparar os advogados para que contribuam efetivamente, ou potencialmente, para o bem-estar social. Os advogados, na visão de Fuller são os mais ativos e responsáveis por dois processos sociais básicos: decisões jurídicas e legislação. Mesmo assim, o treino que se oferece nas Escolas de Direito é inadequado nos dois sentidos⁷⁷¹.

É preciso contar com a contribuição da filosofia, para resolução de problemas, orientando estudantes para saber ordenar e planificar legalmente as variadas relações. Não se deseja com isso promover discussões cósmicas, mas a reflexão. É necessário um despertar filosófico para retornar às eternas questões dos princípios e harmonizá-las com o Direito. Não é questão de ser filósofo, mas de ter uma filosofia, e não estar à mercê de valores subjetivos pré-fabricados. Servir o cliente e o interesse público é o que satisfaz. “Assim a filosofia reinará, em regime democrático⁷⁷²”.

O autor comenta que aqueles que ostentam o nome de filósofos dizem entender a realidade como um todo, mas, filosoficamente, sustenta que temos também que se concentrar em cada parcela da realidade para entendê-la. Para Fuller, o papel da Filosofia do Direito não é somente instrumental, mas estrutural e deveria estar animado pelo desejo de buscar os princípios pelos quais as relações em sociedade podem ser reta e justamente ordenadas. Não se deve traçar somente padrões de comportamento jurídico, desprezando o resto como não

⁷⁷⁰ FULLER, 1969, p. 228, tradução nossa.

⁷⁷¹ “(...) *the discussion of the deficiencies of legal education in preparing lawyers for the contribution they make, actually or potentially, to social well-being. Lawyers, in Fuller's view, are "the most active and responsible participant[s]" in two basic social processes: adjudication and legislation. Yet law school training, he argues, is inadequate with regard to both*”. (WINSTON, 1996, p. 394). O pensamento foi aprofundado em WINSTON, Kenneth. *Reflections on Model Institutions. Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts: Festgabe für Kazimierz Apalek*, eds. W. Krawietz e J. Wroblewski (Berlim: Duncker & Humboldt, 1993, p. 455-465, tradução nossa).

⁷⁷² O parágrafo resume suas afirmações no artigo *Legal Philosophy, Legal Education and Practice*. (FULLER, 2001, p. 313 et seq.).

científico, metafísico ou preferência pessoal. “Porém, há mentes que não se renderam a esta ‘ortodoxia metodológica’⁷⁷³”.

Nesse sentido, Fuller trabalhou eficazmente durante alguns anos no *Law School’s Committee on Legal Education*, revendo currículos, métodos, etc.⁷⁷⁴, com vistas à completude da formação⁷⁷⁵. Sublinhava ainda o recurso aos livros que proporciona sabedoria prática, para avaliar os sistemas jurídicos além de um conjunto de regras que cabem em uma mão⁷⁷⁶.

Dessa forma, os jovens advogados entrariam no mercado de trabalho, preparados para cumprir o seu papel: o fim do judiciário é ser um meio para a justiça, sendo o advogado o arquiteto dessa estrutura. A formação recebida os torna aptos para solucionar as questões, preservando a força moral das decisões⁷⁷⁷. Por essa razão, procurava apresentar os problemas inerentes ao positivismo, pela falta de propósito racional, e do realismo americano pela falta de implicações éticas⁷⁷⁸, que perdia de vista que o direito “*is made by men for men*”, e não uma compulsão ou derivação de forças evolucionistas ou equações científicas. Nesse sentido, já se opunha ao “behaviorismo” e ao determinismo orientado pelo valor econômico, comentando que os interesses ultrapassarão de longe qualquer teoria jurídica: “a compensação utilitária tira o foco do essencial⁷⁷⁹”.

À sua época, ofereceu como exemplo, *mutatis mutandis*, o desinteresse dos estudantes da União Soviética, por seu caldo de cultivo paradoxalmente individualista. “Infelizmente não é só soviética a atitude”, como comenta⁷⁸⁰.

Por outro lado, Fuller não concebe a competência profissional como sucesso ou *status*, mas como capacidade de cooperar para a boa ordem social, através de uma prática madura e responsável⁷⁸¹, o que pressupõe um determinado conhecimento das relações humanas, bem como esforço e experiência para entendê-las⁷⁸², principalmente a partir da liberdade. Por essa razão procurava auxiliar seus alunos a ponderar devidamente as decisões⁷⁸³: não é somente

⁷⁷³ FULLER, 1964, p. 290-291, tradução nossa.

⁷⁷⁴ FULLER, 2001, p. 293 et seq.

⁷⁷⁵ “(...) *keep the substantive and procedural throughout the process of learning law*”. Fuller apud SULLIVAN, William M., COLBY, Anne, WEGNER, Judith Welch, BOND, Lloyd, SHULMAN, Lee S., *Keeping the Moral and Legal Dialogue*. San Francisco: Jossey Bass, 2007, p. 142-143.

⁷⁷⁶ FULLER, 2001, p. 303.

⁷⁷⁷ FULLER, 1994, p. 282-283 e p. 394.

⁷⁷⁸ “*The realist insists that it would be viewed as a pattern of official behavior. The positivist denies a useful purpose*”. (FULLER, 1940, p. 89 e p.90).

⁷⁷⁹ Ibidem, p. 275- 276 e p. 296, tradução nossa.

⁷⁸⁰ FULLER, 1987, p. 5, tradução nossa.

⁷⁸¹ *The Case Against Freedom*. (FULLER, 2001, p. 319 et seq.)

⁷⁸² FULLER, 1964, p. 110.

⁷⁸³ “(...) *not a bystander: give your input.*” (FULLER, 2001, p. 292).

pensar simplesmente em “*what can legally be done*”, mas sobre “*what should be done, all things considered*”⁷⁸⁴.

Em seu sistema, portanto, as questões jurídicas não seriam resolvidas por solução matemática⁷⁸⁵, mas através da moralidade e da responsabilidade de um agente racional e relacional, já que Fuller também entende, como Finnis, que pode haver mais de uma resposta adequada para as questões jurídicas (*not only a single legally right answer*)⁷⁸⁶. Por essa razão, acentuava a necessidade da formação antropológica, que também favorece a liberdade positiva: “contribui para alcançar eficientemente os objetivos sociais; contribui para a satisfação humana e por colocar no correto lugar a responsabilidade, contribui para o crescimento humano”⁷⁸⁷.

Para ilustrar juridicamente a relação proposta em termos de formação e prática profissional, ressaltamos os ensaios apresentados no periódico *Law and Philosophy* sobre a teoria de Fuller e sua capacidade de unir moralidade, respeito à forma do Direito e abertura à autodeterminação e à livre iniciativa própria da atividade social: em seu “*secular natural law*”, Fuller ensina o Direito “como um projeto comunitário que visa atingir em conjunto uma vida que valha a pena”⁷⁸⁸.

Esquemáticamente sua proposta educativa em termos jurídico-antropológicos poderia ser esboçada da seguinte forma:

- a) abordagem ampla e profunda a partir do ser humano e de sua dimensão social;
- b) ensinar a refletir teórica e praticamente de forma abrangente considerando os diferentes fatores englobados na questão;
- c) fomentar a responsabilidade pessoal no desempenho profissional bem como o respeito à liberdade;
- d) a formação filosófica que abrange também a antropologia é considerada vital para a compreensão do Direito como dimensão ética⁷⁸⁹.

Partindo desses pressupostos podemos afirmar que Fuller não prescindiria do elemento

⁷⁸⁴Ibidem, p. 294.

⁷⁸⁵ Ibidem, p. 303.

⁷⁸⁶ FINNIS, 2002, p. 36.

⁷⁸⁷ FULLER, 2001, p. 315 et seq., tradução nossa.

⁷⁸⁸ WALDRON, Jeremy; SCHAUER, Frederick; POSTEMA, Gerard and WINSTON, Kenneth (em destaque). *Lon Fuller. Law and Philosophy*. August 1994, Vol. 13 (3), p. 253-418, tradução nossa.

⁷⁸⁹ FINNIS, 2002, p.19.

humano em nenhuma etapa da atividade jurídica, a começar pela vida acadêmica, mantendo a teoria jurídica em seu *status* de ciência humana.

Por fim, Fuller acentua que a missão da educação jurídica seria a de reforçar a colaboração humana:

Ao delinear essa idéia de missão, Fuller se opõe ao que denomina de concepção litigante com relação à competência dos advogados, dominante na educação jurídica atual. De acordo com esta concepção, um dos principais legados do realismo, a especialidade de um advogado depende de sua habilidade em predizer e influenciar o exercício do poder estatal nas cortes. Professores de Direito contribuem para o desenvolvimento dessa especialidade, dando a conhecer aos estudantes os padrões de comportamento dos juízes. Porém Fuller rejeita esta concepção principalmente por que transforma os advogados em mestres em técnicas sem se importar com os fins a que servem⁷⁹⁰.

Nesse sentido Finnis toca também o problema de uma educação jurídica voltada para a concessão de direitos como meio de maximização de riquezas e sua falha em termos de consecução de uma ordem social justa através da futura prática profissional⁷⁹¹. Vejamos como se desenvolvem os elementos propostos neste capítulo em Richard Posner, para confirmar a afirmação.

6.2. Posner: do realismo americano ao ceticismo ou do profissionalismo ao pragmatismo

Although pragmatic adjudication rarely generates enough information to enable a decision that produces a social optimum, often it produces an approximation that is good enough for the law's purposes⁷⁹².

RICHARD POSNER

⁷⁹⁰“In sketching this idea of mission, Fuller opposes what he calls the litigational conception of a lawyer's competence currently dominant in legal education. According to this conception, which was a major legacy of legal realism, a lawyer's expertise lies in the ability to predict and influence the exercise of state power, especially in courtrooms. Law professors contribute to the development of this expertise by making students knowledgeable about the behavior patterns of judges. But Fuller rejects this conception, primarily because it turns lawyers into masters of technique without regard to the ends they serve”. (WINSTON, 1996, p. 394-395, tradução nossa).

⁷⁹¹ FINNIS, 2002, p. 56.

⁷⁹² POSNER, 2008, p. 241.

O realismo americano de Llewelyn substituiu a pergunta “O que é o Direito?” (“*What is Law?*”) pela pergunta “O que argumentamos sobre o Direito?” (“*What we argue about Law?*”)⁷⁹³. Os conceitos foram, em geral, banidos como tais, dificultando definir, classificar e por sua vez entender um suposto real significado das categorias jurídicas⁷⁹⁴: “temos que tomar decisões o que não significa seguir regras. Buscar a eficiência não a verdade. A verdade é estática, a vida é dinâmica. A verdade não tem mais consequências do que a perda de tempo que acarreta sua busca. A ética é também uma ameaça, pois pode gerar compromisso. As pessoas não devem pensar no que pensam e como pensam, pois não leva a resultados práticos⁷⁹⁵”. Essas observações evidenciam a relação entre discurso filosófico, educação e prática no economicismo.

A visão pragmática em Posner é interna ao Direito e por essa razão o próprio realismo dos fatos não é suficiente. É preciso comprová-los economicamente. Por outro lado, segundo o autor, o correto desempenho profissional é oposto ao profissionalismo que simula altruísmo. O critério é o pragmatismo científico, mas não de cunho social, como o de Duncan Kennedy, do *Critical Legal Studies*, a quem denomina o “Flautista de Hamelim⁷⁹⁶”. Em sua trajetória vai do realismo factual ao ceticismo com relação à sua interpretação além do fator econômico, para chegar a um pragmatismo niilista⁷⁹⁷.

Posner não acredita em uma formação dogmática no Direito, mas prática. Daí sua proposta de revisão da educação jurídica tradicional⁷⁹⁸, já que os estudos têm se tornado mais especializados e as cortes mais profissionalizadas, distanciando-os cada vez mais. A solução estaria na formação pragmático-econômica e argumentativa, alheia a um enfoque social⁷⁹⁹:

Não considero a instrução em ética uma parte importante da formação jurídica (...). Onde está escrito que todo o ensino jurídico deveria estar a serviço da profissão? (...) Além do mais, o estudo da doutrina tornou-se

⁷⁹³ INGERSOL, David E. *Karl Llewelyn, American Realism and Behaviorism. Ethics*, vol. 76, n. 4. Chicago: The University of Chicago Press, 1966, p. 253-266.

⁷⁹⁴ MOORE, Sally Faulk. *Legal Pluralism*. Palestra ministrada na *Harvard Law School* em 16/04/2015.

⁷⁹⁵ *Law and Economics Seminar. Harvard Law School and Boston University*, 24/02/2015.

⁷⁹⁶ POSNER, 2008, p. 297 e 420.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 11 et seq.

⁷⁹⁸ POSNER, Richard. *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁷⁹⁹ “*I don’t consider the instruction in legal ethics an important part of legal education (...) Where is it written that all legal scholarship shall be in the service of legal profession? (...) In addition, doctrinal scholarship has become less relevant to the judiciary due to political divergence and the loss of ideological consensus*”. (POSNER, Richard. *Academe and Judiciary at Odds. The Chronicle of Higher Education*, Sep 3, 2013. Harvard Law School Library, tradução nossa).

menos importante para o judiciário devido às divergências políticas e à perda de consenso ideológico⁸⁰⁰.

O autor repele o critério de ordem moral por incomensurável, afirmando também que a moral não pode contribuir para o aperfeiçoamento pessoal. A formação pessoal e jurídica pode ser eclética, obedecendo, porém, ao princípio da utilidade, também em termos de uma educação prazerosa, como a aprendizagem do Direito através da Literatura. Por outro lado, como ciência, exige ainda a formação técnica adequada; empírica; científica; sociológica, política, antropológica comportamental⁸⁰¹, e, principalmente econômica, para poder abordar o Direito adequadamente⁸⁰².

O cume do conhecimento jurídico se dá através do *Law and Economics*, concebido, não como ferramenta, mas como razão finalística:

O bem-estar e a felicidade (duas aproximações do que se entende por “utilidade”) são difíceis de descobrir ou mensurar, de sorte que decisões judiciais e legislativas não serão guiadas claramente por uma instrução para “se maximizar a utilidade”. Em contraste, maximizar a riqueza é algo que juízes podem fazer de forma efetiva no âmbito de suas tarefas limitadas⁸⁰³.

Em sua teoria, um enfoque antropológico fica reduzido a uma mera observação de hábitos econômicos. Ainda que algumas vertentes mais *soft* do *Law and Economics* procurem apresentar outra face da teoria⁸⁰⁴, em geral, a Filosofia tem pouco a contribuir. O que importa é aprender sobre o comportamento dos juízes, embora, em sua visão, a verdadeira compreensão dependa da prática, que vai muito além da Academia⁸⁰⁵.

Afirma-se que Richard Posner é atualmente quem mais escreveu sobre Direito e jurisprudência na história americana, e sua Escola é considerada a mais influente nos Estados Unidos⁸⁰⁶. O atrativo de sua teoria vai se expandindo: “*his theory has spread geographically*”⁸⁰⁷. Por outro lado, diante da crise utilitarista da Educação⁸⁰⁸, no que se refere ao retorno

⁸⁰⁰ POSNER, Richard. *Legal Scholarship Today. (Symposium on Civic and Legal Education)*. Stanford Law Review, July 1993b, vol. 45 (6), p. 1647-1658, tradução nossa.

⁸⁰¹ Ibidem, p. 1651.

⁸⁰² POSNER, 2007, p.527 et seq. e p. 473 et seq.

⁸⁰³ BIX, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. Londres: Sweet and Maxwell, 2009, p. 215 (Comentário sobre a teoria de Posner, tradução nossa).

⁸⁰⁴ SHUSTERMAN, Richard (Editor). *The Range of Pragmatism and the Limits of Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 2004.

⁸⁰⁵ POSNER, 2008, p. 6 et seq.

⁸⁰⁶ “*The most influential jurisprudential school in this country*”. (PRESSER, Stephen B. and Zainaldin, Jamil S. *Law and Jurisprudence in American History*. Saint Paul: West Publishing, 2005).

⁸⁰⁷ MARCIANO, Alain. *Law and Economics. A reader*. New York: Routledge, 2009. Foreword by Richard Posner.

⁸⁰⁸ ROSSI, Andrew. *Ivory Tower Documentary*. Arizona, USA. 18/01/2014.

econômico do investimento (*spend money to make money*), o objetivo economicista parece justo.

Porém, percebe-se também a reação, a começar pela Antropologia Filosófica: a preocupação com a identidade pessoal em um mundo consumista promovido pelo Direito - *identified persons x statistical individuals* – que tem sido discutida por alguns pesquisadores devido à palpável vulnerabilidade social. O problema do *nudging* econômico⁸⁰⁹ também tem levantado questões sobre a liberdade. Há ainda vários estudos questionando a proposta do *Law and Economics* através de seus efeitos sociais em termos de conflitos de interesses e falta de estabilidade nas relações pela acentuada presença do fator econômico⁸¹⁰, bem como o que se refere às normas que tratam de direitos humanos⁸¹¹.

Em sua teoria, encontra-se também certa descontinuidade metodológica, temática, filosófica e ideológica, favorecendo inconsistências e ambigüidades⁸¹², ainda que em termos pragmáticos, possa abarcar, como afirma-se: “*the most interdisciplinary breadth of coverage*”⁸¹³.

Por outro lado, no que se refere aos juízes, Posner é bem aceito como modelo de independência: “Veja se Posner escreveu alguma coisa sobre o tópico (...). Afinal, seria cinismo acreditar na neutralidade ou ingenuidade confiar em uma resposta certa para questões jurídicas⁸¹⁴”. Porém, encontra-se também reação oposta quanto às decisões originadas a partir do ativismo judicial que a teoria acaba por promover⁸¹⁵ bem como à falta de completude de seu método e raciocínio jurídico⁸¹⁶.

Para ilustrar juridicamente a relação em termos de reflexos na formação jurídica trazemos uma questão acadêmica proposta em termos utilitaristas sobre o que se denomina

⁸⁰⁹ WILKINSON, T.M. *Nudging and Manipulation*. Political Studies, 2013 June, Volume 61, pp. 341-355. Peer Reviewed Journal. Harvard Widener Library.

⁸¹⁰ Citamos como exemplos: HIJIKATA, Toru. *Das Positive Recht als Soziales Phänomen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013; STRINGHAM, Edward Peter. *Embracing Morals in Economics. The Role of internal moral constraints in a market economy*. Journal of Economic Behavior and Organization, 2011, Vol. 78 (1), p. 98-109); McCONNEL, Campbell. *Economics: Principles, Problems and Policies*. New York: McGraw-Hill, 1996, etc.

⁸¹¹ “Tratar as pessoas no mercado como tais e não como mercadorias, onde tudo se coloca à venda: órgãos, sexualidade, o nome e até a morte”. (SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013) contraposto a POSNER, Richard. *Social Norms and the Law: An Economic Approach*. *The American Economic Review* 87.2 (Maio 1997), p. 365-369. Harvard Widener Library.

⁸¹² Citamos entre outros o ensaio: MAKI, Uslaki. *Against Posner. Against Coase. Against Theory*. Cambridge Journal of Economics, Volume 22, Issue 5, p. 587-595. Harvard Widener Library.

⁸¹³ POSNER, 2003, Prefácio.

⁸¹⁴ “See if Posner has written anything on the topic”. (SUTTON, 2010, p. 861-862 e p.870)

⁸¹⁵ BACIC, Peter. *Legislative Supremacy and Judicial Activism in the USA*. Politicka Misao. Vol. 46 (3), p. 174-204. Harvard Widener Library.

⁸¹⁶ GREEN, Craig. *What does Richard Posner Know about How Judges Think?* California Law Review, Vol. 98, n. 2 (April, 2010), pp.625-666. Harvard Widener Library).

“*community health*” nos Estados Unidos. Nesse sentido, propõe-se a “desconstrução” do termo *community* bem como sua interação característica, para frisar a qualidade de vida que é seu escopo em termos de eficiência⁸¹⁷.

Esquemáticamente sua proposta educativa em termos jurídico-antropológicos poderia ser esboçada da seguinte forma:

- a) a filosofia e a dogmática jurídica perdem importância para o destaque da interpretação dos fatos através da análise econômica;
- b) o estudo do comportamento dos juizes é outro forte elemento na formação jurídica;
- c) a teoria da argumentação substitui a moralidade;
- d) a atividade pragmática eficiente é o fim do profissional do Direito;

Perguntamos, por fim, se o advogado ou juiz de Posner poderia ser substituído por um computador, já que suas decisões se baseiam em uma análise econômica. Em termos materiais, a resposta poderia ser afirmativa, pois as decisões estão vinculadas a um cálculo, porém faltaria à máquina o auto-interesse e a motivação político-pragmática, impossibilitando a redução.

Concluimos com uma apreciação de Posner sobre o ensino jurídico moderno:

Trinta anos atrás a profissão jurídico-acadêmica era organizada de tal forma que um corpo de crenças acreditava ainda em uma autonomia do Direito; em um critério para avaliar decisões jurídicas; no escopo e significado da Constituição; em comandos e acordos largamente difundidos, considerados verdadeiros. Nessa época, o Direito acadêmico era um campo forte. Mas suas fontes eram mais sociais do que científicas. A expansão da profissão jurídica; a diversidade de seus membros; o tumulto político e o surgimento de outras disciplinas competitivas ofuscaram o consenso da objetividade em que o Direito descansava. Eu gostaria de ver a profissão jurídica amplamente desregulada, e, mas especificamente, ver o novelesco requisito histórico de que um advogado deve cursar uma escola de Direito abandonado⁸¹⁸.

Como comenta Gerard Bradley a partir de Finnis, sobre o ensaio de Richard Posner denominado “*Overcoming Law*”⁸¹⁹ :

Posner deseja superar a idéia de “Direito” como “um totem profissional que representa tudo o que é pretensioso, uniforme, preconceituoso e espúrio em nome da tradição jurídica.

E nesse sentido, propõe outro ensaio: *Overcoming Posner*⁸²⁰.

⁸¹⁷ BUNNEL, Rebecca. *What is “community health”? Examining the meaning of an evolving field in public health*. Peer Reviewed Journal. October 2014, Vol. 67, p. 58-61. Harvard Widener Library.

⁸¹⁸ POSNER, 1993, p. 1657-1658, tradução nossa.

⁸¹⁹ POSNER, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

Por fim, passamos a aplicar as teorias em questão a um caso prático para constatar como as conseqüências jurídicas se desdobram de forma radicalmente oposta.

6.3. Antropologia e Prática Jurídica em Posner

Muitas cortes manipulam o momento de sua decisão. No Brasil, por exemplo, os juízes são conhecidos por postergar a decisão aguardando um clima político mais oportuno, também dentro da corte. Em contraste, os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma vez aceito o caso para a revisão, raramente atrasarão a decisão por esse motivo⁸²¹.

RICHARD POSNER

Questionando-se a partir de sua racionalidade pragmática e refletindo sobre o momento mais propício para decisões, Posner propõe o estudo de “*blockbuster cases*”⁸²² e suas conseqüências político-econômicas.

Nesse sentido, abordaremos o caso histórico conhecido como *Hobby Lobby*:

Em junho de 2014 a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso *Burwell versus Hobby Lobby Stores (previously Sebellius versus Hobby Lobby)*:

A mencionada empresa familiar obteve reconhecimento de seus direitos garantidos pela Constituição no sentido de operar seus negócios sem ter que violar suas convicções religiosas, podendo isentar-se do mandato do Departamento de Saúde e Serviços dos Estados Unidos (*Health and Human Services – HHS*) de proporcionar dispositivos potencialmente capazes de terminar com a vida (*potentially life-terminating drugs and devices*), ou seja, as denominadas pílulas do dia seguinte, como integrantes do plano de seguro de saúde de seus empregados. Como expressou um dos empresários da família Green: “Os donos de empresas não deveriam encontrar-se na encruzilhada de ter que escolher entre violar sua fé ou violar a lei”.

⁸²⁰ BRADLEY, Gerard. *Overcoming Posner*. The Michigan Law Association Review. Vol. 94, n. 6, May, 1996, pp. 1898-1926.

⁸²¹ POSNER, Richard. *The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions*. Duke Law Journal. March, 2015. Harvard Widener Library.

⁸²² “We define a “big case” in one of four ways: front-page coverage in the New York Times or in four national newspapers; the number of amicus curiae briefs filed in the case or the number of subsequent citations by the Supreme Court”. (Ibidem).

Salientamos que o caso foi julgado devidamente dentro do período de trabalho do ano em questão (2013-2014), em uma decisão de 5-4 votos, com a declaração de que os Green não estariam obrigados a violar sua fé ou pagar severas multas, com base no *Religious Freedom Restoration Act*. Nesse sentido, expôs o *Justice Kennedy*: “Entre outras razões os Estados Unidos é tão aberto, tão tolerante e tão livre que nenhuma pessoa deve ser restringida pelo governo em exercer sua religião⁸²³”.

A decisão desempenhou importante papel para outras 50 questões pendentes nesse sentido, envolvendo também atividades não lucrativas. Por outro lado, deu abertura para questionar a legalidade do mandato do HHS e seu financiamento dependente de impostos públicos, bem como de sua rejeição total por instituições que não aceitariam nenhum tipo de anticoncepcionais como integrantes do plano de saúde de seus empregados.

Ressaltamos, por fim, que, após a primeira decisão, a administração Obama, buscando satisfazer tanto a Suprema Corte quanto demais eleitores, estabeleceu novas regras, “facilitando” a isenção e encarregando o HHS de prover os serviços contraceptivos independentemente e sem nenhum custo para a empresa ou para os empregados⁸²⁴.

As principais questões levantadas após a decisão em termos jurídico-antropológicos foram⁸²⁵:

- a) os direitos e interesses civis são superiores ao direito individual de professar determinado credo e obedecer às suas prescrições?
- b) a racionalidade jurídica seria guiada pelo princípio da tolerância; da antidiscriminação (*antidiscrimination*) ou de uma real promoção da religiosidade individual entendida como autonomia pessoal, busca da verdade e favorável ao florescimento da virtude, da solidariedade e da paz⁸²⁶?
- c) a decisão feriu o sentido democrático e a consistência do sistema?

Se observarmos as declarações de Richard Posner sobre o caso perceberemos que as

⁸²³ *Supreme Court, October Term, 2013* (www.supremecourt.gov).

⁸²⁴ DENNISTON, Lyle. *Rules for Birth-control Mandate after Hobby Lobby*. Scotusblog. *Supreme Court of the United States Blog*. (acesso em 2/12/2015)

⁸²⁵ STRONG, S.I. *Religious Rights in Historical, Theoretical, and International Context: Hobby Lobby as a Jurisprudential Anomaly?* *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, Vol. 48 (3), p. 859 et seq. Harvard Widener Library.

⁸²⁶ *Ibidem*, n. 280, citando John Locke.

questões levantadas não se dão no plano supra mencionado mas em termos de expectativas econômicas:

Acomodação Pública e Direitos Humanos: a ameaça para a liberdade individual (no sentido de utilizar anticoncepcionais) e uma drenagem massiva da capacidade produtiva deveriam levar a lei a reforçar a necessidade da responsividade em termos de negócios no que se refere aos acionistas, clientes, fornecedores e também aos empregados presentes e futuros⁸²⁷.

Partindo desse princípio obteríamos as seguintes respostas:

a) os argumentos religiosos para o *Law and Economics* dificultariam a neutralidade e a própria racionalidade economicista por serem considerados “*unreasonable*”. Para Posner, os direitos civis, ou melhor, os interesses estariam na frente das crenças pessoais. Nesse sentido, fez a seguinte declaração no que se refere ao pedido da *Notre Dame University* de não oferecer corporativamente contraceptivos para seus empregados: “Ainda que Notre Dame seja o árbitro final de suas crenças, são as cortes que determinam se a lei a obriga a agir violando suas crenças⁸²⁸”;

b) como supra exposto, questões referentes à tolerância ou florescimento são também irrelevantes, já que o que se deve argüir é a eficiência. A antidiscriminação em termos religiosos é entendida como “um retrocesso que exige os grupos de respeitar as leis do mercado, que apresenta continuamente novos direitos humanos, que as pessoas deveriam poder gozar plenamente em termos de serviços, facilidades, vantagens e privilégios, a partir do pressuposto de que algumas preferências são racionais e outras irracionais⁸²⁹”. Dessa forma, para coordenar interesses e conseguir um comportamento convergente em termos de lucros e benefícios é preciso abdicar racionalmente de crenças pessoais: “só a análise custo benefício poderia servir como “*standard*” normativo, oferecendo uma correta base de moralidade para apreciar o conjunto⁸³⁰”.

⁸²⁷ Richard Posner (*Pareto and Kaldor-Hicks efficiency. (Economic Analysis of Law 17-20, 2011)* apud EPSTEIN, Richard A. *From Public Accommodations to Human Rights*. Stanford Law Review, June, 2014, Vol. 66 (6), p. 1266. Harvard Widener Library, tradução nossa).

⁸²⁸ POSNER, Richard. *Courts: Hobby Lobby ruling does not mean you don't have to sign a form*. (Irin Carmon, 20/05/15. www.msnbc.com, tradução nossa).

⁸²⁹ EPSTEIN, 2014, p. 1241.

⁸³⁰ Citando Posner. (RICHARDSON, Henry S. *The Stupidity of the Cost-Benefit Analysis* apud ADLER, 2015, p. 140, tradução nossa).

c) para Posner a decisão feriu o sentido democrático pragmático que se fundamenta em políticas públicas eficientes, pois “seu efeito acarreta a redução de riqueza sem garantir o mínimo nível de integração econômica⁸³¹”. No que se refere à consistência sistemática, esta é também irrevelante para Posner pois os variados juízes podem atuar de formas distintas. As mudanças se darão necessariamente de tempos em tempos, sendo a análise econômica responsável por avaliar o risco sistêmico de uma determinada decisão no sentido de que as novas reformas mantenham em crescimento as “robustas oportunidades” a que se devem referir⁸³². Nesse sentido, portanto, a decisão feriu a coerência baseada na Análise Econômica do Direito, já que a relação custo-benefício não lhe serviu como critério racional orientativo⁸³³. Conclui, por fim, que seria um contrasenso que as empresas enviassem ao governo a conta referente à política de controle de natalidade de seus próprios empregados.

Esquemáticamente, poderíamos sintetizar a racionalidade jurídica aplicada ao caso da seguinte forma:

- a) a eficiência econômica tomada como fim do pacto social está acima da liberdade religiosa, que não deve interferir em sua racionalidade;
- b) questões como tolerância e florescimento pessoal apresentam difícil inteligibilidade para a Análise Econômica do Direito e supõem um obstáculo para as decisões político-jurídicas;
- c) a discriminação não se dá em termos religiosos, mas de preferências, e são estas que devem ser protegidas como direitos;
- d) o senso democrático não depende de valores subjacentes e sua coerência “dinâmica”⁸³⁴ fundamenta-se no respeito às preferências e propostas pragmáticas oferecidas pelas políticas econômicas.

Perguntamo-nos, por fim, se os novos direitos humanos (*modern human rights*) apresentados por sua análise antropológico-jurídica fundamentada na eficiência geraria o que Finnis denominaria de genuína obrigação⁸³⁵, já que como expõe este autor:

⁸³¹ Ibidem, tradução nossa.

⁸³² DRIESEN, 2012, p. 225 et seq.

⁸³³ RICHARDSON, 2015, p. 139-140.

⁸³⁴ DRIESEN, 2012, p. 225.

⁸³⁵ “(...) *create what any self respecting person would count as a genuine obligation*”. (FINNIS, 2002, p. 22).

Pessoas que deliberam requisitam saber previamente porque uma determinada regra validamente declarada é autoritativa devendo ser por elas considerada em si como Direito⁸³⁶.

Vejamos como Fuller responderia às questões.

6.4 Antropologia e Prática Jurídica em Lon Fuller

Justiça tardia é injustiça.

IVES GANDRA FILHO

Preliminarmente nos referimos à diligência que devem ter as cortes no sistema fulleriano no que se refere à celeridade da administração da justiça⁸³⁷. Nesse sentido, a prudência deliberativa deve compaginar prazos oferecidos pela forma do Direito, em integração com o serviço a ser oferecido em tempo oportuno, sem deixar-se guiar por interesses político-pragmáticos. Fuller e Posner, portanto, apresentam distintas posturas também nesse aspecto.

No que se refere às questões levantadas, para respondê-las seguindo a racionalidade do autor, buscamos como intérprete seu aluno e editor, o professor Kenneth Winston⁸³⁸, além da pesquisa efetuada em seus escritos relativos ao tema abordado. Vejamos as possíveis respostas a partir das fontes consultadas:

a) no entendimento de Fuller a pessoa é uma unidade que, porém, atua na esfera individual e política. Sua moralidade individual vai além da esfera jurídica, o que protege suas decisões pessoais de transbordarem para a “*public square*”⁸³⁹. Nesse sentido, por exemplo, o mandato propondo a inclusão de pílulas do dia seguinte no plano de saúde seria contestado em termos de possibilidade de ser obedecido integralmente, dificultando a “legalidade eficaz⁸⁴⁰”, já que trata de tema controverso no que se refere a direitos fundamentais, tornando obrigatório algo que se refere a decisões pessoais relacionadas a direitos personalíssimos⁸⁴¹. Por outro

⁸³⁶ “*Deliberating persons request to be shown why a legal rule validly enacted is binding and authoritative for them previously as law*”. (FINNIS, 2002, p.121, tradução nossa).

⁸³⁷ FULLER, 1964, p. 95 et seq.

⁸³⁸ WINSTON, Kenneth. Entrevista. *Kennedy School of Government*. 1/12/2015.

⁸³⁹ “*State Law and Government are morally limited: they have no proper jurisdiction beyond the maintenance of justice and peace*”. (FINNIS, 2002, p. 41).

⁸⁴⁰ FULLER, 1964, p.168 et seq. Embora autores critiquem sua postura entendida como retrógrada para as necessidades do mundo moderno (*a provincial or parochial in the way of thinking about the nature of law and morals*). (CANE, 2011, p. 225).

⁸⁴¹ FULLER, 1987, p. 5-6.

lado, uma mal-entendida prioridade do “direito” (*right*) baseado em uma preferência pessoal sobre o bem comum (*good*)⁸⁴² não deveria prevalecer. Pensar o Direito como empresa capaz de submeter o ser humano a regras significa identificar os vários possíveis problemas a serem encontrados ao delinea-las, facilitando assim a adesão geral⁸⁴³.

Como comenta Fuller a sociedade estrutura-se a partir de determinados *middle level principles* onde a religiosidade estaria incluída, como dimensão moral humana fundamentada na liberdade⁸⁴⁴. A verdadeira democracia respeitaria também essa condição como base do diálogo. O direito de professar o credo – não, impô-lo - estaria na frente do mandato estatal, que, antes, deveria ser prudente no sentido de respeitar a esfera privada em questão controversa.

b) sua racionalidade jurídica não se ateria a um princípio negativo de tolerância⁸⁴⁵, mas à possibilidade de facilitar ou promover o que é bom ou conveniente, através de uma correta concepção de pluralismo. No caso, a liberdade de obedecer à própria religiosidade. Tendo em conta que sua teoria se apóia e tende à liberdade, conceberia também a religião a partir deste prisma, ou seja, não haveria verdadeira religião se faltar este requisito⁸⁴⁶. Por outro lado, materialmente, no que se refere às pílulas com possibilidade de eliminação da vida, Lon Fuller também poderia apresentar rejeição, pois os “*privilegiados direitos reprodutivos*” afetam outros direitos fundamentais prioritários, como expõe analogicamente o artigo “*Roe v. Wade Inverted: How the Supreme Court Might Have Privileged Fetal Rights Over Reproductive Freedoms*”, baseado no “Caso dos Exploradores de Caverna” de Lon Fuller⁸⁴⁷. Nesse sentido, a postura de Fuller é também entendida como o meio termo entre originalismo e o realismo extremo na interpretação judicial, de forma a servir-se dos princípios como guia a ser aplicado às provisões em novas questões sociais⁸⁴⁸.

Ressaltamos ainda que, em Fuller, as políticas de antidiscriminação, que podem apre-

⁸⁴² Michael Sandel apud STRONG, 2015, p. 864.

⁸⁴³ FULLER, 1964, p. 136.

⁸⁴⁴ FULLER, 2001, p. 323.

⁸⁴⁵ FULLER, 2001, p. 220.

⁸⁴⁶ Ibidem, p.337-338.

⁸⁴⁷ NOWLIN, Jack Wade. *Roe v. Wade Inverted: How the Supreme Court Might Have Privileged Fetal Rights Over Reproductive Freedoms*. 63 Mercer Law Review, 639, Winter, 2012. Harvard Widener Library.

⁸⁴⁸ DeCEW, Judith Wagner. *Constitutional Privacy, Judicial Interpretation, and Bowers v. Hardwick. Social Theory and Practice*, Vol. 15, n. 3 (Fall 1989), p. 285-303. Florida State University Department of Philosophy, p. 288.

sentar dupla face, acabam também por interferir na privacidade do cidadão, transformando o poder político em “ditador de valores” ou em um “reformador ético”⁸⁴⁹.

c) a decisão não afetaria a consistência do sistema em termos fullerianos. A citação de Boyle poderia ilustrar o raciocínio de forma aristotélica:

A sociedade política está moralmente obrigada a criar o espaço social para que as pessoas possam cumprir suas obrigações de buscar a verdade também em assuntos religiosos e viver de acordo com elas. Isto seria impossível se a vida política questionasse os deveres particulares intrinsecamente sobre sua correção ou adequação⁸⁵⁰.

O que poderia constestar previamente como coerência sistemática seria a impossibilidade fática do mandato para aqueles que o rejeitariam em consciência e os problemas que acarretaria em termos de congruência para compaginar a determinação estatal e a ação governamental.

Por fim, para Fuller, a nona emenda à Constituição americana, que se abre à inclusão de direitos não explicitamente mencionados em seu corpo, não admitiria qualquer “direito”, bem como a respectiva “*compliance*” por parte dos membros da sociedade. Os critérios formais (moralidade interna do Direito) e substanciais (moralidade externa do Direito) “devem ser consultados de forma a que um possa corrigir o outro⁸⁵¹”.

Esquemáticamente, poderíamos sintetizar a racionalidade jurídica aplicada ao caso da seguinte forma:

- a) assuntos referentes à moralidade individual não deveriam ser implementados através de políticas públicas como os que se referem à paternidade responsável, bem como aspectos controvertidos com relação a direitos fundamentais;
- b) a objeção de consciência e a liberdade religiosa – não concebidas sob o ângulo negativo de tolerância ou antidiscriminação - devem ser juridicamente respeitadas;
- c) os requisitos de generalidade, possibilidade, e congruência, se pré-considerados, poderiam ter facilitado a veiculação do mandato;

⁸⁴⁹ FULLER, Lon. *The Legal Philosophy of Gustav Radbruch*, J. Legal Edu. 481 (1953/1954). Harvard Widener Library.

⁸⁵⁰ Boyle apud Ibidem.

⁸⁵¹ Fuller apud BARNETT, Randy E. *The Ninth Amendment and Constitutional Legitimacy. Symposium on Interpreting the Ninth Amendment*. 64 *Chicago-Kent College of Law Review*, 37.

d) o sentido democrático “eunômico” deve compatibilizar moralidade interna e externa no que se refere aos *middle level principles* ou valores (*in a core of good sense*)⁸⁵².

Por fim, Fuller julgaria a decisão prudencial (*prudential arrangement*), transferindo a responsabilidade formal para o Estado, segundo o requisito da congruência, de arcar com as conseqüências em termos de despesa pela política adotada.

Como pudemos verificar as questões são respondidas de maneira essencialmente diversificada, principalmente por partirem também de questionamentos opostos em termos de valores. Como expõe Martha Nussbaum comentando sobre a teoria do custo-benefício:

Em todas as situações referentes a escolhas, enfrentamos o que denomino de “a questão óbvia”: o que devemos fazer? Porém, deveríamos enfrentar uma questão diferente à qual denomino “a questão trágica”: as alternativas abertas a nós estão totalmente livres de um sério erro moral? Discutindo tragédias literárias, filosóficas ou da própria vida, afirmo que é essencial enfrentar a trágica questão onde ela se torna pertinente, já que enfrentá-la ajuda-nos a identificar como construímos a sociedade de maneira a não enfrentar pessoas ou pelo menos não confrontá-las desnecessariamente. A análise custo-benefício pode ajudar a responder à questão óbvia, mas não auxilia nas questões essenciais ao sugerir que a questão óbvia é a única questão pertinente⁸⁵³.

Passamos, por fim, a avaliação jurídico-antropológica das teorias nos distintos planos aos quais transcendem.

⁸⁵² WINSTON in FULLER, 2001, p. 38.

⁸⁵³ NUSSBAUM, Martha. *The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis*. (ADLER, 2015, p. 169, tradução nossa).

7. AVALIAÇÃO JURÍDICO-ANTROPOLÓGICA DAS TEORIAS EM CONFRONTO

Before despising philosophers we should try to understand what they are trying to say.

BERTRAND RUSSELL

Em seu ensaio denominado “*Natural Law: The Classic Tradition*”, John Finnis cita a seguinte afirmação de Raz: “Hart negou que a explicação da natureza do Direito é valorativa. Para ele, ela é apenas uma empresa descritiva. Por razões explicadas por John Finnis no primeiro Capítulo do livro “*Natural Law, Natural Rights*”, acredito que Hart está errado neste ponto, e que Dworkin está certo no sentido de que a explicação sobre a natureza do Direito envolve uma consideração valorativa⁸⁵⁴”. Porém, Finnis conclui:

De qualquer forma Raz, como outros positivistas contemporâneos que reconhecem a necessidade desta “avaliação”, insiste que esta não necessita, não deve nem de fato se estender a uma avaliação moral. Tal como a insistência de Hart de que a avaliação intrínseca ao conceito de Direito, pode e deve ser limitada à “sobrevivência”, todas as tentativas de truncar a razão prática (avaliação), parecem também ser arbitrárias⁸⁵⁵.

Essas afirmações facilitam entender a necessidade de uma certa capacidade de avaliação do Direito que vai além da regra de reconhecimento⁸⁵⁶. A Antropologia pode oferecer uma triagem prévia: em termos fullerianos, apresenta-se como um suporte filosófico para a moralidade interna e, ao mesmo tempo, uma ferramenta para verificar o “*pedigree*” humano das decisões⁸⁵⁷.

Passamos a aplicá-la para avaliar as teorias em questão, bem como, suas consequências.

7.1. Plano Antropológico

⁸⁵⁴ “Hart (...) denied that the explanation of the nature of law is evaluative. For him it was a “descriptive” enterprise. For reasons explained by John Finnis (NLNR, ch. 1), I believe that Hart is mistaken here, and Dworkin is right that the explanation of the nature of law involves evaluative consideration”. Still Raz, like other contemporary positivists who acknowledge the necessity of such “evaluation”, insists that it need not and should not or does not extend to moral evaluation. Like Hart’s insistence that the evaluation which is intrinsic to the concept of law can and should be limited to “survival”, all such attempts to truncate practical reason (evaluation) seem arbitrary. (FINNIS, 2002, p. 17, tradução nossa).

⁸⁵⁵ Ibidem, tradução nossa.

⁸⁵⁶ “(...) by an official or a private citizen’s conscience”. (FINNIS, 2002, p. 23).

⁸⁵⁷ PAYNE, Michael. *The Necessary Relation Between Law and Morals in Lon Fuller’s “The Morality of Law”*. Proquest Dissertations and Thesis. Pro Quest Dissertations Publishing. Harvard Widener Library.

What we have is a crisis of humanity.

LUC FERRY

Apresentamos a comparação entre as concepções antropológicas, em termos filosóficos, diferenciando-se radicalmente de uma aproximação meramente biológica ou cultural, no sentido de que estas admitem em geral, uma diversidade jurídica essencialmente neutra⁸⁵⁸.

A. LON FULLER

A base antropológica oferecida por Fuller obedece à natureza racional-relacional dos que deverão se submeter ao Direito, facilitando a adesão. Por outro lado, respeitando a liberdade e promovendo a responsabilidade capacita o cidadão a interessar-se pelo Direito e por seu reflexo na sociedade⁸⁵⁹.

A concepção ampla do autor sobre a capacidade humana, projetada também pela moralidade de aspiração, favorece uma visão positiva e criativa do Direito⁸⁶⁰. Ao mesmo tempo, a fundamentação natural cria uma sensibilidade ao que pode favorecer ou não a regulação de condutas em termos dos princípios básicos que devem ser respeitados como alicerces da edificação social, já que engloba três elementos: o que poderia ser chamado de reta razão; princípios gerais referentes aos processos que envolvem as relações humanas e sua comunicação, e a determinação objetiva da boa ordem das relações humanas, bem como de seus limites⁸⁶¹.

Sua apresentação do Direito, por sua vez, estimula o desejo de aprofundar na Antropologia, tornando mais próximo o Direito que se estuda e aquele que se promove na realidade, pois há uma coerência sistêmica a partir do elemento humano que o embasa. O próprio Fuller estimulava seu estudo bem como o da Sociologia para conjugar natureza e fato

⁸⁵⁸ BOAS, Franz. *As limitações do método comparativo em Antropologia. Antropologia Cultural*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

⁸⁵⁹ ASOMAH, Joseph Yaw. *The Importance of Social Activism to a Fuller Concept of Law*. *Western Journal of Legal Studies*, Oct, 2015, Vol, 6 (1). Harvard Widener Library.

⁸⁶⁰ FULLER, Lon. *The Place and Uses of Jurisprudence in the Law School Curriculum*. *Journal of Legal Education*, Jan. 1, 1948, Vol. 1, p. 495. Harvard Widener Library.

⁸⁶¹ SUMMERS, 1984, p. 73.

social de modo a poder entender em cada momento o que é vital e, por outro lado, por que razões certas regras se tornam necessárias ou convenientes⁸⁶².

Por fim, a concepção racional-relacional fulleriana do ser humano e sua compreensão como ser sujeito a regras cujo propósito é inteligível e motivador no sentido de favorecer, como fim, a excelência e a comunicação, serve como base de organização de um Direito que promoverá tanto a vida boa aristotélica (*eudaimonia*) quanto a boa ordem social (*eunomics*)⁸⁶³. Nesse sentido, autores afirmam⁸⁶⁴ também que sua base antropológica protege a dignidade humana⁸⁶⁵.

Para exemplificar juridicamente a avaliação antropológica evocamos os conhecidos casos fictícios que Fuller oferece para debate como “O Caso dos Exploradores de Cavernas”⁸⁶⁶ e “O Problema do Informante Rancoroso”⁸⁶⁷, que estimulam reflexão centrada no elemento humano e na seriedade com que se deve pensar o Direito, bem como as consequências das decisões que se tomam em termos individuais e sociais.

Resumidamente, podemos afirmar que a base antropológica em Fuller sustenta um Direito que pode oferecer, de fato, sólidas razões para agir (*sound reasons to act*)⁸⁶⁸ e produzir adequadas consequências em termos de relações humanas.

B. RICHARD POSNER

O antirealismo personalista de Posner, que rejeita qualquer essencialismo epistêmico⁸⁶⁹, desemboca em uma concepção antropológica fundamentalmente reducionista, ou seja, a apresentação do ser humano como *homo economicus*: consistentemente racional e estritamente auto-interessado com relação às preferências subjetivas que busca otimizar. A questão que se coloca primeiramente é se de fato o que caracteriza um ser humano – *what*

⁸⁶² SUMMERS, Robert. *Fuller on Legal Education*. Journal of Legal Education. Mar 1, 1983, vol. 34 (1), p. 8. Harvard Widener Library.

⁸⁶³ FULLER, 2001, p. 59 et seq.

⁸⁶⁴ Hilary Charlesworth, Karen Knop, Richard H. McAdams, etc. (CANE, 2011, p. 43, 61, 70-73, 249, etc.)

⁸⁶⁵ LUBAN, David. *The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons*. Hague Journal on the Rule of Law. Volume 2, Issue 01, March 2010, p. 29-47.

⁸⁶⁶ FULLER, Lon. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. São Paulo. LEUD, 2003.

⁸⁶⁷ Ambos os casos levantam questões referentes ao que se pode denominar de *Natural Law*. (FULLER, Lon. *The Problem of the Grudge Informer*. (Morality of Law, 1969, p. 245). *Rechtsphilosophie*. Universität Bern. Harvard Widener Library.)

⁸⁶⁸ FINNIS, 2002, p. 15.

⁸⁶⁹ BOYD, Craig. *A Shared Morality. A Narrative Defense of Natural Law Ethics*. Grand Rapids: Brazos Press, 2007, p. 161 et seq.

*makes a human being, human*⁸⁷⁰ - e o torna precisamente humano é a busca e satisfação de suas necessidades materiais.

A partir desse conceito, Posner constrói sua teoria jurídica sobre a proteção do comportamento autointeressado e de seus resultados econômicos. Nesse sentido, apresentará a base para que as decisões jurídicas incentivem também a eficiência através da promoção das distintas preferências⁸⁷¹.

A concepção antropológica é, portanto, insuficiente para favorecer integralmente o ser humano através do Direito. Sua racionalidade não irá além da maximização de preferências e sua racionalidade será desenvolvida como meio para seus próprios fins⁸⁷². Por outro lado, a normatividade do Direito será atraente à medida que promova a utilidade, o que, por sua vez, apresenta-se mais interessante em um primeiro momento, por oferecer uma proposta amoral.

Posner desperta também um interesse pela Antropologia, porém em termos comportamentais econômicos (*behavior Law and Economics*), de forma a facilitar a compreensão das leis de consumo e estímulo da riqueza, bem como do comportamento dos juízes, para prevê-lo, também no que se refere a possíveis posturas morais, concebidas em Posner como ideológicas⁸⁷³.

Por fim, a concepção reducionista do ser humano como indivíduo auto-interessado serve de base para um Direito parcial, focado em apenas uma dimensão e sujeito a uma aproximação injusta, apesar da exatidão econômica⁸⁷⁴.

Para ilustrar juridicamente a avaliação antropológica em Posner transcrevemos um poema referente ao comportamento dos juízes, que cita ao aludir jocosamente, de forma determinista sobre a maneira das pessoas se comportarem:

<i>I often think it is comical</i>	Eu sempre penso que é engraçado
<i>How Nature does contrive</i>	Como a natureza maquina
<i>That every boy and every girl</i>	Que cada menino ou menina
<i>That is born into the world alive</i>	Nascido com vida integral
<i>Is either a little liberal</i>	Ou é um pouco conservador
<i>Or else a little conservative.</i>	Ou um pouco liberal ⁸⁷⁵ .

⁸⁷⁰ ROSENBLUM, Nancy. *Liberalism and Moral Life*. Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 286 et seq.

⁸⁷¹ SMYTH, Russell. *Do Judges Behave as Homo Economicus, and if so, can we measure their performance? An Antipodean Perspective on a Tournament of Judges*. Florida State University Law Review, Volume 32, Summer, 2005, Number 4, p.1301-1302.

⁸⁷² Nesse sentido hoje se emprega frequentemente o verbo *network*.

⁸⁷³ POSNER, 2008, p. 97-98.

⁸⁷⁴ Ibidem, p. 77.

Podemos expressar esquematicamente a avaliação confrontante em termos antropológicos da seguinte forma:

- a) a base antropológica que Fuller oferece para o Direito apresenta uma completude em termos de natureza humana, acentuando a racionalidade, a relacionalidade, a liberdade e a responsabilidade;
- b) o estudo antropológico em Fuller, aliado à Sociologia, facilitará ao Direito identificar e compatibilizar valores perenes e mudanças sociais necessárias, convenientes ou criativas;
- c) Posner parte de um reducionismo antropológico, destacando preponderantemente o aspecto econômico no ser humano e seu auto-interesse, como base para que o Direito possa desempenhar sua tarefa com relação à maximização das diversificadas preferências;
- d) o estudo antropológico em Posner será limitado, enfocando somente o comportamento econômico para extrair as devidas conseqüências em termos de promoção da eficiência (*Behavior Law and Economics*).

Dessa forma, podemos perceber como o embasamento antropológico dos sistemas jurídicos em questão pode orientar distintamente as relações no Direito, produzindo completude ou parcialidade em termos de realização humana⁸⁷⁶.

7.2. Plano Jurídico

*Justice as a virtue is opposed to all acts the motive of which is the specific desire of gain in honor, wealthy or safety*⁸⁷⁷.

WILLIAM DAVID ROSS

⁸⁷⁵ Ibidem, p. 100, tradução nossa.

⁸⁷⁶ BOGLIOLO, Louis. *Philosophical Anthropology: a comprehensive work in systematic philosophy*. Calcuta: Karotemprel, 1983. Harvard Widener Library.

⁸⁷⁷

Comparamos os sistemas jurídicos propostos, partindo da concepção antropológica de Direito como coordenador das ações e relações humanas com vistas à conformação da ordem social justa⁸⁷⁸.

A. LON FULLER

A base antropológica de Fuller aliada à moralidade interna que sustenta, direciona o Direito ao sentido de justiça personalista⁸⁷⁹, ou seja, prepara a vontade para dar constantemente ao outro o que lhe pertence - *steady willingness to give others what is theirs*⁸⁸⁰ -, já que seu empreendimento de governar por leis fundamenta-se no respeito pelas pessoas como agentes morais, livres e responsáveis⁸⁸¹.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que a moralidade deve ser um elemento intrínseco ao Direito, Fuller procurará também discernir o limite jurídico desta no que se refere às relações que governa, bem como aos princípios que a permeiam⁸⁸². Nesse sentido, as instituições jurídicas atuarão também como veículos de liberdade⁸⁸³: toda regra será entendida como uma escolha⁸⁸⁴, tornando possível a realização dos projetos pessoais e sociais nos moldes humanos⁸⁸⁵, onde, por sua vez, as restrições necessárias são apresentadas como canalizadores da vida em sociedade⁸⁸⁶. Dessa forma, a autoridade complementar a liberdade⁸⁸⁷, animando os cidadãos a participar de forma significativa nas molduras que regulam suas interações⁸⁸⁸. Há também um fundo aristotélico nessa compreensão: a justiça se dá entre livres e iguais⁸⁸⁹. Para o sistema jurídico fulleriano, os agentes são livres através da voluntariedade atualizada, e iguais através da reciprocidade⁸⁹⁰.

Sua concepção jurídico-antropológica promoverá ainda um profundo respeito às regras, gerando confiabilidade entre governante e governado⁸⁹¹ bem como segurança

⁸⁷⁸ MARTINS, 2010, p. 26.

⁸⁷⁹ ROSS, Willian David. *On Aristotle Nichomachean Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1998, XVIII.

⁸⁸⁰ FINNIS, 2002, p. 23.

⁸⁸¹ WINSTON, 1996, p. 346.

⁸⁸² FULLER, 1964, p.192.

⁸⁸³ FULLER, 2001, p. 315-316.

⁸⁸⁴ KENNEDY, Duncan. *Form and Substance in Private Law Adjudication*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, p. 1685-1778, 1976.

⁸⁸⁵ FULLER, 2001, p. 62 et seq.

⁸⁸⁶ “*We feel easy in our harness*”. Robert Frost apud *Ibidem*, p. 321.

⁸⁸⁷ YEPES, 2001, p. 135.

⁸⁸⁸ WINSTON, 1996, p. 418.

⁸⁸⁹ AQUINO, 2001, p. 319.

⁸⁹⁰ FULLER, 2001, p. 81.

⁸⁹¹ FINNIS, 2000, p. 301.

jurídica⁸⁹². Para tal, auxilia também o regime a ser causa exemplar, não devendo, portanto, veicular seus próprios interesses; perseguir um objetivo que lhe pareça bom, fanaticamente, ou manipular ideologicamente, pois, se buscar resultados determinados, não auxiliará as pessoas a constituírem-se a si mesmas na comunidade⁸⁹³. Dessa forma, gera uma atitude moral, fomentando um reino de ordem autônoma⁸⁹⁴ e uma “*managerial direction*” interativa horizontal⁸⁹⁵. A partir de sua Antropologia, o fenômeno jurídico em Fuller pode também ser compreendido desde um ponto de vista interno suscitando a aceitação pelo propósito (*purposeful and meaningful*)⁸⁹⁶.

Por outro lado, a base antropológica que fundamenta a moralidade interna de seu sistema jurídico é capaz de sustentar em plenitude o que se entende como *Rule of Law* em termos personalistas, respeitando os cânones que propõe⁸⁹⁷; promovendo a liberdade⁸⁹⁸ e garantindo o devido processo jurídico⁸⁹⁹.

Essa liberdade permite ainda o recurso a outras fontes de Direito aceitas como meios para regular as relações humanas, tais como arbitragem, mediação, etc.⁹⁰⁰, permeadas por valores, como já apresentado no tópico referente ao *legal reasoning* fulleriano.

Em Fuller, portanto, o Direito reflete o elemento humano e suas práticas sociais “avalizadas pela qualidade moral da interação”, gerando uma natural “*compliance*”⁹⁰¹. Nesse sentido, sua proposta jurídica questionar-se-á fundamentalmente sobre o essencial visando encontrar os atributos que o Direito necessita para melhor conduzir os homens em suas relações interpessoais livres⁹⁰². Como completa Jeremy Waldron:

O que seria da justiça social, se os seres humanos perdessem o próprio senso de agentes livres? O que seria da prosperidade ou da civilização, se as pessoas se tornassem temerosas pelos efeitos de um sistema que as destituiu de apoio?⁹⁰³

⁸⁹² ÁVILA, 2011, p. 181-182.

⁸⁹³ FULLER, 2001, p. 190.

⁸⁹⁴ FULLER, 1940, p. 134.

⁸⁹⁵ PAVLOS, Eleftheriadis. *A Discussion of Lon Fuller. Legality and Reciprocity*. Jerusalem Review of Legal Studies, 2014, Vol. 10 (1), p. 13 et seq. Harvard Widener Library.

⁸⁹⁶ SCHAUER, Frederick. *Fuller’s Internal Point of View. Law and Philosophy*, 1994, Vol.13 (3), p. 285-312. Harvard Widener Library.

⁸⁹⁷ SUMMERS, 1984, p. 28-30

⁸⁹⁸ SIMMONDS, 2007, p. 101.

⁸⁹⁹ No julgamento citado na introdução, por exemplo, afirma o Ministro Peluso que se não se dá à pessoa o direito de ser ouvida ela é transformada em objeto.

(<http://www.stj.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200493&caixabusca> – acesso em 2-III-12)

⁹⁰⁰ FULLER, 1984, p. 42 et seq.

⁹⁰¹ WINSTON, 1994, p. 257 et seq.

⁹⁰² WALDRON, Jeremy. *Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity?* (Ibidem, p. 264).

⁹⁰³ Ibidem, p. 266, tradução nossa.

A interpretação jurídica é também protegida pela concepção antropológica, podendo aplicar-se à sua teoria as seguintes palavras de John Finnis:

Os juízes são simplesmente pessoas dedicadas intelectualmente e moralmente preparadas para sua tarefa, decididas a falar em nome do Direito, e, dessa forma, com a voz da comunidade, em vez de falar em seu próprio nome. Sua responsabilidade por fazer justiça entre as partes – por emitir uma boa e justificada decisão para cada caso – deve estar alinhada com a responsabilidade de que a decisão também se ajuste – ao menos não contradiga – o Direito existente na comunidade, tomado como um todo (...). Uma maneira tradicional de respeitar este princípio diante de incertezas interpretativas é que os juízes se perguntem como resolveriam o caso - dentro dos limites da razoabilidade - aqueles que projetaram o Direito, se se deparassem com as circunstâncias em questão⁹⁰⁴.

Por fim, a Antropologia jurídica personalista fulleriana torna o Direito capaz de favorecer o florescimento humano ao acentuar uma positiva interrelacionalidade a partir da liberdade (*freedom*), onde os direitos (*rights*) não são compreendidos como a “*liberty*” “hobbesiana” - que traz consigo certa noção de não interferência (*non-interference*) e ausência de dever (*absence of duty*)⁹⁰⁵ - já que seu objetivo é a comunicação⁹⁰⁶.

Nesse sentido, Fuller compreende também que sua proposta jurídica não é de fácil aplicação, já que a base se projeta a um ideal, mas entende, de forma aristotélica, que é possível alcançá-lo institucionalmente se os agentes são preparados, estimulados e assegurados para que assumam responsavelmente a conduta que favorece a consolidação da ordem social que o Direito visa promover⁹⁰⁷:

A civilização é ordem social (...). Seu início se dá quando o caos e a insegurança chegam ao fim (...). Porque, logo que o medo é dominado, a curiosidade e a construtividade se vêem livres, e por impulso natural o homem procura a compreensão e o embelezamento da vida⁹⁰⁸.

Para ilustrar a perspectiva antropológica na avaliação jurídica a partir da teoria fulleriana apresentamos o exemplo que o autor oferece a respeito de processos de julgamento meritório como premiações, etc. – já que para Fuller os distintos procedimentos relativos às relações humanas apresentam uma base jurídica; podem ser orientados pela moralidade interna; buscam a justiça⁹⁰⁹ e geram comprometimento - onde elementos objetivos somados

⁹⁰⁴ FINNIS, 2002, p. 35-36, tradução nossa.

⁹⁰⁵ Ibidem, p. 24.

⁹⁰⁶ FULLER, 1964, p. 201-202.

⁹⁰⁷ PRIEL, Dan. *Reconstructing Fuller's Argument Against Legal Positivism*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, July, 2013, Vol. 26 (2), p. 399 (15). Harvard Widener Library.

⁹⁰⁸ Will Durant apud MARTINS, 2015, p. 1.

⁹⁰⁹ “*What is owed to everyone.*” (FINNIS, 2002, p. 24)

ao discernimento de cada juiz e os valores em questão são levados em conta, respeitados os métodos que embasam a deliberação. Cita como exceção o processo formal rigoroso para a beatificação de um santo na Igreja Católica e sua dependência de uma prova extraordinária, a partir do “*Rule of Law*” estabelecido. As decisões, portanto, dependem do diálogo entre os elementos jurídicos e humanos que a compõem, fazendo-se mais intensa, porém, a forma jurídica no processo canônico. Nesse sentido, comenta também que no que se refere às questões em que há sérias penas envolvidas, o cuidado jurídico em termos de respeito à lei (*due process of Law*) - bem como o discernimento cauteloso devem ser especialmente prudentes⁹¹⁰.

Passamos a avaliar as conseqüências jurídicas a partir da base economicista de Posner.

B. RICHARD POSNER

A grande questão levantada pela proposta reducionista de Posner em termos de teoria do Direito é oferecer normatividade à análise econômica, quando esta teria um mero e interessante papel instrumental⁹¹¹. Como afirma Finnis: “nenhuma teoria sobre direitos pode estar fundamentada, ou mesmo, simplesmente esboçada, de forma completa, a não ser que trate das questões essenciais do ser humano⁹¹²”.

A economia é um fator social de extrema importância e uma ciência que muito pode auxiliar o desenvolvimento social, iluminando também o Direito, mas não se identifica com ele, já que as relações humanas não podem ser limitadas aos seus aspectos e conseqüências⁹¹³. Nesse sentido, Fuller faz a seguinte observação:

O tratado de Paul Samuelson denominado “*Economia: Uma Análise Introdutória*” é considerado um dos livros mais amplamente utilizados em ambientes universitários. Em sua segunda edição, surgiu uma discussão sobre “As fronteiras e limites da Economia”, na qual a visão avançada afirmava que a economia se refere exclusivamente a meios e não deve tratar de fins. (...) Uma interessante demonstração de que a ciência econômica é caracterizada por uma particular finalidade, sendo, portanto incompetente para responder a questões quando seu objetivo primário está excluído da consideração, pode também ser encontrada no livro de R.F. Harrod, denominado “*Escopo e Método da Economia*”⁹¹⁴.

⁹¹⁰ FULLER, 1964, p. 44-45.

⁹¹¹ WINTGENS, 2007, p. 44.

⁹¹² FINNIS, 2002, p. 25, tradução nossa.

⁹¹³ ROSENBLUM, 1989, p. 5-6.

⁹¹⁴ FULLER, 1964, p. 28, tradução nossa.

Hoje, devido ao desejo de celeridade e simplificação em termos de administração de justiça, a proposta da Análise Econômica do Direito pode parecer bastante atraente já que trabalha com dados exatos a serem avaliados de forma neutra, permitindo mobilidade e fluidez, o que, em certos casos se demonstra necessário e eficaz⁹¹⁵. Porém, a questão que se coloca é se realmente permite ao Direito cumprir em plenitude seu papel no que se refere à justiça e à estabilidade social, já que a ferramenta substitui seu operário.

A concepção antropológica comportamental economicista guiará o Direito no sentido de indicar as variações e descontinuidades em termos de preferências, procurando ajustá-las para que se possa jogar economicamente (*play the same game*) - tratando costumes, regras, leis, etc., através do enfoque jurídico-econômico (*economic and juridic aspects in the same framework*) - e identificar quem é capaz de vencer⁹¹⁶.

Por outro lado, como sua interpretação jurídico-econômica depende também do contexto pragmático, relativiza-se através de sua neutralidade moral, dificultando a segurança jurídica. O “*Rule of Law*”, ainda que multifacetado, necessita apoiar-se em elementos fortes para evitar abertura à corrupção e à manipulação⁹¹⁷. Por sua vez, a tentativa de compaginar interesses variados, sem uma base institucional moral, acaba ocasionando desequilíbrio em termos de riqueza e até mesmo insegurança em relação aos mecanismos econômicos quando este seria seu intuito, demonstrando de fato o quanto a análise depende de fatos e não de leis. Seus critérios também se apresentam juridicamente inapropriados para enfrentar situações críticas e crises políticas pela limitação de sua perspectiva⁹¹⁸.

Em resumo, o reducionismo econômico gera uma formulação jurídica superficial que se atém somente aos efeitos das regras e decisões bem como à sua “desejabilidade social” derivada da avaliação pragmática⁹¹⁹, e não de um padrão objetivo, isolando outros fatores ético-jurídicos essenciais na estruturação de uma ordem social justa⁹²⁰.

Nesse sentido, ao sistema jurídico economicista também se poderia aplicar *mutatis mutandis* as palavras de Finnis com relação ao positivismo:

⁹¹⁵ SANTANA, Hector. **Análise Econômica do Direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor**. Revista Brasileira de Políticas Públicas 4.1, 2014, p. 224 et seq.

⁹¹⁶ “*How Law enforces and exclude others (...)*”. NEWMAN, 1998, Volume 1, p.70.

⁹¹⁷ HAGGARD, Stephan. **The Rule of Law and Economic Growth: Where are we?** World Development, Volume 39, Issue 5, Maio/2011, p. 673-685.

⁹¹⁸ ZYWICK, Todd. **Economic Uncertainty, the Courts and the Rule of Law**. Harvard Journal of Public Policy 35.1 (Winter 2012), p. 195-212. Harvard Widener Library.

⁹¹⁹ KAPLOV, Louis e SHAVELL. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School and National Bureau of Economic Research. Chapter 25. Harvard Widener Library.

⁹²⁰ WINSTON in FULLER, 2001, p. 38.

Por toda sua sofisticação, os positivistas contemporâneos encontram-se essencialmente na mesma posição adotada por Austin em sua brutal e irrelevante menção à autoridade das leis perversas: se dissesse que leis gravemente contrárias à moralidade não são vinculantes, as cortes demonstrarão a inconclusividade de meu raciocínio “enforcando-me” por não me submeter à lei cuja validade impugnava⁹²¹.

Para ilustrar a perspectiva antropológica na avaliação jurídica, a partir do economicismo de Posner, apresentamos a questão sobre a justificação de impostos ambientais nas políticas públicas mexicanas baseada na análise econômica, apesar da precária situação econômica do país⁹²², e, por outro lado, a possibilidade de não dar início ao processo referente à falência na ausência de bens ou insuficiência de patrimônio por parte do falido, para evitar os altos custos judiciais⁹²³, ainda que essa prática venha ocasionando consideráveis injustiças e encobrendo também comportamentos dolosos. Estes exemplos demonstram o quanto o elemento econômico supera uma aproximação mais completa em termos de justo político.

Podemos expressar esquematicamente a avaliação confrontante no plano antropológico-jurídico da seguinte forma:

- a) a base ético-antropológica fulleriana permite ao Direito abrir-se à justiça, pois parte do respeito ao agente livre;
- b) promove também o respeito pela forma do Direito, gerando segurança jurídica;
- c) o reducionismo antropológico-jurídico efetuado pela análise econômica do Direito dificulta a administração da justiça por ignorar outros elementos humanos essenciais.
- c) o pragmatismo aliado à política de interesses da qual o Direito depende gera insegurança jurídica.

Como resume o Professor Winston, para Fuller, o propósito da regulação jurídica (ou governo de regras) é fornecer as linhas mestras para as ações autodirigidas, e, já que promovem autonomia, governar por leis significa primeiramente tratar os cidadãos com respeito⁹²⁴. Ambas as afirmações não podem ser aplicadas ao economicismo já que promover as preferências não é exatamente facilitar a autodireção, mas o auto-interesse, acarretando

⁹²¹ AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 1st pub 1832, Ed. Hart (London, 1954), 185, FINNIS, NLNR, 354-5 apud FINNIS, 2002, p. 23.

⁹²² TORRE, Vicente e RÍOS, Maria. *Análisis de los Instrumentos Económicos con Fines Ambientales en la Legislación y Políticas Públicas Mexicanas*. Hanguk Haksul Chungbo. 2014, vol. 16 (1), p. 293. Harvard Widener Library.

⁹²³ OJEDA, Raúl Nuñez e CARRASCO, Sergio Delgado. *La Quiebra sin Bienes. Una aproximación desde el análisis económica del Derecho*. Ius et Praxis, Vol. 17, n. 1, 2011, p. 139-176. Harvard Widener Library.

⁹²⁴ WINSTON in FULLER, 2001, p. 53.

também a manipulação subliminar pelo *nudging* que promove⁹²⁵, como já exposto. Por outro lado, em última análise, o economicismo destaca a eficiência e não a pessoa, que é o fundamento do Direito personalista.

Vejamos os efeitos que geram as duas posturas no plano social.

7.3. Plano Social

One comes to understand human nature only by understanding human capacities and these capacities in turn only by understanding the acts which actualize them, and those acts, only by understanding their objects, that is, the good they intend to attain.

ARISTOTLE

A base antropológico-jurídica de cada teoria gera uma postura radicalmente oposta com relação à alteridade, ou seja, se assim se pode dizer, a “capacidade do outro” ou em relação ao outro. Nesse sentido, poderíamos dizer que Fuller impulsiona a abertura (*inside out*) enquanto Posner estimula o contrário (*from outside in*), ou seja, a partir do estímulo externo, a obtenção de preferências, onde as relações se tornam meios. Vejamos suas conseqüências.

A. LON FULLER

A antropologia fulleriana permite ao Direito favorecer o livre florescimento individual a partir de um enfoque relacional. Dessa forma, pode também abrir-se aos valores sociais⁹²⁶ com a prudência devida, sabendo conservar estavelmente o que sublinha a natureza compartilhada (*potentially shared by all*)⁹²⁷ e receber com liberdade as variações e inovações através de um pluralismo que respeita a contribuição individual livre como acréscimo social. Nesse sentido também resume o Professor Winston:

Fuller defendia uma concepção da natureza humana que discernia as variações dentro da estrutura. As variações tornam a liberdade necessária e a

⁹²⁵ “Nudge and ethical defense”. (WILKINSON, T.M. *Thinking Harder about Nudges*. *Journal of Medical Ethics*. August 2013, vol. 39 (8), p. 486 et seq. (peer Reviewed Journal) BMJ Publishing Group Ltd and Institute of Medical Ethics. Harvard Widener Library).

⁹²⁶ ASSOMAH, 2015, p. 9.

⁹²⁷ FULLER, 2001, p. 327.

estrutura básica a torna possível através da prática social. Concluiu então propondo que a liberdade deve superar três provas como ideal: que contribua para a obtenção dos objetivos sociais; que contribua para a excelência humana, e, por colocar o peso ou responsabilidade da escolha nas mãos dos indivíduos, contribua para o florescimento humano⁹²⁸.

Por outro lado, o ideal apontado por Fuller assemelha-se *mutatis mutandis* àquele exposto por Ives Gandra em seu livro *Uma Breve Introdução ao Direito*:

O grande desafio do Direito regulador da vida em sociedade é permitir a convivência do homem com um mínimo de atritos e o máximo de tolerância, na busca de uma ordem social justa⁹²⁹.

Diríamos que, em Lon Fuller, o Direito não só facilita a comunicação, mas parte dela e a promove, contribuindo para atingir as metas sociais; para a satisfação humana, e, através da responsabilidade colocada nas mãos de cada indivíduo, contribui para seu próprio aperfeiçoamento. Como comenta Fuller, alguns entendem que dar margem à espontaneidade natural seria promover a desordem⁹³⁰, porém, o autor acredita em uma ordem espontânea onde a atividade humana pode ser coordenada, mas não dirigida diretamente: “sujeitamo-nos a leis que se adequam a todos, levando à harmonia e ao equilíbrio⁹³¹”. Dessa forma, é possível não somente tornar as escolhas individuais efetivas, mas também torná-las socialmente responsáveis⁹³².

O Direito oferece, para tal, as linhas básicas: uma “moldura” que facilita a convivência. Como já exposto, podemos afirmar que normalmente nossas ações mais firmemente dirigidas aos demais não chegam ao nível de uma decisão de consciência, como não pensamos nas regras gramaticais ao falarmos, a não ser que sejam violadas. Tanto como a linguagem, o Direito oferece a pauta para a comunicação⁹³³. Por outro lado, dá razões para a comunicação, servindo como ferramenta para abrir e cultivar a integridade de seus canais⁹³⁴.

Porém, o objetivo de manter a comunicação, através da moralidade e da liberdade do Direito, termina por transcendê-lo⁹³⁵, promovendo um senso de responsabilidade (*trusteeship*) pelo bem do grupo⁹³⁶ e uma base de confiança⁹³⁷. Facilita o combate ao individualismo e ao

⁹²⁸ WINSTON in *Ibidem*, p. 27, tradução nossa.

⁹²⁹ MARTINS, 2010, p. 26.

⁹³⁰ FULLER, 2001, p. 318.

⁹³¹ WINSTON, 1996, p. 338, tradução nossa.

⁹³² *Ibidem*, p. 417.

⁹³³ FULLER, 1969, p. 2-3.

⁹³⁴ FULLER, 1964, p. 201- 202.

⁹³⁵ *Ibidem*, p. 199.

⁹³⁶ FULLER, 1969, p. 32.

⁹³⁷ FULLER, 2001, p.81.

utilitarismo, que, segundo Fuller, não se preocupa com a felicidade de ninguém⁹³⁸, pois onde entra o *ego* como fim, a relação torna-se mais difícil. Conclui que é possível buscar o melhor para o outro, e até mesmo dar o melhor e receber o pior⁹³⁹. Nesse sentido, entende que a lei fomenta a amizade dos homens entre si, conforme afirma Tomás de Aquino, e esta, por sua vez, “pode determinar o indeterminado da lei, plenificando seus vazios e dizendo o que foi silenciado⁹⁴⁰.”

A base antropológica que sustenta a teoria fulleriana parte dessa concepção, pois desde o primeiro momento entende as relações sociais prévias ao Direito como uma maneira de conviver respeituosamente, amparada por regras. Citando o antropólogo Maine, Fuller expõe:

Entre as regras através das quais os seres humanos conduzem seu próprio aperfeiçoamento distinguimos as que se referem à moralidade, ao Direito, à religião, à educação, etc. (...). As mentes primitivas podiam não as distinguir, mas compreendiam a necessidade de compartilhá-las, entendendo também que um distanciamento das regras estabelecidas significava uma ruptura na realização do empreendimento conjunto⁹⁴¹.

Por outro lado, a partir deste respeito inicial, o Direito fortalece também as instituições - “podemos conhecer melhor o mal em comum do que sozinhos”⁹⁴² -, assegurando as boas relações, que, em última análise, é o que favorece com maior eficácia a realização humana. Nesse sentido podemos evocar os problemas de relacionamento em qualquer instituição e a destruturação pessoal e social que podem ocasionar ainda que resultados econômicos possam apresentar-se “satisfatórios”⁹⁴³. Como afirma John Finnis:

O mais agrupado significado de instituição, partindo de sua raiz “*institutio*” (...) aponta para salientes características do Direito, estabelecendo padrões, arranjos, ordem, sistema, constituição, organização, etc., que perduram através das ações de pessoas (...) baseadas, por sua vez, em princípios ou fundamentos racionais (...) principalmente no que se refere aos bens humanos básicos⁹⁴⁴ e à liberdade constitutiva da qual gozam⁹⁴⁵.

Dessa forma, através de seus alicerces as instituições promovem as boas relações humanas, e, estas, por sua vez, asseguram a firmeza institucional através das pessoas que as

⁹³⁸ Ibidem, p. 221.

⁹³⁹ FULLER, 1987, p. 83.

⁹⁴⁰ BARZOTTO, 2010, p. 116.

⁹⁴¹ FULLER, 1984, p. 50-51, tradução nossa.

⁹⁴² SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 183. (Tradução livre).

⁹⁴³ XANTHOPOULOU, Despoina et alia. *The life of a happy worker: Examining short-term fluctuations in employee happiness and well-being*. Human Relations, 2010, Vol. 63 (4), p. 578-580. Harvard Widener Library.

⁹⁴⁴ Entre eles consta a amizade ou sociabilidade. (FINNIS, 1992, p. 87 et seq., 119, etc.)

⁹⁴⁵ FINNIS, 2002, p. 25-26, tradução nossa.

integram ao se apoiarem mutuamente, “vivendo em paz por tratar cada um justamente, e assim poder colaborar efetivamente⁹⁴⁶”. Por sua vez, o Direito, entre as instituições, é também abraçado com o mesmo espírito:

Deve-se eleger a atitude social que assumo o Direito como uma instituição que merece respeito e obediência, isto é, como exigência razoável para a consecução da felicidade e da paz social⁹⁴⁷.

Portanto, o diálogo entre Antropologia, Sociedade e Direito em Fuller é uma continuidade, onde também os fins buscados se entrelaçam de forma convergente, tornando possível a realização plena do ser humano em sua natureza relacional⁹⁴⁸.

Para exemplificar juridicamente a postura, vejamos o que Fuller expõe sobre os denominados crimes “sem vítimas” (*crimes without victims*), como a prostituição, o narcotráfico, etc., que levam o Direito a uma natural deterioração, já que são as próprias “vítimas” que evitam o sistema jurídico, levando a práticas precárias de perseguição legal, como a utilização de tortura ou espões para obter provas, etc. e acarretando desde os primeiros atos, relações infra-humanas em termos racionais e relacionais⁹⁴⁹. Nesse sentido, Fuller comenta:

Toda a área de “crimes sem vítimas” requer um profundo reexame. Nesse caso, seria melhor um desapassionado estudo sociológico embasado por uma indignação moral em vez de demonstrar indignação com relação ao sistema penal⁹⁵⁰.

Passamos a avaliar as conseqüências sociais a partir da antropologia jurídica de Posner.

B. RICHARD POSNER

A preocupação primordial da teoria economicista não é o florescimento social em si, mas a maximização da riqueza. Dessa forma, as relações serão desenvolvidas em um plano de satisfação auto-interessada. Para Posner, atitudes altruístas são mais próprias de uma teocracia e não de uma democracia, onde os indivíduos vivem segundo suas próprias preferências⁹⁵¹.

⁹⁴⁶ FULLER, 1987, p. 6.

⁹⁴⁷ FINNIS, 2002, p. 46.

⁹⁴⁸ GUEST, James. *Justice and Happiness in Aristotle's Philosophy of Human Things*. Emmaus: Rodale, 2005. Dissertation. Harvard Widener Library.

⁹⁴⁹ FULLER, 1987, p. 25-26, tradução nossa.

⁹⁵⁰ Ibidem, p. 26.

⁹⁵¹ POSNER, Richard. *Scalia's Majoritarian Theocracy*. New York Times, Dec. 2015. Harvard Widener Library.

Nesse sentido, sua antropologia dificulta a interação social que o Direito poderia promover, já que isola os indivíduos na busca de seus fins, agregando somente interesses:

As pessoas são vistas como potenciais produtores ou consumidores e nossas obrigações se relacionam a esses bens, não às pessoas em si. Essa postura viola nossa intuição crucial de que a moralidade tem importância, porque o que é humano importa (...). Dessa forma, a teoria maximizadora-teleológica impede o encontro com essas profundas intuições morais⁹⁵².

Ainda que possa parecer natural para muitos que as relações humanas se dêem principalmente em torno dos bens econômicos, o reducionismo acaba por promover o consumismo e a relação entre pessoas através de coisas, ou seja, no plano material, dependendo principalmente de bens para que se desenvolvam, e intermediadas por estes. O que deveria ser tomado como necessidade básica e plataforma para mais profundas relações torna-se o fim destas, reduzindo o espectro de capacidade do que poderia se considerar realização conjunta ou felicidade. Nesse sentido, também a preocupação pelo bem comum é, de certa forma, irrelevante, enquanto não afeta o bem particular. Como expõe Posner:

O homem econômico é uma pessoa cujo comportamento é completamente determinado por incentivos. Sua racionalidade não é diferente da que move um pombo ou rato (...). A maximização de riquezas é inerentemente incompleta como um guia social, pois não tem nada a dizer sobre distribuição de direitos⁹⁵³.

A noção de “direitos” no *Law and Economics* é, portanto, constitutiva e não regulatória ou ratificatória, já que não se fundamenta em uma base moral relacional⁹⁵⁴. O sentido de justiça se enfraquece juntamente com a concepção de alteridade, já que o Direito se confunde praticamente com a afirmação de preferências individuais, perdendo lugar para o reconhecimento do outro – “a noção ontológica de intersubjetividade relacionada à instituição do mútuo reconhecimento”⁹⁵⁵ -, bem como para iniciativas em torno à justiça ou à responsabilidade social. Esta também passa a ser buscada como meio para afirmações econômicas, empresariais, etc.⁹⁵⁶, já que Posner é cético com relação a outros objetivos capazes de mover as ações humanas. Nesse sentido, reconhece que “como uma norma social

⁹⁵² KYMLICKA, W. *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 24, tradução nossa.

⁹⁵³ POSNER, 1993, p. 375 e 382, tradução nossa.

⁹⁵⁴ FINNIS, 2002, p. 26.

⁹⁵⁵ “The “ontological” notion of intersubjectivity (...) which is connected to the institution of mutual recognition”. (WOJCIECHOWSKI, Bartosz. *The Hegelian Concept of Recognition and Distributive Justice. Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007, p. 128, tradução nossa).

⁹⁵⁶ *Max Planck Studies in Anthropology and Economy*, 2015. Harvard Widener Library.

universal, a maximização de riquezas é realmente insatisfatória”⁹⁵⁷, porém não vê outro meio para orientar as decisões jurídicas de forma eficaz além do custo benefício. A única questão moral que poderia se levantar seria a própria liberdade individual a ser respeitada pelo outro, já que “nossas intuições liberais são tão profundas quanto nossas intuições utilitaristas”⁹⁵⁸.

Por fim, ainda que o economicismo entenda que a riqueza buscada por cada um possa redundar no bem-estar de uma grande maioria⁹⁵⁹, este também é concebido economicamente, não abrangendo, portanto, todas as dimensões do ser humano, principalmente em termos relacionais⁹⁶⁰.

Para exemplificar juridicamente a avaliação chamamos a atenção para o posicionamento do autor com relação a monopólios, competitividade e iniciativa, considerados somente sob o ponto de vista econômico ou de custos sociais em termos de regulação. A analogia que faz em relação à explicação refere-se aos custos sociais do roubo, a partir de uma apreciação moralmente neutra⁹⁶¹.

Podemos expressar esquematicamente a avaliação jurídico-antropológica confrontante no plano social da seguinte forma:

- a) a partir de uma fundamentação antropológica basicamente relacional, o Direito fulleriano facilita a interação social e as relações fundamentadas no respeito;
- b) esta concepção promove também a responsabilidade social;
- c) a fundamentação antropológica economicista promove o individualismo e o auto-interesse, facilitando o isolamento pessoal;
- d) o movimento corporativo em termos sociais efetua-se, em última análise, por razão de eficiência.

Entre as inúmeras conseqüências que geram as distintas antropologias em termos jurídicos, parece-nos que as mais graves se referem às relações humanas e à ordem social, já que os termos em que incluímos os demais é um elemento decisivo para um desenvolvimento harmônico e para a completa consecução do bem-estar⁹⁶².

⁹⁵⁷ POSNER, 1993, p. 373-374.

⁹⁵⁸ POSNER, 2002, p. 23.

⁹⁵⁹ ROSENBLUM, 1989, p. 109 et seq.

⁹⁶⁰ “O Dilema entre dignidade e segurança material”. WERFEL, Franz. *Stern der Ungeborenen*. Salzburg: Bermann-Fischer, 1949.

⁹⁶¹ POSNER, Richard. *The social costs of Monopoly and Regulation*. Chicago: University of Chicago Law School and National Bureau of Economic Research, 1975. Harvard Law School Library.

⁹⁶² TAYLOR, Charles. *Cross Purposes: The Liberal –Communitarian Debate*. (ROSENBLUM, 1989, p. 159 et seq.).

Passamos à avaliação das conseqüências jurídico-antropológicas no plano econômico-político.

7.4. Plano Político-Econômico

*We regard ourselves rather as taxpayers
than as shareholders.*

WILLIAN DAVID ROSS

Veremos neste último tópico valorativo como as distintas antropologias, em tese, liberais, produzem frutos distintos, a partir de uma fundamentação humanista ou utilitarista.

A. LON FULLER

O pensamento político-econômico de Fuller radicado em sua antropologia é capaz de gerar uma economia viva e criativa, em regime de mercado, bem como uma democracia participativa e responsável, fomentada através de uma correta educação institucional⁹⁶³. Um sentido de comunidade, valores e segurança jurídica permeiam a política e a economia. A idéia de igualdade por sua vez, refere-se mais às condições de desenvolvimento pessoais do que a uma uniformidade produtiva e distributiva. A justiça em Fuller é fruto da liberdade⁹⁶⁴.

Por outro lado, como corolário de seu pensamento liberal, um saudável pluralismo fundamentado no respeito⁹⁶⁵ é também acentuado em sua teoria. Qualquer tipo de tirania disfarçada é incompatível com sua moralidade interna, o que procuramos também demonstrar graficamente pela arbitrária atuação do alegórico soberano Rex⁹⁶⁶.

Em sua *eunomics*, legisladores não detêm um poder hegemônico: as políticas econômicas nascem de baixo para cima (*from bottom to the top*) e são desenvolvidas horizontalmente⁹⁶⁷, baseadas em certa noção do que significa “*the good life*” a partir da liberdade⁹⁶⁸. Nesse sentido, os limites colocados através de representantes políticos não são considerados como “maus necessários”, mas como catalizadores das boas relações⁹⁶⁹. O

⁹⁶³ ROSENBLUM, 1989, p. 3 et seq.

⁹⁶⁴ WINSTON, 1996, p. 390.

⁹⁶⁵ ROSENBLUM, 1989, p. 13.

⁹⁶⁶ FULLER, 1964, p. 53.

⁹⁶⁷ WINSTON, 1996, p. 391.

⁹⁶⁸ TAYLOR, 1989, p. 160.

⁹⁶⁹ WINSTON, 1994, p. 393-394.

extremo oposto também não encontra lugar na Antropologia jurídica fulleriana: a ausência de limites objetivos de raiz libertária representaria uma deterioração do significado de liberdade⁹⁷⁰.

Por sua vez, os procedimentos e processos que fundamentam o regime democrático a partir de sua disciplina interna são respeitados com integridade, gerando confiança no sistema e estimulando a participação. A virtude do jurídico deriva de uma ordem conscientemente construída, administrada e submetida a escrutínio. Há um compromisso com a própria consciência legislativa⁹⁷¹. A legislação é uma tarefa conjunta e compreendida também como fonte de Direito⁹⁷², que protege a ordem social do ativismo judicial e da exacerbação da tarefa das cortes⁹⁷³.

Por outro lado, em termos econômicos, a liberdade contratual é promovida através de uma abertura jurídica para oferecer molduras para as diversificadas relações que possam surgir e se desenvolver⁹⁷⁴. O sistema não encarcera a iniciativa privada nem a subordina a outros fatores limitantes, mas depende dela para progredir. Os resultados, por sua vez, não são estritamente identificados com a eficiência, já que a noção de *eunomics* inclui também a boa ordem social⁹⁷⁵.

Sua proposta favorece um equilíbrio político-econômico fundamentado no respeito pela natureza das relações humanas, fortalecendo os valores democráticos, não como sistema formalmente constituído, mas principalmente no que se refere à liberdade de participação e de desenvolvimento qualitativo das possibilidades individuais e corporativas, oferecendo uma ontologia social que respeita e integra ambas as esferas⁹⁷⁶ a partir de critérios de decisão onde o valor econômico não sobrepassa a moralidade⁹⁷⁷.

Para exemplificar juridicamente a avaliação antropológica em termos político-econômicos citamos o papel do Direito em sustentar os diversos tipos de contrato, unindo de certa forma a teoria de Hayek e Amartya Sen: liberdade de negociar para oferecer qualidade de escolha para todos – diferente da promoção da preferência individual – unindo advogados

⁹⁷⁰ “A meaningful definition of freedom that safeguards the dignity of citizens”. Ibidem, p. 399 e TAYLOR, 1989, p.178.

⁹⁷¹ FULLER, 1964, p. 95 e p. 170.

⁹⁷² WINSTON, 1996, p. 390-391.

⁹⁷³ TAYLOR, 1989, p. 178-179.

⁹⁷⁴ Ibidem, p. 394-395.

⁹⁷⁵ FULLER, 2001, p. 22 e p. 61.

⁹⁷⁶ SANDEL, 1982, p. 35 et seq.

⁹⁷⁷ MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

e legisladores na mesma empresa e promovendo uma continuidade entre a vida privada e a pública⁹⁷⁸.

Passamos à avaliação da proposta político-econômica de Posner, à luz da Antropologia.

B. RICHARD POSNER

O sistema político-econômico sustentado pela antropologia economicista produz um novo reducionismo, identificando política com interesses econômicos. Os valores orientativos da vida em sociedade pautam-se basicamente pela eficiência e nesse sentido devem ser representados⁹⁷⁹. O diálogo democrático torna-se ansioso⁹⁸⁰, já que pluralismo e tolerância dificilmente se sustentam a partir de uma justificação radicalmente autointeressada.

Como explica Finnis, as regras devem mover tanto pelo conteúdo, como principalmente pela relação com o outro para serem realmente autoritativas, oferecendo particulares razões para agir⁹⁸¹. A política economicista carece de ambos tanto pela neutralidade em termos de valores comuns quanto pela falta de capacidade de alteridade. Dessa forma, o jogo político que, em tese, autodenomina-se liberal e aberto, acaba por impor políticas econômicas a partir de “*sinister interests*”⁹⁸² alheios a um sentido mais pleno de bem comum, onde mais do que uma regra de reconhecimento baseada na aceitação da vontade da maioria, exige uma rendição e, se viável, um retorno da fênix para clamar novamente por foros perdidos⁹⁸³.

Politicamente, um sentido tênue de “*rights*” leva facilmente à arbitrariedade⁹⁸⁴ - já que toda preferência é passível de defesa e regulação a partir do critério da eficiência⁹⁸⁵ - e a um conceito de liberdade e *welfare* radicado fundamentalmente no individualismo⁹⁸⁶. A questão

⁹⁷⁸ Nesse sentido, Kenneth Winston cita “*Hayek’s critique of legislative power on clumsy futile interference in forms of spontaneous order in society*” e uma “*similar analysis of freedom is offered by Amartya Sen, Inequality Reexamined* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1992), esp. chap. 4. (WINSTON, 1996, p. 398 e 407).

⁹⁷⁹ ROSS, 1998, XII.

⁹⁸⁰ “*Anxious man emerges as the creation of liberalism*”, em sua compreensão mais radical. (***Repairing Individualist and Communitarian Failures***. ROSENBLUM, 1989, p.252-253).

⁹⁸¹ FINNIS, 2002, p. 26 et seq.

⁹⁸² ROSENBLUM, 1989, p. 252.

⁹⁸³ KATEB, George. ***Democratic Individuality and the Meaning of Rights***. (ROSENBLUM, 1989, p. 194-195).

⁹⁸⁴ Nesse sentido, comentando sobre acordos no capitalismo e no comunismo, Stephen Holmes relembra “*Heidegger’s stupefying assertion that “America and Russia ...are metaphysically the same”*”. (ROSENBLUM, 1989, p. 246 e 290).

⁹⁸⁵ Ibidem, p. 35-38.

⁹⁸⁶ “*(...) have left men and women to live in an era after virtue, after God, after nature, an era offering neither comfort nor certainty*”. (BARBER, Benjamin. ***Liberal Democracy and the Costs of Consent***. ROSENBLUM, 1989, p. 55 et seq.)

central é o que de fato se espera de um governo: promover riqueza ou bem-estar social *latu sensu*? Como expõe Finnis, a tentativa utilitarista de defender a felicidade do maior número de pessoas fracassa por falta de uma base racional comum onde os fins (*ultimate points or ends*) não são projetados a partir do desejo de um florescimento também moral próprio da completude humana (*human integral fulfilment*)⁹⁸⁷, capaz de reconhecer e cultivar simultaneamente a identidade pessoal (*personal identity*)⁹⁸⁸. Nesse sentido, “o individualismo econômico apresenta-se como o principal desvio⁹⁸⁹”.

Por outro lado, a teoria proposta pelo *Law and Economics* fomenta o consumismo, onde a liberdade de escolha é hoje denominada “*choosing not to choose*”⁹⁹⁰, ou seja, outros podem decidir o que seria melhor para o consumidor. Nesse sentido, os estudos sobre *Behavioral Law and Economics* vão sendo cada vez mais aprofundados, tanto por teóricos que buscam demonstrar a incompatibilidade da proposta com o pensamento liberal, bem como daqueles que visam acentuar a corrente ao defender a escolha individual original, ou seja, o movimento direcionado à preferência⁹⁹¹.

Economicamente os resultados podem, em geral, apresentarem-se benéficos em termos líquidos, porém, em detrimento de outros valores sociais e jurídicos. Importante nesse sentido é ressaltar que a economia e o bem-estar são fundamentais para o desenvolvimento social. O que dificulta a estabilidade no *Law and Economics* é o reducionismo político-econômico em termos de liberalismo, onde a pluralidade de crenças e modos de vida é pautada pela economia, e os desejos de maximizar as oportunidades radicados no auto-interesse, tornando-os incompatíveis, portanto, com a sociabilidade e “*shared understandings*”⁹⁹²: “Pode haver algo mais rico além do conceito de uma boa vida material?⁹⁹³”. A própria concepção de bem, elevada – ou rebaixada - à categoria econômica transforma-se em critério para a formulação de princípios de justiça⁹⁹⁴, afastando-se também da noção de incomensurabilidade ou da compreensão a partir de um ponto de vista interno, capaz de tomar realmente a sério os conflitos morais⁹⁹⁵.

⁹⁸⁷ FINNIS, 2002, p. 27-29.

⁹⁸⁸ “(...) *a life to live and not just a role to play; to be oneself rather than somebody's idea of that self (...) where what is done matters more than the doer*”. (KATEB, 1989, p. 184, 191 e 199).

⁹⁸⁹ Ibidem, p. 187.

⁹⁹⁰ SUNSTEIN, Cass. *Choosing not to choose. Understanding the Value of Choice*. Cambridge: Oxford University Press, 2015.

⁹⁹¹ POSNER, 1993, p. 375 et seq.

⁹⁹² WALTZER, Michael. *Spheres of Justice*. New York: Basic Books, 1983, p. 41 e p. 257.

⁹⁹³ KATEB, 1989, p. 189, tradução nossa.

⁹⁹⁴ ROSENBLUM, 1989, p. 51 et seq.

⁹⁹⁵ LUKE, Stephen. *Making Sense of Moral Conflict*. (ROSENBLUM, 1989, p. 141-142).

Por outro lado, paradoxalmente, a interferência termina por ultrapassar a esfera privada, invadindo deveres de consciência e obrigando a aceitar a “dogmatização” democrática eficiente em um diálogo desproporcional entre as partes – já que o “*dettachment*” é exigido só para alguns -, pela carência de fundamentos morais e epistemológicos que orientem a vida sócio-política, a começar pela reificação da família⁹⁹⁶.

Por fim, o liberalismo negativo sublinha um modelo de consentimento em termos de limites, em lugar do modelo de participação, que favorece a “descoberta de uma voz comum: não uma união de vozes nem mesmo vozes disciplinadas em unísono, mas uma harmonia musical em seu sentido mais técnico⁹⁹⁷”. No economicismo, liberdade (*freedom*) passa a identificar-se com independência (*independence*) ou liberdades (*liberties*) em uma “descontinuidade moral”, caso esse adjetivo possa ser aplicado. Dessa forma:

O liberalismo cético permanece tal qual sempre se apresentou (...): a esperança de poder voar para os dentes de um soberano para construir o pequeno espaço para a própria vontade individual⁹⁹⁸.

Para exemplificar juridicamente a análise antropológica em termos de economia política, chamamos a atenção para o direito à propriedade, fundamentalmente reconhecido como base do discurso em uma sociedade individualista⁹⁹⁹, diferentemente da proposta original de James Madison, baseada em uma compreensão integrada do ser humano, onde a propriedade tomada de forma abrangente relaciona-se com as condições básicas de exercício da própria humanidade¹⁰⁰⁰. A questão que se levanta a partir do economicismo é se realmente este direito é legitimado pela maioria em termos democráticos ou reconhecido como pré-condição do diálogo. E, se entendido como premissa, por que o sistema é capaz de reconhecer este e não outros direitos razoáveis? Mesmo que incluamos ainda a liberdade como bem básico, a abrangência substantiva desta a partir do reducionismo utilitarista não oferece segurança para o discurso, já que será capaz de gerar direitos controvertidos¹⁰⁰¹. O que significa liberdade sem uma base comum de bem ou mal (*good or evil*)? O “acordo razoável” (*rationales Einverständnis*) conversacional desconectado de uma base ontológico-antropológica dificilmente estabelece estruturas de poder e relações sociais dignas e

⁹⁹⁶ SANDEL, 1982, p. 23 et seq.

⁹⁹⁷ BARBER, 1989, p. 65, tradução nossa.

⁹⁹⁸ Ibidem, p. 68, tradução nossa.

⁹⁹⁹ BENHABIB, Seyla. *Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation*.

(ROSENBLUM, 1989, p. 143 et seq.).

¹⁰⁰⁰ ARNN, Larry. *Property Rights and Religious Freedom*. Hillsdale: Imprimis. Volume 44, Numero 12, 2015.

¹⁰⁰¹ Ibidem, p.146 et 147.

verdadeiras¹⁰⁰². A fragilidade do procedimento, “neutro” no que lhe convém e arbitrário no que lhe interessa, demonstra quão difícil é desenvolver uma teoria democrática sem sólidas pressuposições¹⁰⁰³ e completas razões para agir¹⁰⁰⁴.

Podemos expressar esquematicamente as conseqüências político-econômicas das teorias em questão da seguinte forma:

- a) politicamente o sistema jurídico antropológico de Fuller favorece o regime democrático; a participação ativa e responsável dos cidadãos e o comprometimento íntegro daqueles que governam em relação à promoção dos fins livremente buscados individual ou corporativamente;
- b) em termos econômicos, favorece o regime de mercado e a livre iniciativa, promovendo um desenvolvimento integral da sociedade em suas distintas dimensões e não somente com relação à eficiência;
- c) em Posner, a política identifica-se com o pragmatismo promotor da eficiência, fundamentado em uma neutralidade moral, onde a participação também está vinculada aos interesses em jogo;
- d) em termos econômicos, a eficiência é a meta, sendo atingida segundo o grau de maximização de riquezas, a qual, por sua vez, pode não estar distribuída justamente.

Por fim, refletindo antropologicamente sobre as bases político-econômicas da teoria proposta por Posner, podemos nos questionar se “uma vida de prazeres e ocasionais êxtases” é “efetivamente uma vida feliz”, ou seja, a boa vida (*good life*), e, se “eventualmente, ou necessariamente, os sofrimentos acabam por ultrapassar a expectativa e a concreção das preferências¹⁰⁰⁵”. Em realidade, a teoria termina por estabelecer que “uma vida feliz pode ser também uma vida bem humana (ou infra-humana): uma vida de rebanho, uma vida sem conquistas mais profundas e conseqüentemente uma vida menos digna”¹⁰⁰⁶, já que “uma

¹⁰⁰² Hannah Arendt apud Ibidem, p. 153-155.

¹⁰⁰³ Nesse sentido destacamos a passagem política de Fuller do Partido Democrata para o Republicano no anos 70-80, pela perda de um entendimento comum em termos de intuição com respeito aos princípios básicos da ordem social. (SUMMERS, 1984, p.11 et seq.).

¹⁰⁰⁴ Distinguindo imparcialidade e neutralidade, e preferências lícitas e ilícitas, Finnis conclui que no utilitarismo e teorias afins (...) “*the content of this rational standard is usually supplied by sub-rational factors*”. (FINNIS, 2002, p. 28-30).

¹⁰⁰⁵ KATEB, 1989, p. 206.

¹⁰⁰⁶ “(...) *that a happy life can only be all a too human life, a herd life, a life of diminished inwardness, and therefore a life of diminished dignity*”. (Ibidem, tradução nossa).

vontade marcada pelo egoísmo e outra parcialidade não pode estar aberta à realização humana integral¹⁰⁰⁷”.

A própria reação “romântica” contra o liberalismo exacebado demonstra a insatisfação pessoal, política e social que sua Antropologia jurídica acaba por produzir: “um ‘*self*’ carente que desafia radical as promessas de autorealização em condições sociais e políticas menos fragmentadas e mais propícias a serem promovidas institucionalmente”¹⁰⁰⁸. Como escreveu poeticamente Winston Churchill:

Outro dia li um livro que traçava a história da humanidade desde a criação do sistema solar até sua extinção. Havia quinze ou dezesseis raças de homens que foram sucedendo-se umas às outras em períodos de dez milhões de anos. No final uma nova raça de seres desenvolveu-se superando as demais. Um estado foi criado onde os cidadãos podiam escolher quanto tempo viveriam; gozavam de prazeres e simpatias incomparavelmente superiores aos que podemos desfrutar; navegavam o espaço sideral; podiam reproduzir o passado e prever o futuro (...). Mas qual era o bem que extraíam de todo este arsenal? O que saberiam sobre as simples, mas revelantes questões que os homens se colocam no amanhecer de sua razão – Por que estamos aqui? Qual o propósito da vida? Para onde rumamos? Nenhum progresso material, mesmo que tome formas jamais por nós concebidas e independentemente do quanto imagine expandir as capacidades humanas, não pode trazer total conforto à alma humana¹⁰⁰⁹.

Concluída a análise antropológica, passamos às considerações finais de nosso trabalho e à proposta que nos ocorreu a partir do estudo.

¹⁰⁰⁷ FINNIS, 2002, p. 29-30, tradução nossa.

¹⁰⁰⁸ *Liberalism produces “thin” selves, pathetic narcissists without purpose or center, since total absorption in the single economic role eclipses any real purpose (...); selves that feel weak and frustrated (...); that lost their sense of potentiality. Community would be a therapy” (...)* to demonstrate that the self is embedded in a social context. Or maybe only an aesthetic vision (beauty is also truth) could bring us close to every personal experience and the diversity of a pluralism, underlining affinities. (**Pluralism and Self-Defense**. ROSENBLUM, 1989, p. 208-226, tradução nossa).

¹⁰⁰⁹ CHURCHILL, Winston. **Fifty Years Hence**. Londres: Strand Magazine, Março/ 1931.

CONCLUSÃO

Human Law has the nature of Law insofar as it partakes of right reason; and it is clear that, in this respect, it is derived from eternal Law. But insofar as it deviates from reason, it is called an unjust law, and has the nature, not of law but of violence.

THOMAS AQUINAS

(Wassestein Hall – Harvard Law School)

Ou

Corn wouldn't expect justice from a court composed of chickens.

Provérbio africano utilizado por

WINSTON CHURCHILL

(Wassestein Hall – Harvard Law School)

Os formandos da turma de 2015 da *Harvard Law School* escolheram como paraninfo o Professor Jon D. Hanson, Diretor do Projeto sobre Justiça Sistêmica e famoso por sua incessante atuação no campo dos Direitos Humanos. Por sua vez, em seu discurso, este elogiou especialmente a turma, passando a ler o que escreveram no início do ano acadêmico ao discorrerem sobre a própria escolha profissional. Em seguida, referiu-se aos depoimentos, comentando que não encontrara neles palavras como prestígio, dinheiro, aparência, etc., mas sim valores, amizade, boas relações, integridade, serviço público, compaixão, etc. Um aluno escrevera: “*I was put here to do the good*”, e outro, “*to make the community a better place*”, e outro ainda “*to be the voice of the voiceless*”.

Dando continuidade ao discurso, evocou o conto de Charles Dickens¹⁰¹⁰, lembrando o fantasma do passado – o que gostariam de ser –, o do presente – se mantinham o ideal diante do confronto que viam pela frente, ou a esperança estaria já compactuando com a resignação – e o do futuro, desafiando-os ainda mais: “Enviamos homens para a Lua, mas não temos um sistema jurídico sensato para o uso de armas”. Por isso é necessário manter e renovar o compromisso inicial com a justiça e não sucumbir. A questão crucial a ser respondida em

¹⁰¹⁰ DICKENS, Charles. *A Christmas Carol*. Londres: Chapman and Hall, 1843.

alguns anos será: “*How can we call ourselves instruments of justice?*”¹⁰¹¹ Uma motivação bastante distinta daquela proposta pelos seguidores de Posner:

Estava ansioso para entrar no Judiciário. Gostava do título: juiz federal. Gostava da segurança: efetividade. E poderia tolerar o salário: igual ao de Richard Posner. Esta deve ter sido a parte mais lisonjeira da oportunidade¹⁰¹².

Se procurarmos responder à questão levantada pelo Professor Hanson em cada sistema legal construído sobre as distintas antropologias em questão, poderemos verificar resultados bastante diversos em termos de qualidade de justiça¹⁰¹³ e bem comum.

No Direito estabelecido a partir de uma Antropologia personalista, o fundamento é a pessoa; o valor, o bem comum da liberdade; o princípio, a alteridade, e o fim, a justiça como base da amizade¹⁰¹⁴, procurando garantir a ordem; a paz; a união entre os cidadãos entre si e com os que governam¹⁰¹⁵, e conseqüentemente, o florescimento pessoal. Nesse sentido, os bens particulares são relativizáveis, mas o bem comum está presente em todas as ações¹⁰¹⁶. A partir da alteridade, o diálogo veritativo sobre o conteúdo da justiça política torna-se viável, pois há princípios pré-consensuais fundamentados em um critério racional que permite decidir sobre as opiniões e interesses representados nas distintas relações jurídico-sociais¹⁰¹⁷.

O diálogo economicista, por sua vez, corre o risco de tornar-se uma imposição, como já apresentado, já que os conflitos de interesses se distanciam de uma conexão com uma idéia de justiça ou de amizade¹⁰¹⁸, pois as regras jurídicas são compreendidas negativamente como remédios (*rules as remedies*)¹⁰¹⁹. O que interessa é estabelecer limites a partir de uma neutralidade¹⁰²⁰, o que Rorty expõe de forma sintética: “a democracia vem antes da filosofia”¹⁰²¹. Se bens abrangentes ou básicos não são levados em conta, restam como objeto do diálogo, interesses, a riqueza material em termos de utilidade, e, raramente, sua distribuição.

¹⁰¹¹ HANSON, Jon. *Commencement Day* (27/5/2015). Harvard Law School Yard.

¹⁰¹² SUTTON, 2008, p. 859.

¹⁰¹³ “*Promote the quality of justice*”. (ARMITTAGE, Livingston. *Judicial Education and Training*. Journal of the International Organization for Judicial Training, Issue 3. Williamsburg: National State for State Courts, 2015, p. 2).

¹⁰¹⁴ Identificados em Fuller com a comunicação, já que o termo de toda comunicação é o outro, e se este não é atingido não podemos afirmar que houve propriamente comunicação. (FULLER, 1964, p. 202).

¹⁰¹⁵ AQUINO, 1951, I-II, q. 90.

¹⁰¹⁶ HERRERO, 2010, p. 181.

¹⁰¹⁷ OLASO, 1996, p. 203.

¹⁰¹⁸ BUDZISZEWSKI, J. *Friendship, Justice and the Moral Significance of Law*. Downers Grove: Intervarsity Press, 1997, p.38 et seq.

¹⁰¹⁹ FINNIS, 2002, p. 27.

¹⁰²⁰ RAWLS, HABERMAS, APEL, etc., embasam de certa forma essa proposta. (OLASO, 1996, p.185).

¹⁰²¹ RORTY, Richard. *Consequences of Pragmatism*. Minneapolis. University of Minnesota Press, 1982. (Ibidem, p.186).

Porém, a relação com as coisas na espécie humana é mais dominadora do que a relação entre pessoas. Nesse sentido, o diálogo sobre bens materiais ou maximização de interesses não se desvencilha facilmente do desejo de poder, assemelhando-se a um “garantismo” econômico e político. As próprias liberdades fundamentais parecem ter um fim restrito: vantagens e desvantagens, custos e benefícios, riscos, etc. O diálogo limita-se praticamente a negociações impessoais dependentes de política e não de explicações fundamentadas que possam definir as opções de forma significativa em termos racionais e relacionais por manifestar preocupação pela ordem social de nossos vizinhos, substituindo a indiferença pela solidariedade, onde “iniciar uma conversa é inaugurar uma ação comum¹⁰²²”. Porém, essa meta é muita elevada até mesmo para o “holismo economicista”, já que a formulação da proposta deriva sempre do direito fundamentado no auto-interesse e não no bem (*notion of “right” instead of a good life*)¹⁰²³, o que também pode ser aplicado de forma invertida: o que se entende por bem (*good*) passa a ser direito (*right*)¹⁰²⁴.

Dessa forma, o papel instrumental do Direito no utilitarismo reduz-se basicamente a medir as conseqüências das ações, e, a partir do “balanço”, defender a necessidade de certas ações em razão de um bem-estar maior, distante da mediação para fortalecer o bem comum¹⁰²⁵:

Pode sugerir que matar uma criança inocente seria certo para salvar duas; roubar de ricos para satisfazer pobres pode ser adequado já que terão maior prazer pela fome que têm. Pode ainda sugerir que a escravidão em quantia limitada poderia ser desejável, já que a dor que padeceriam alguns poucos escravos seria menor que o ganho de seus donos¹⁰²⁶.

Nesse sentido, nenhum “mal” que possa promover riqueza deve ser entendido como tal, ou seja, “não faça o mal – escolher a destruição, o dano ou o impedimento de algum bem humano básico – que o bem sucederá”¹⁰²⁷, já que os métodos “ético-céticos” são circunstanciais: é possível identificar bens maiores advindos do mal, acentuando os intransitivos efeitos da escolha em detrimento dos transitivos bens básicos e da incomensurabilidade da pessoa¹⁰²⁸. Bem e mal são definidos de forma relativa. Como comenta o ex-advogado geral dos Estados Unidos, Michael B. Mukasey:

¹⁰²² TAYLOR, 1989, p. 166.

¹⁰²³ Ibidem, p. 162-165.

¹⁰²⁴ KATEB, 1989, p. 202.

¹⁰²⁵ Ibidem, p. 170.

¹⁰²⁶ FLETCHER, 1996, p. 145, tradução nossa.

¹⁰²⁷ “do not do evil – choose to destroy, damage or impede some instance of a basic human good – that good may come.” (FINNIS, 2002, p. 29, tradução nossa).

¹⁰²⁸ Ibidem.

Nosso país tem se desenvolvido de forma menos honesta, justa e segura (...), o terrorismo, por exemplo, é perseguido não como um crime a ser combatido, mas como um desejo de combater e vingar (...). Temos que ter grande paciência e dedicação em nossos esforços para devolver ao nosso Departamento sua verdadeira função: não fazer justiça de acordo com nossas próprias luzes, ou mesmo, de acordo com as luzes do Presidente que nos indicou, mas defendendo o Direito e tendo suficiente fé para acreditar que o resultado, mais frequentemente do que o contrário será a justiça¹⁰²⁹.

Podemos concluir que a partir de um enfoque antropológico economicista do Direito, o fundamento é o auto-interesse utilitarista; o valor, econômico; o princípio, a utilidade, e o fim, a maximização de preferências individuais. As razões para agir, que definitivamente sofrem a influência do autointeresse em qualquer ser humano, passam a ser plenamente justificadas e promovidas como critério autoritativo¹⁰³⁰.

A base do Direito, em geral, sólida, em sua forma e ordem, apresenta-se líquida e sujeita às oscilações de uma jurisprudência arbitrária¹⁰³¹, já que não é tarefa fácil chegar a um consenso sobre o bem individual ou político, partindo somente de expectativas econômicas, convencionais e amorais. Pelos frutos sociais que vem gerando o economicismo – não exatamente a felicidade do maior número¹⁰³² -, percebe-se a fragilidade antropológica da proposta. Como expõe Finnis:

(...) a estrada permanece ampla para combater o erro da reivindicação de Hume de que a razão pode somente ser escrava – não pode motivar, mas somente indicar os meios para satisfazer ou corresponder às paixões – (...) demonstrando que todas as deliberações e ações de uma pessoa deveriam escolher em todos os sentidos somente aquelas possibilidades próprias de todos os seres humanos e suas comunidades com relação a seus bens básicos. Esta assertiva pode também ser formulada como o primeiro princípio dos direitos humanos: a satisfação das próprias necessidades deve depender do direito de que as escolhas individuais e sua aceitação pelos demais permaneçam abertas ao florescimento humano integral¹⁰³³.

Desde Aristóteles à filosofia personalista contemporânea, o crescimento econômico é uma conquista e pode servir especialmente à comunidade. O problema antropológico nesse sentido não é destacá-lo, mas inflá-lo. A teleologia que oferece como motor da ação e a

¹⁰²⁹ MUKASEY, Michael B. *Justice and the Obama Justice Department*. Imprimis, Volume 44, Number 9. Hillsdale College: Hillsdale, 2015.

¹⁰³⁰ FINNIS, 2002, p. 27 e 28.

¹⁰³¹ “Every society, every man has an ultimate authority (...) but “Where do you get your right to impose “your morality” on me?” (RICE, Charles. *50 Questions on the Natural Law. What it is and Why we need it*. San Francisco: Ignatius Press, 1999).

¹⁰³² Talvez de uma boa quantidade de psiquiatras que têm a renda maximizada. (BAUMAN, 2001, p. 203).

¹⁰³³ FINNIS, 2002, p. 28, tradução nossa.

conseqüente falta de hierarquia na compreensão dos bens e das relações acabam por minar a ética social¹⁰³⁴.

Os bens vitais devem ser, de fato, uma preocupação social, bem como a liberdade para desfrutar desses bens. Porém, a partir da filosofia personalista se conclui que é o trabalho o que constitui o maior valor para a ordem econômica¹⁰³⁵ - porém, de forma radicalmente distinta do princípio relacional economicista auto-interessado -, pois permite não somente o sustento material, mas o desenvolvimento da alteridade em intercâmbio de habilidades a partir da sociabilidade e não de uma “opressiva socialização”¹⁰³⁶ ou de uma atividade aparentemente conjunta, porém “justaposta pelo autointeresse”¹⁰³⁷. A visão utilitarista, por sua vez, pode ainda promover a maximização do prazer com o mínimo de esforço, bem como a adesão ao trabalho ou ao ócio, desmesuradamente, pois o fundamento é a satisfação individual.

Por outro lado, sendo o consumo o fim e propósito de toda produção, a pessoa é transformada em meio, e, seu próprio fim é também reciprocamente aceito. Por sua vez, como é fácil para o ser humano desfocar-se, materializando-se, o consumo, como meta pode transformar-se em um problema, se outros valores não estiverem de permeio e faltar educação nesse campo, já que o bem econômico é, em primeiro lugar, necessário, mas, ao mesmo tempo, atraente por si só. Não precisa ser fomentado, mas equilibrado ou temperado¹⁰³⁸. Destacando ainda a simpatia fundamentada na riqueza, de modo que desejemos bens por saber que dessa forma seremos considerados, amados, notados, servidos, etc.¹⁰³⁹, acentua-se a patologia social da aparência, que começa por tornar o homem incompleto e, em seguida,

¹⁰³⁴ “*The economicist school calmly accepts the dominion over each person, client and the society. Economic crisis is the profound human crisis. Man are reduced to one of his needs alone: consumption. The thirst for possessions and power has no limits*”. (FLETCHER, 1996, p. 10 et seq.)

¹⁰³⁵ YEPES, 2005, p. 371 et seq., o que também dita de certa forma nossa Constituição em seu artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”

¹⁰³⁶ KATEB, 1989, p. 202.

¹⁰³⁷ As características que norteiam essa atividade foram elencadas por Schumacher: “perda de um sentido mais amplo; politeísmo de valores; especialidade sem espírito; experiência sem coração; desenvolvimento por competição; afetividade dominada pelo instinto subconsciente do prazer; conhecimento cético, relativizado e baseado somente em experiências quantificáveis”. (SCHUMACHER, Ernst. *Small is Beautiful: A Study of Economics as if people mattered*. Harper & Row: London, 1973, p. 71 et seq., tradução nossa. Alejandro Llano apresenta uma proposta para reconstruir o relacionamento a partir de seu “ethos vital”: “*contraponer el concepto pasivo de bienestar al concepto activo de cualidad de vida; transformación del modelo organizativo desde el automatismo hacia la espontaneidad; recuperación del sentido del trabajo por medio de los fines y de la participación en su logro; superioridad de los bienes compartibles respecto a los bienes excluyentes; substituir la competitividad interna por el fomento de la cooperación; vigencia del criterio de universalidad.*” (LLANO, Alejandro. *El Humanismo en la Empresa*. Madri: Rialp, 1992, p. 69 et seq.)

¹⁰³⁸ WOLTER, 1990, p. 148 et seq.

¹⁰³⁹ HUME, 2000, p. 223 et seq e 310.

insociável por vaidade e competição¹⁰⁴⁰, enquanto os menos “afortunados” se tornam cada vez mais invisíveis¹⁰⁴¹ e incapazes de serem reconhecidos¹⁰⁴². Nesse sentido, a própria pessoa termina por se reificar bem como sua própria atividade para “valer mais no mercado¹⁰⁴³”.

Um sistema jurídico construído a partir da antropologia economicista de Posner obstrui primeiramente o canal para a justiça, e conseqüentemente o da equidade; da amizade, e da misericórdia ou compaixão¹⁰⁴⁴. Por outro lado, termina por fomentar individualmente a desordem pessoal, onde a “racionalidade” matemática de escolhas autointeressadas obstaculizam tanto a posse de si mesmo, quanto a descoberta do outro, devido às “relações” isoladas¹⁰⁴⁵ que promove, distantes da solidariedade que sustenta a liberdade – e vice-versa – própria do personalismo¹⁰⁴⁶.

O economicismo também apresenta dificuldade em respeitar a forma do Direito, favorecendo as interpretações pessoais¹⁰⁴⁷, bem como as instituições que implementam a ordem social, pela falta de sólidos objetivos comuns¹⁰⁴⁸ e de procedimentos moralmente fundamentados¹⁰⁴⁹.

Concluimos, portanto afirmando que tanto os meios como os fins no economicismo são incompletos: a análise econômica (meio) reduz o âmbito do raciocínio à quantificação e sua pragmática utilitarista (fim) reduz o conceito de bem ao econômico, distintamente de uma aproximação personalista que busca a completude entre meios e fins no Direito a partir de um realismo natural.

Ao contrapor as teorias em questão através do raciocínio antropológico, procuramos, portanto, evidenciar a importância das raízes filosóficas de uma teoria jurídica, para que mova internamente desde uma perspectiva racional, relacional, livre e responsável própria do ser humano. Como expõe Finnis:

¹⁰⁴⁰ “La necesidad obliga competir? Por que competir cuando todos pueden ganar?” (BELLIDO, Manuel. *Boletín del Foro de Derechos Humanos*. Pamplona: Unav, Marzo 2015, p. 3.)

¹⁰⁴¹ Hoje se encontram variados estudos sociológicos sobre a teoria da invisibilidade social, como indica o estudo de Julia Tomás Pinto, denominado **A Invisibilidade Social: uma perspectiva fenomenológica**. Braga: Rusca, Universidade do Minho, 2008.

¹⁰⁴² Ibidem, no que se refere às teorias sobre o Reconhecimento (Axel Honneth, Richard Sennet, Paul Ricouer, etc.)

¹⁰⁴³ SERNA, Pedro. *Breve reflexión sobre el estatus de la justicia transicional*. Seminario: **La Filosofía del Derecho y los Derechos Humanos**. Pamplona, Universidade de Navarra, 29-I-2016.

¹⁰⁴⁴ “Utility and Justice”. (BUDZISZEWSKI, 1997, p. 161 et seq.).

¹⁰⁴⁵ SOMENSI, Elton de Oliveira. **Amizade: o perfume do humano**. (www.telacritica.org.revista9).

¹⁰⁴⁶ TAYLOR, 1989, p. 171.

¹⁰⁴⁷ FINNIS, 2002, p. 30.

¹⁰⁴⁸ “If I win my way by manipulating the common institutions, how can I see them as reflecting a purpose common to me and those who participate in these institutions?” (BUDZISZEWSKI, 1997, p. 181).

¹⁰⁴⁹ Ibidem, p. 176 -178.

A primeira realidade é uma razão para ação boa por inteligível (ainda que não necessariamente dedutível) a ser relacionada com os bens que sustentam esta razão, seus valores intrínsecos e suas conseqüências morais¹⁰⁵⁰.

Por mais que se tente justificar a teoria economicista por sua eficiência quantificável, esta se demonstra incapaz de sustentar, a longo prazo, uma teoria jurídico-política eficaz; relações sociais estáveis e harmoniosas e o florescimento humano integral.

Por essa razão, “como se diz, toda geração encontra alguma razão para estudar novamente o Direito Natural¹⁰⁵¹”. Nesse sentido, Fuller traz-nos uma teoria capaz de unir “*lex ratio*” e “*lex voluntas*” a partir de sua Antropologia jurídica que conduz à arte do Direito positivo: “uma extensão criativa da ordem da justiça descoberta pelo intelecto¹⁰⁵²”, muito oportuna para apresentar a incompletude jurídico-filosófica entranhada nos reducionismos, sejam estes economicistas, realistas, positivistas ou pragmáticos, para aqueles que realmente desejam encontrar “boas e justas razões para agir”¹⁰⁵³.

Por fim, na sociedade personalista propugnada por Fuller encontraremos “*partnership*” na viagem da vida¹⁰⁵⁴ - através de um saudável liberalismo fundamentado na concepção de liberdade relacional¹⁰⁵⁵ - esboçada plasticamente por C.S. Lewys a partir de Aristóteles:

Para que a viagem seja um sucesso, três coisas são necessárias. Em primeiro lugar, os navios da frota devem conhecer sua rota e evitar colisões, em harmonia com os demais; em segundo lugar, cada navio deve manter-se em boa ordem superando correntes e marés, e, em terceiro lugar devem todos saber onde querem chegar¹⁰⁵⁶.

Por essa razão, gostaríamos de finalizar o trabalho oferecendo uma sugestão a partir do estudo, no sentido de estimular o conhecimento antropológico e filosófico em termos de Direito para garantir certa integralidade, já que é capaz de formar em cinco níveis: pessoal, científico, profissional, cultural e social, evitando o ativismo pedagógico e, ao mesmo tempo, fomentando a autoeducação. Enquanto para a teoria utilitarista a educação é um cálculo¹⁰⁵⁷, para o personalismo é uma tarefa que não mede esforços¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁰ FINNIS, 2002, p. 30-31, tradução nossa.

¹⁰⁵¹ HITTINGER, Russell. *Introduction to ROMMEN*, Heinrich A. *The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, XII, tradução nossa.

¹⁰⁵² ROMMEN, 1998, p. 31.

¹⁰⁵³ FINNIS, 2002, p. 26-30.

¹⁰⁵⁴ Nesse sentido é também interessante formular-nos a pergunta empiricamente: com quem gostaríamos de viajar, negociar, contratar, consultar sobre nossa saúde, ou mesmo se casar: com um autointeressado assumido?

¹⁰⁵⁵ “*against the primacy of economic man, assuring freedom for economic exchange (...) as a doctrine for liberating economic egoism (...) and the subjectivity of values (...) and the man as a pleasure-pain machine*”. (HOLMES, Stephen. *The Permanent Structure of Antiliberal Thought*. ROSENBLUM, 1989, p. 235).

¹⁰⁵⁶ LEWIS, C.S. *The Abolition of Man*. New York: Macmillan, 1952, tradução nossa.

¹⁰⁵⁷ POSNER, 2007, p. 582 et seq.

¹⁰⁵⁸ LACEY, 2011, p. 11.

Sendo a universidade um projeto educativo aberto, de bases culturais diversificadas, onde se pode compartilhar a valiosa contribuição de cada um ao empreendimento coletivo sem perder sua própria identidade, a Antropologia pode também desempenhar um papel agregador fundamental em promover este intercâmbio. Por fim, o exemplo “antropológico” que oferecem os professores será também decisivo, já que os estudantes observam a coerência entre discurso teórico e testemunho, reforçando a consistência da educação em seu conjunto¹⁰⁵⁹.

Kenneth Winston testemunha sobre essas características na vida de Fuller, comentando que foi crescendo em admiração¹⁰⁶⁰ e credibilidade em suas posturas, ao comprovar através de um grupo de estudos semanal na *Harvard Law School*, “o respeito que inspirava como Professor, pela seriedade de seu compromisso com uma concepção moral do Direito, que auxiliava o amadurecimento profissional, e pela grande preocupação que demonstrava com relação à formação profissional de seus alunos¹⁰⁶¹”.

Por fim, o conhecimento antropológico será também fundamental para a prática do Direito em nível privado ou público, ao permitir que as instituições possam cumprir seus fins de forma coesa e manter a estabilidade, à medida que valorizam a pessoa e se autocompreendem de maneira orgânica, prezando também a função social¹⁰⁶².

Assim concluímos o trabalho no qual procuramos comprovar a relação entre o Direito e a Antropologia Filosófica através das teorias apresentadas, que pode ser expresso esquematicamente da seguinte forma:

- a) há uma profunda relação entre Antropologia e Direito, já que todo sistema jurídico está radicado em uma concepção do homem, expressa ou subentendida;
- b) as teorias confrontadas, que partem de concepções antropológicas radicalmente opostas, apresentam frutos distintos em termos de ordem social;
- c) a Análise Econômica do Direito de Posner, que poderia ser uma ferramenta orientativa eficaz em certas questões, tomada como critério abrangente a partir de um reducionismo jurídico-antropológico cético, dificulta as relações sociais e políticas em termos de justiça e alteridade, enquanto que a aproximação jusnaturalista fulleriana é

¹⁰⁵⁹ MARTINS, Angela Vidal da Silva. **John Mitchell Finnis: an Aesthetical Experience through Coherence**. Palestra ministrada na Universidade Austral. Buenos Aires, 24-XI-2011.

¹⁰⁶⁰ Kenneth Winston mantém uma fotografia de Lon Fuller em seu “*Office*” na *Kennedy School of Government*, por inspiração e gratidão.

¹⁰⁶¹ WINSTON (*Acknowledgments*) in FULLER, 2001, tradução nossa.

¹⁰⁶² HAURIOU, 2010, p. 123-175.

capaz de gerar respeito, iniciativa, responsabilidade e compromisso livremente assumido, a partir de sua completude jurídica racional e relacional;

d) o conhecimento filosófico-antropológico pode auxiliar a reflexão sobre o papel do Direito e de seus profissionais na conformação a ordem social.

Como expõe Fuller:

Do modo como vejo, o objeto da Filosofia do Direito é dar uma efetiva direção cheia de significado para o trabalho de advogados, juizes, legisladores e professores de Direito. Se não atinge essas atividades; se não traz implicações para o que realizam no dia a dia, então a Filosofia do Direito é um fracasso¹⁰⁶³.

A proposta de Fuller continua viva e bastante adequada para possíveis soluções jurídicas posmodernas, partindo do elemento humano através do conhecimento filosófico antropológico, para respeitá-lo e promovê-lo como tal, através do Direito: “*what is left to doubt when truth and justice triumph in the end*”?¹⁰⁶⁴ Nesse sentido, o próprio Dickens poderia responder à pergunta do fantasma do futuro para que efetivamente preparemos novos instrumentos de justiça: “*O humano é a única chave para o social*”¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶³ FULLER, Lon. *American Legal Philosophy*. (WINSTON, 2001, p. 270, tradução nossa).

¹⁰⁶⁴ SHERWIN, Richard. *When Law goes Pop*. Chicago: The University of Chicago Press, 2000, p. 3.

¹⁰⁶⁵ DICKENS, Charles. *Great Expectations*. London: Chapman and Hall, 1861.

APÊNDICE: Sugestão de um Programa para a matéria “Fundamentos Antropológicos do Direito” (*Legal Philosophical Anthropology*)

Programa de formação antropológica para alunos de Direito relacionada à prática profissional, utilizado em cursos de extensão na UFRGS entre 2010 e 2011, com aproveitamento e interesse por parte dos alunos, em aulas de uma hora de duração, ao longo de um semestre. Alguns tópicos foram reformulados de acordo com a experiência para que a proposta passasse de complementar para interdisciplinar.

Fundamentos Antropológicos do Direito:

- Aula 1- Conceito e História da Antropologia
- Aula 2 – Pessoa e Individuo
- Aula 3 – Razão, Pensamento, Linguagem e Comunicação
- Aula 4 – Vontade, Sentimentos e Emoções
- Aula 5 – Liberdade, Autonomia e Responsabilidade
- Aula 6 – Relações Interpessoais, Autointeresse e Autotranscendencia
- Aula 7 – Sociabilidade, Individualismos e Coletivismos
- Aula 8 – Cultura e Instituições
- Aula 9 – Ciência e Educação
- Aula 10 – Política e Cidadania
- Aula 11 - Vida Econômica e Propriedade
- Aula 10 – Trabalho e Desenvolvimento
- Aula 12 – Ação, Sentido e Plenitude
- Aula 13 – Os limites do Homem
- Aula 14 – Lei, Direito e Justiça
- Aula 15 – Antropologia e Direito

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Mortimer. *The Great Ideas*. Saint Paul: Ed. Max Weisman, 2000.

ADLER, Matthew D. e POSNER, Eric. *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

ALLEN, Anita L. and MORALES, Maria H. *Hobbes, Formalism and Corrective Justice in Iowa Law Review*, 1992.

AQUINAS, Thomas. *Basic Writings of Saint Thomas Aquinas. Edited and Annotated, with an Introduction by Anton C. Pegis. Volume II: Man and Conduct of Life*. New York: Randon House.

_____. *An Aquinas Reader. Selections from the writings of Thomas Aquinas*. New York: Doubleday Image Books, 1972.

_____. *Suma Teológica*. Pamplona: EUNSA, 1978.

_____. *Summa contra gentes*. Madrid: Ed. Rialp 1982.

ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*. São Paulo. Ed. Companhia das Letras, 1988.

_____. *Between Past and Future*. New York: Penguin Books, 1977.

_____. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ARISTOTLE. *The Methaphysics*. Londres: Penguin Classics Edition, 1999.

_____. *Nichomachean Ethics*. New York: Walter J. Black, 1943.

_____. *Politics*. New York: Walter J. Black, 1943.

ARMITTAGE, Livingston et allia. *Judicial Education and Training*. Journal of the International Organization for Judicial Training, Issue 3. Williamsburg: National State for State Courts, 2015.

ARNN, Larry. *Property Rights and Religious Freedom*. Hillsdale: Imprimis. Volume 44, Número 12, 2015.

ARTIGAS, Mariano. *Introduction to Philosophy*. Pamplona: EUNSA, 1990.

ASOMAH, Joseph Yaw. *The Importance of Social Activism to a Fuller Concept of Law*. Western Journal of Legal Studies, Oct, 2015, Vol, 6 (1). Harvard Widener Library.

AVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACIC, Peter. *Legislative Supremacy and Judicial Activism in the USA*. Politicka Misao. Vol. 46 (3), p. 174-204.

BARNETT, Randy E. *The Ninth Amendment and Constitutional Legitimacy*. *Symposium on Interpreting the Ninth Amendment*. 64 *Chicago-Kent College of Law Review*, 37.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Unisinos, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAUMAN, Zigmunt. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000.

BECKER, Gary. *The Economic Approach of Human Behavior. Foundations of the Economic Approach to Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. *The Economics of Discrimination*. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

BENGSTON, Jan Olof. *The World view of Personalism: Origins and Early Development*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.

_____. *The Theory of Legislation*. Londres: C.K. Ogden, 1931.

BIX, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. Londres: Sweet and Maxwell, 2009.

BLECHTA, Gabor P. *Die Ethische Relevanz des Rechts in Recht und Autonomie. Das Defizit materialer Bestimmungskriterien des Rechts als Folge des positivistischen Wissenschaftsbegriffs*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.

BOAS, Franz. **As limitações do método comparativo em Antropologia**. Antropologia Cultural. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *L'Éta dei diritti*. Torino: Eunadi, 1990.

BOCHENSKI, I. M. **A filosofia contemporânea ocidental**. São Paulo: Ed. Herder, 1962.

BOECIUS. *The Consolation of Philosophy*. *Translated with Introduction and Notes by Richard Green*. Indianapolis: The Bobbs- Merrill Company, 1962.

BOGLIOLO, Louis. *Philosophical Anthropology: a comprehensive work in systematic philosophy*. Calcuta: Karotemprel, 1983.

BOWNE, Borden Parker. *Personalism. The North Western Harris Lectures*. Boston: Ebe Riverside Press, Cambridge, 1908.

BOYD, Craig. *A Shared Morality. A Narrative Defense of Natural Law Ethics*. Grand Rapids: Brazos Press, 2007.

BRADLEY, Gerard. *Overcoming Posner*. The Michigan Law Association Review. Vol. 94, n. 6, May, 1996, pp. 1898-1926.

BRAGA, Marta. *Lições de Gustavo Corção*. São Paulo. Ed. Quadrante, 2010.

BRESNAHAN, James Francis. *The methodological ethical reasoning in the theology of Karl Rahner, and its supplementary development using the legal philosophy of Lon L. Fuller*. Ann Arbor: University Microfilms, 1972.

BUBER, Martin. *Qué es el hombre?*. Fondo de Cultura Económico, México, 1960.

BUCHANAN, James. *The limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Chicago: Chicago University Press, 1975.

BUCKLAND, William Warwick. *The Roman Law of Slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*. Cambridge: The University Press, 1908.

BUDZISZEWSKI, J. *Friendship, Justice and the Moral Significance of Law*. Downers Grove: Intervarsity Press, 1997.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Esquizofrenia Jurídica. El Impacto de la Análisis Económico del Derecho*. Lima: Themis, 2002.

BURGRAFF, Yutta. *Made for Freedom*. New Rochelle: Scepter Publishers, 2012.

CAHN, Steven M. *Classics of Western Philosophy*. Indianapolis: Hackett Publishing, 1977.

CANE, Peter. *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford. Hart-Publishing, 2011.

CARPINTERO, F. *Una Introducción a la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.

CARTARESCU, Mircea. *Postmodernity as a "Weak" Ontological, Epistemological and Historical Experience*. New Europe College Yearbook, issue 01/1996-1997.

CASTILLO FREYRE, Mario e VASQUEZ, Ricardo Kunze. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. The Global Collection. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2008.

CHARLESWORTH, Hilary. *Human Rights and the Rule of Law after Conflict in The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011.

CHARTIER, Gary. *Economic Justice and Natural Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

CHIASSONI, Pierluigi. *L' Utopia della ragione analitica. Origini, Oggetti e Metodi della filosofia del Diritto Positivo*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

CLARKE, Norris. *The Integration of Personalism and Thomistic Methaphysics in Twenty-First Century Thomism* in *The Creative Retrieval of Saint Thomas Aquinas*. York: Fordham University Press, 2009.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost in Foundations of the Economic Approach to Law*. Edited by Avery Wiener Katz. Oxford: Oxford University Press, 1998.

COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Hanbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

COLORIO, A. *Homo, Caput, Person. Legal Construction of Identity in the Roman Experience*. (*Chronicles of the Workers of the Roman Law College 2008. Athenaeum-Study Periodici di Letteratura e Storia dell' Antichita*), Vol. 96 (2).

COOTER, Robert. *Bargaining in the Shadow of the Law: a Testable Model of Strategic Behavior. Foundations of the Economic Approach to Law*. Edited by Avery Wiener Katz. Oxford: Oxford University Press, 1998.

COUGHLIN, John. *Law, Person and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

COUJOU, Jean Paul. *Principes du Droit Naturel. Droit Naturel et Humanité chez Burlamarqui*. Paris: Dalloz, 2007.

COURTIS, Christian. *Observar la lei*. Madrid: Trota, 2006.

COYLE, Sean. *From Positivism to Idealism*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2007.

CRESPO, Ricardo. *Philosophy of Economy: an Aristotelian Approach*. New York: Springer, 2013.

_____. *The Economic" according to Aristotle: Ethical, Political and Epistemological Implications*. New, York: Springer, 2008.

CROWTHER, Paul. *Philosophy after Postmodernism. Civilized values and the scope of knowledge*. New York: Routledge and Taylor, 2003.

DE FINANCE, Joseph. *Être et agir dans la philosophie de Saint Thomas*. Paris: Presses de L'Université Gregorienne, 1945.

- DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2006.
- DI CESARE, Donatella. **Gadamer: A Philosophical Portrait**. Indianapolis: Indiana University Press, 2013.
- DIRECTOR, Aaron. **The Economics of Technocracy**. Chicago: University of Chicago Press, 1933.
- DONOVAN, James M. **Legal Anthropology. An Introduction**. Lanham: Altamira Press, 2007.
- DRIESEN, David M. **The Economic Dynamics of Law. (On Economic Dynamics's Value and Limits)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Change in Common Law: Legal and Economic Perspectives**. *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 2. Chicago: The University of Chicago Press, 1980.
- EISENBERG, Melvin Aron and FULLER, Lon. **Basic Contract Law**. St. Paul: Thomson West, 2006.
- ELSHTAIN, Jean Bethke. **Hannah Arendt's French Revolution**. Saratoga: Skidmore College, 1989.
- ENGELMANN, Eugene. **Posner, Bentham and the Rule of Economy**. Routledge: Economy and Society, vol. 34, number 1, February/ 2005.
- ENGLE, Shirley H. e OCHOA, Anna S. **Education for Democratic Citizenship**. New York: Columbia University, 1988.
- EPSTEIN, Richard A. **From Public Accommodations to Human Rights**. Stanford Law Review, June, 2014, Vol. 66 (6), p. 1266.
- _____. **Skepticism and Freedom – A Modern Case for Classical Liberalism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.
- ESCUADERO, Rafael Alday. **Positivismo y Moral Interna del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- ESTEVA FABREGAT, Claudio. **Sobre los Métodos y los Problemas de la Antropología Estructural**. Convivium. Revista de Filosofía. Barcelona: Universitat de Barcelona. Facultat de Filosofia. Departament de Filosofia Teorética i Prática, 1969.
- ETCHEVERRY, Juan B. **Objetividad y Determinación del Derecho: un diálogo con los herederos de Hart**. Granada: Editorial Comares, 2009.
- FABER, Silvia. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público**. São Paulo: Renovar, 2001.
- FAGOTHEY, Austin. **Right and Reason. Ethics in Theory and Practice**. Rockford: Tan Books and Publishers, 2000.

FEIGENSON, Neal. *Another Thing Needful: Exploring Emotions in Law (Emotion x Emotionalism) in The Passions of Law*. Edited by Susan A. Bandes. New York: New York University Press, 1999.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press, 1992.

_____. *Natural Law. The Classical Tradition* in COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

FLEW, Anthony. *Dictionary of Philosophy*. London: Pan Books, 1979.

FORESTIERI, Diego. *Diritto e Persona. Prospettive Sociologico- Giuridique tra Otto e Novecento*. Milão: Francoangeli, 2008.

FORTSON, Ryan. *Problems with Richard Posner. The Problematics of Moral and Legal Theory*. William Mitchell Law Review, Vol. 27:4, 2001.

FREEMAN, Michael. *Law and Sociology*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 2006.

FULLER, Lon. *Anatomy of the Law*. Westport: Greenwood, 1987.

_____. *A Reply to Critics in The Morality of Law*. New Haven: Yale University, 1969.

_____. *A Reply to Professor Cohen and Dworkin*. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 1965.

_____. *Human Interaction and the Law*. Heinonline, 14. J. Juris. Cambridge: Harvard Law School, 1969.

_____. *Human Purpose and Natural Law*: heinonline, 3 Nat. L.F. Cambridge: Harvard Law School, 1958.

_____. *O caso dos exploradores da caverna*. São Paulo. LEUD, 2003.

_____. *On Teaching Law*. Cambridge: Harvard Law School Repository, 1950.

_____. *Readings for the special course in Jurisprudence in the Program of Instruction for Lawyers*. Harvard Law School, July 20-31, 1959.

_____. *The Law in Quest of Itself*. Chicago. The Foundation Press, 1940.

_____. *The Morality of Law*. New York: Fawcett, 1964.

_____. *The Principles of Social Order*. Selected Essays revised and edited by Kenneth Winston. Oxford: Hart, 2001.

_____. *The Problems of Jurisprudence*. Brooklyn: The Foundation Press, 1949.

GALBREATH, Jeremy. *Strategy in a World of Sustainability: a Developmental Framework*. Edited by M.A. Quaddus and M.A.B. Siddique – 9781847208057 – Downloaded from Elgar online 12/04/2014 via Alan Stumer, 2011.

GARDNER, A.V.D.L. *Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning*. Stanford: Stanford University Press, 1984.

GEORGAKOPOULUS, Nicholas L. *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GODOY, Arnaldo. **Direito e Economia: Introdução ao Movimento Law and Economics**. Revista Jurídica. Brasília, v. 7, n. 73, jun/jul, 2005.

GOMEZ PEREZ, Rafael. *Represión y Libertad*. Pamplona: EUNSA, 1975.

GREEN, Craig. *What does Richard Posner Know About How Judges Think?* California Law Review, Vol. 98, n. 2 (April, 2010).

GUEST, James. *Justice and Happiness in Aristotle's Philosophy of Human Things*. Emmaus: Rodale, 2005. Dissertation. Harvard Widener Library.

GUEST, Stephen. *Utilitarianism, Economics and the Common Law*. Otago Law Review, Annual, 1984, Vol. 5 (4).

HAGGARD, Stephan. *The Rule of Law and Economic Growth: Where are we?* World Development, Volume 39, Issue 5, Maio/2011.

HARDY, Russel. *The Morality of Law and Economics*. New York: New York University Press, 1992.

HART, H.L. **Ensaio sobre Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: Elsevier, 2010.

_____. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1960.

HAURIUO, Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris, Dalloz, 2010.

HAUSMAN, Daniel. *The Philosophy of Economics. An Anthology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade*, Vol. I e Vol. III. São Paulo: Editora Visão, 1995.

HERRERO, Montserrat. *La Ley Natural y la ciudad in TRIGO, Tomás. En busca de una Ética Universal: un nuevo modo de ver la ley natural*. Pamplona: Eunsa, 2010.

HERVADA, Javier. **O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico.** São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

HIJIKATA, Toru. ***Das Positive Recht als Soziales Phänomen.*** Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

HIRSCH, Werner. ***Law and Economics. An introductory Analysis.*** Boston: Academic Press, 1979.

HOBBS, Thomas. ***Leviathan.*** Madri: Ed. Aliança, 1983.

HONNETH, Axel. ***Reification. A new look at an old idea. Berkeley Tanner Lectures.*** Oxford: Oxford University Press, 2006.

HÖNTSCH, Frauke. ***Moral Ideal and Political Reality. The ambivalence of modern moral cosmopolitanism with the examples of Immanuel Kant and John Stuart Mill.*** *Zeitschrift für Politik*, Março, 2011, Vol. 58 (1).

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana. Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais.** São Paulo: UNESP, 2000.

INGERSOL, David E. ***Karl Llewelyn, American Realism and Behaviorism.*** *Ethics* (vol. 76, n. 4). Chicago: The University of Chicago Press, 1966.

KAMPOWSKY, S. ***Amore del prossimo e bene comune in Hannah Arendt.*** Roma: Edizione Università della Santa Croce, 2003.

KANT, Immanuel. **Antropologia de um Ponto de Vista Pragmático.** São Paulo: Iluminuras, 2006.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KENNEDY, Duncan. ***Form and substance in private law adjudication.*** *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, p. 1685-1778, 1976.

KEVELSON, Roberta. ***The Law as a System of Signs.*** New York: Plenum Press, 1988.

KRAPIEC, M.A. ***Person and Natural Law. Existence and Plurality.*** New York, Peter Lang Publishing, 1993.

KREBS, Angelika. ***Ethics of a Nature: A Map. Perspectives in Analytical Philosophy.*** New York: De Gruyter, 1999.

KUTZ, Christopher. ***On Visibility and Secrecy in International Criminal Law in The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century edited by Peter Cane.*** Oxford: Hart Publishing, 2011.

KYMLICKA, W. ***Contemporary Political Philosophy.*** Oxford: Clarendon Press, 1991.

LACEY, Nicola. *Out of the witches's cauldron in The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century edited by Peter Cane*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

LANDES, William M. e POSNER, Richard. *Altruism in Law and Economics*. American Economic Review. May 78, Vol. 68 Issue 2.

LANGAN, Thomas. *Human being. A Philosophical Anthropology*. Columbia: University of Missouri Press, 2009.

LAWSON, Lary. *Efficiency and Individualism*. Duke Law Journal, 36, Durham: Duke University Press, 1992.

LAZEAR, Edward P. *Economic Imperialism. Quarterle Journal Economics*, 115. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

LEAR, Jonathan. *Aristóteles. El Deseo de Compreender*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

LEWIS, C.S. *The Abolition of Man*. New York: Macmillan, 1952.

LLANO, Alejandro. *El Humanismo en la Empresa*. Madri: Rialp, 1992.

LLANO, Carlos e POLO, Leonardo. *Antropologia de la Acción Directiva*. Madri: União Editorial, 1997.

LONG, Anthony. *From Epicurus to Epictetus. Studies in Hellenistic and Roman Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2006.

LOCKE, John. *Essays on the Law of Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1954.

LUBAN, David. *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*. 11 Geo. J. Legal Ethics, 87, 1998.

_____. *The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons*. Hague Journal on the Rule of Law. Volume 2, Issue 01, March 2010.

LUHMAN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?*. São Paulo: Ed. Loyola, 2008.

MACKLEM, Timothy. *Law and Life in Common*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MARCIANO, Alain. *Law and Economics. A reader*. New York: Routledge, 2009.

MARCUS AURELIUS (180-161 A.C). *Meditations*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

MARITAIN, Jacques. *Introducción general a la Filosofía*. Buenos Aires: Club de Lectores, 1945.

_____. *The Person and the Common Good*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1947.

MARQUES, Claudia Lima. *Direito e Pósmodernidade e a teoria de Erik Jaime* in José Alcebíades de Oliveira Junior (org.). *Faces do Multiculturalismo: teoria – política- Direito*. Santo Angelo: EDIURI, 2007.

MARTINS, Ives Gandra. *Uma Breve Introdução ao Direito*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *O Estado à luz da História, da Filosofia e do Direito*. São Paulo: Editora Noeses, 2015.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual Esquemático de História da Filosofia*. São Paulo: Ltr, 2004.

McCONNEL, Campbell. *Economics: Principles, Problems and Policies*. New York: McGraw-Hill, 1996.

MESTMACKER, Ernest Joachin. *A Legal Theory without Law. (On the Frontiers of Posner's Legal Theory)*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2007.

MEULDEURS-KLEIN, Marie-Thérèse. *Personne*. Paris: LGDJ, 1993.

MILL, James. *Utilitarianism. Of the Connection Between Justice and Utility*. New Haven: Yale Divinity School, 2006.

MILLAN-PUELLES, A. *Economia y Libertad*. Madrid: Rialp, 1993.

MOORE, Sally Falk. *Law and Anthropology: a Reader*. Oxford: Blackwell, 2005.

MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

MOTA, Marcel. **Posner, Kelsen e Hayek: Pragmatismo Jurídico, Positivismo Normativista e Liberalismo Político-Econômico Austríaco**. São Paulo: Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009.

MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

MUKASEY, Michael B. *Justice and the Obama Justice Department*. Imprimis, Volume 44, Number 9. Hillsdale: Hillsdale College, 2015.

MULVANEY, Robert J. *Rationality and Metaphysics in Lon Fuller*. Indianapolis: Edward Houser, 1975.

NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law. Social Norms and Norms. The Law and the State*. Volume III. New York: 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. São Paulo: Ed. Abril, 1983.

NOWLIN, Jack Wade. *Roe v. Wade Inverted: How the Supreme Court Might Have Privileged Fetal Rights Over Reproductive Freedoms*. 63 Mercer Law Review, 639, Winter, 2012.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books Publishers, 1974.

OJEDA, Raú Nuñez e CARRASCO, Sergio Delgado. *La Quiebra sin Bienes. Una aproximación desde el análisis económica del Derecho*. Ius et Praxis, Vol. 17, n. 1, 2011, p. 139-176.

OLASO, Gabriel Chalmeta. *Ética especial. El orden ideal de la vida buena*. Pamplona: Eunsa, 1996.

OLLERO, Andrés. *Puntos de Referencia in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do Humanista*. Organizadores: SOUZA PINTO, Felipe, PASIN, Joao Bosco Coelho, SIQUEIRA NETO, Jose Francisco. São Paulo: Editora IASP, 2015.

ORMOND, Alexander Thomas. *Basal Concepts in Philosophy: an inquiry into being, non-being and becoming*. New York: Scribner, 1894.

PANNENBERG, Wolfhart. *What is man. Contemporary anthropology*. Philadelphia: Fortress Press, 1970.

PARISI, Francesco e VERNON, L. SMITH. *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

PATTISON, George. *Kierkegaard's upbuilding discourses: philosophy, theology and literature*. New York, Routledge, 2013.

PAVLOS, Eleftheriadis. *A Discussion of Lon Fuller. Legality and Reciprocity*. Jerusalem Review of Legal Studies, 2014, Vol. 10 (1).

PEGIS, Anton C. *Introduction to Thomas of Aquinas*. New York: The Modern Library, 1948.

PEIRCE, Charles. *The 1903 Harvard Lectures on Pragmatism*. Albany: State of New York Press, 1997.

PETIT, Philip. *How Norms Become Normative in The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century edited by Peter Cane*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

PIEPER, Joseph. *Las Virtudes Fundamentales*. Madri: Ed. Rialp, 1990.

PIKE, Royston. *Hard times: human documents of the industrial revolution*. Santa Barbara: Praeger, 1966.

PINHEIRO, Armando Castellar e SADDI, Jairo. *Curso de Law and Economics*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1991.

PLATO. *The Republic*. (Translated by Allan Bloom). Chicago: Chicago University Press, 1991.

PORTO, Antonio Jose Maristrello. *Curso de Análise Econômica do Direito* (AED). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

POSNER, Richard. *Academe and Judiciary at Odds*. In *The Chronicle of Higher Education*, Sep 3, 2013.

_____. *Aging and old Age*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

_____. *Anthropology and Economics*. 88 *Journal of Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

_____. *Behavioral Law and Economics: A critique*. Great Barrington: Economic Education Bulletin, Vol. XLII, n. 8, August, 2002.

_____. *Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin*, 29 *Ariz. St. L. J.* 377 (1997).

_____. *Consequentialism. Readings from Richard Posner*. Chicago: University of Chicago Law School Journal, 2005.

_____. *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

_____. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2003.

_____. *Euthanasia and Health Care*. New Haven: Yale University Press, 1994.

_____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. *Law and Legal Theory in England and America. Hart versus Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*. Chicago: Chicago University School of Law Journal, 1992.

_____. *Legal Scholarship today. (Symposium on Civic and Legal Education)*. *Stanford Law Review*, July 1993b, vol. 45 (6).

_____. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Social Norms and the Law. An Economic Approach in Law and Economics*. Edited by Nicholas Mercuro, Volume IV. New York: Routledge, 2007.

_____. *The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions*. *Duke Law Journal*. March, 2015.

_____. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

_____. *The Law and Economics Movement*. *The American Economic Review* 1987, n. 77.

_____. *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*. *Journal of Economic Perspectives*: Vol. 13, n. 2, 1999.

_____. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge: 111 *Harvard Law Review*. Harvard University Press, 2007.

_____. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. *The Social Costs of Monopoly and Regulation*. Chicago: University of Chicago Law School and National Bureau of Economic Research, 1975.

PRESSER, Stephen B. and ZAINALDIN, Jamil S. *Law and Jurisprudence in American History*. Saint Paul: West Publishing, 2005.

PRIEL, Dan. *Reconstructing Fuller's Argument Against Legal Positivism*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, July, 2013, Vol. 26 (2).

PRINZHORN, Hans. *Um die Persönlichkeit. Eros und wir*. Heidelberg: Niels Kampmann Verlag, 1927.

QUINTANA, Eduardo Martín. *La Percepción de los Valores Morales. Prudencia Iuris*, Buenos Aires: v. 72, 2011.

RACHLINSKI, Jeffrey J. *Behavioral Law and Economics*. Volume III. Northampton: Edward Elgar, 2009.

RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Mexico: Porrúa, 1970.

RHONHEIMER, Martin. *La perspectiva moral*. Madrid: Ed. Rialp, 2007.

RICE, Charles. *50 Questions on the Natural Law*. San Francisco: Ignatius Press, 1999.

RICOUER, Paul. *O Percurso do Reconhecimento*. São Paulo, Edições Loyola, 2004.

ROMMEN, Heinrich A. *The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, XII.

RORTY, Richard. *Consequences of Pragmatism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

ROSENAU, Pauline. *Post-Modernism and the Social Sciences. Insights, Inroads, and Intrusions*. Princeton: Princeton University Press, 1992.

ROSENBLUM, Nancy. *Liberalism and Moral Life*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

ROSS, Willian David. *On Aristotle Nichomachean Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

RUNDLE, Kristen. *Forms Libertate. Reclaiming Lon's Fuller Jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

_____. *The impossibility of an exterminatory legality: Law and the Holocaust*. University of Toronto Law Journal. Toronto, n. 59, 2009.

SALAMA, Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. New York: Cambridge University Press, 1982.

_____. *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTANA, Hector. *Análise Econômica do Direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 4, 1, 2014.

SARTORI, Giovanni. *A model of Legal Reasoning with cases incorporating theories and values*. Philadelphia: Elsevier, 2003.

_____. *A Teoria da Democracia Revisitada*. São Paulo: Ed. Ática, 1994.

SCHAUER, Frederick. *Fuller's Internal Point of View*. *Law and Philosophy*, Vol. 13 (3), 1994. Harvard Widener Library.

SCHELER, Max. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. Borgogne: Bouvier, 1928.

SCHMEISING, Kevin. *The History of Personalism*. Grand Rapids: Acton Institute, 2000.

SCHOPENHAUER, A. *El mundo como voluntad y representación*. Buenos Aires: Ateneo, 1956.

SCHUMACHER, Ernst. *Small is Beautiful: A Study of Economics as if People Mattered*. Harper & Row: London, 1973.

SCOTT, Peter. *Posmodernity and the University*. Revista Española de Educación Comparada, 2012, Issue 20.

SELLS, Benjamim. *The Soul of the Law*. Chicago: American Bar Association, 2014.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

SHERWIN, Richard. *When Law goes Pop*. Chicago: University of Chicago Press, 2000,

SHUSTERMAN, Richard (Editor). *The Range of Pragmatism and the Limits of Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 2004.

SILLI, Flavia. *La Genesi del Personalismo in Luigi Stefanini*. Roma: Aracne, 2006.

SIMMONDS, Nigel. *Law as a Moral Idea*. Oxford: Oxford University, 2007.

SIMPSON, Robert Mark. *Intellectual Agency and Responsibility for Belief in Free-Speech Theory*. *Legal Theory*, 2013. Vol. 19 (3), Peer Reviewed Journal.

SINZHEIMER, Hugo. *Der Wandel im Weltbild des Juristen*. *Zeitschrift für Soziales Recht*, 1, 1929.

SMYTH, Russell. *Do Judges Behave as Homo Economicus, and if so, can we measure their performance? An Antipodean Perspective on a Tournament of Judges*. Florida State University Law Review, Volume 32, Summer, 2005, Number 4.

SOMENSI, Elton de Oliveira e TEIXEIRA, Anderson. *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Bauru: Ed. Manole, 2010.

SPAEMANN, Robert. *Persons: The difference between "someone" and "something"*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

STRINGHAM, Edward Peter. *Embracing Morals in Economics. The Role of Internal Moral Constrains in a Market Economy*. Journal of Economic Behavior and Organization, 2011, Vol. 78 (1).

STRONG, S.I. *Religious Rights in Historical, Theoretical, and International context: Hobby Lobby as a jurisprudential anomaly?* Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2015, Vol. 48 (3).

SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community Rights and Democracy*. Indianapolis: Indiana University Press, 2007.

SULLIVAN, William M. and allia. *Keeping the Moral and Legal Dialogue*. San Francisco: Jossey Bass, 2007.

SUMMERS, Robert. *Fuller on Legal Education*. Journal of Legal Education. Mar 1, 1983, vol. 34 (1).

_____. *Lon L. Fuller*. Stanford: Stanford University, 1984.

SUMMERS, R.S.; ATIYAH, H. P. S. *Form and substance in anglo-american law. A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Claredon, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *Choosing not to Choose. Understanding the Value of Choice*. Cambridge: Oxford University Press, 2015.

_____. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers? Rethink the Nature of Legal Services*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUTTON, Jeffrey. *A Review of Richard A. Posner, How Judges Think (2008)*. Ann Arbor: Michigan Law Review. Vol. 108: 859, 2010.

TAYLOR, Charles. *A secular Age*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. *The Sources of the self. The Making of Modern Identity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TORRE, Vicente e RIOS, Maria. *Análisis de los Instrumentos Económicos con Fines Ambientales en la Legislación y Políticas Públicas Mexicanas*. Hanguk Haksul Chungbo. 2014, vol. 16 (1).

UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Order*. New York: The Free Press, 1977.

_____. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Manuales de Metodología Jurídica*. Madri: Fundação Cultural do Notariado, 2004.

VAN DER BERGH, Roger J. and PACCES, Alessio M. *Regulation and Economics. Encyclopedia of Law Economics*, Volume IX. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.

VERDE, Francesco. *Epicuro*. Roma: Carocci Editore, 2013.

VRDOLJAK, Ana Filipa. *Cultural Human Rights. Edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin Leiden*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's in The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century edited by Peter Cane*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

- WALKER, Angus. *Marx: his theory and its context*. London: Rivers Oram Press, 1989.
- WALTERS, James. *What is a Person? An ethical Exploration*. Urbana: University of Illinois, 1997.
- WALTZER, Michael. *Spheres of Justice*. New York: Basic Books, 1983.
- WEINRIB, Lloyd L. *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- WEIRNICK, Darren. *Law in Aristotle's Ethical-Political thought*. Houston: Bell & Howell Company, 1998.
- WILKINSON, T.M. *Nudging and Manipulation*. *Political Studies*, 2013 June, Volume 61 (2). Peer Reviewed Journal.
- WINSTON, Kenneth; WALDRON, Jeremy; SCHAUER, Frederick and POSTEMA, Gerard. *Lon Fuller. Law and Philosophy*. August 1994, Vol. 13 (3).
- _____. *Reflections on Model Institutions. Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts: Festgabe für Kazimierz Apalek*, eds. W. Krawietz e J. Wroblewski (Berlim: Duncker & Humbolt, 1993).
- WINTGENS, Luc. J. *The Relations of Law and Economics: Perspectives from Legal Theory*. In *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007.
- WOJCIECHOWSKI, Bartosz. *The Hegelian Concept of Recognition and Distributive Justice*. In *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007.
- WOLTER, Allan. *The Philosophical Theology of John Duns Scott. Native Freedom of the Will as a key for the Ethics of Duns Scott*. London: Cornell University Press, Ithaca, New York, 1990.
- YEPES, Ricardo e Aranguren, Javier. *Fundamentos de Antropologia. Un ideal de la excelencia humana*. Pamplona: EUNSA, 2001.
- YUNGERT, Andrew M. *The Space Between Choice and Our Models of it: Practical and Normative Economics. Economics and the Virtues. Building a New Moral Foundation*. Edited by Jennifer A. Baker and Mark D. White. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- ZAMIR, Eyal e MEDINA, Barak. *Law, Economics and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ZYWICK, Todd. *Economic Uncertainty, the Courts and the Rule of Law*. *Harvard Journal of Public Policy* 35.1 (Winter 2012), p. 195-212.